

MICHAŁ STRZELBICKI

PODSTAWOWE PROBLEMY FUNKCJONOWANIA SWOBODY PRZEPLYWU USŁUG I PRÓBA ICH ROZWIĄZANIA W DYREKTYWIE O USŁUGACH NA RYNKU WEWNĘTRZNYM

Swoboda świadczenia usług, obok swobód przepływu towarów, pracowników, kapitału i płatności oraz przedsiębiorczości, jest podstawowym filarem tworzącym rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej. Jednocześnie jak żadna inna napotyka wciąż duże przeszkody w rozwoju. Obecnie to właśnie usługodawcy zdają się być grupą, której z największym trudem przychodzi korzystanie z dobrodziejstw gospodarczej integracji w ramach rynku wewnętrznego. Chodzi głównie nie o takie przypadki, gdy podmiot wspólnotowy podejmuje na terytorium innego państwa stałą działalność usługową, zakładając agencję, oddział lub filię czy też przenosząc tam swój ośrodek życiowy (swoboda przedsiębiorczości), ale o sytuacje, w których usługi w państwie przyjmującym świadczone są w sposób czasowy, jednorazowy, incydentalny. W taki sposób w słynnym orzeczeniu w sprawie *Gebhard*¹ korzystanie ze swobody przepływu usług, w opozycji do swobody przedsiębiorczości, scharakteryzował Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Transgraniczne świadczenie usług we Wspólnocie Europejskiej ma swoją prawną regulację w Traktacie o Wspólnocie Europejskiej. Doniosłą rolę w interpretacji reguł rządzących korzystaniem ze swobody przepływu usług odgrywa też orzecznictwo ETS. Najnowszym aktem prawa wspólnotowego regulującym tę problematykę jest dyrektywa dotycząca usług na rynku wewnętrznym². Termin jej implementacji upłynie 28 grudnia 2009 r. Dyrektywa, z którą Polska wiązała duże nadzieje, stanowi kolejny etap budowy wewnętrznego rynku usług. Przedmiotem tego opracowania jest prezentacja jej podstawowych założeń i rozwiązań, poprzedzona krótką charakterystyką stanu rozwoju przedmiotowej swobody i pogłębioną analizą przesłanek konieczności przyjęcia dyrektywy (wraz z identyfikacją głównych problemów funkcjonowania swobody). Ich poznanie jest bowiem moim zdaniem niezbędne, by właściwie ocenić zawarte w niej unormowania.

¹ C-55/94 R. *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995, s. I-4165.

² Dyrektywa 2006/123/UE z 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.Urz. UE L 376 z 27 grudnia 2006 r.).

I. SWOBODA PRZEPLYWU USŁUG W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

Ramy i temat artykułu nie pozwalają na całościową prezentację skomplikowanej materii traktatowej swobody przepływu usług³. Największym, jednocześnie najbardziej doniosłym praktycznie problemem wiążącym się z funkcjonowaniem tej swobody jest sposób traktowania usługodawcy w państwie goszczącym. TWE w art. 50 konstytuującym swobodę przepływu usług wprowadza zasadę traktowania narodowego, mówiąc, iż świadczący usługę może przejściowo wykonywać działalność w państwie świadczenia na tych samych warunkach, jakie państwo to nakłada na własnych obywateli. Dla porównania, na warunki określone dla własnych obywateli państwa przyjmującego wskazuje też art. 43 TWE, kreujący swobodę przedsiębiorczości. Oznacza to, że w świetle literalnego brzmienia traktatu sytuacja usługodawcy w państwie goszczącym jest identyczna bez względu na to, czy wykonuje tam swoją działalność w ramach swobody przedsiębiorczości, czyli w sposób trwały, czy swobody świadczenia usług, czyli przejściowo. Zgodnie z literą traktatu w każdym z tych przypadków adekwatnym standardem traktowania jest standard traktowania narodowego⁴. Traktowanie narodowe, sprowadzające się – z punktu widzenia zakresu kompetencji organów państwa goszczącego – do zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, oznacza z jednej strony przyznanie tych samych praw, jakie w zakresie podejmowania działalności usługowej przysługują obywatelom państwa goszczącego, z drugiej strony oznacza również obowiązek spełnienia wszystkich wymogów stawianych własnym obywatelom przez prawo państwa przyjmującego. W szczególności wymogi te muszą być spełnione bez względu na to, czy usługodawca uczynił już zadość podobnym rygorom w innym państwie członkowskim, np. w państwie swego pochodzenia.

Zarówno ETS, jak i literatura prawa wspólnotowego zgodnie twierdzą, iż takie rozumienie swobody świadczenia usług pozbawia ją praktycznej skuteczności. Nie można stawiać usługodawcy, wykonującemu w państwie goszczącym usługi jedynie sporadycznie, wszystkich tych warunków, jakie stawia się podejmującemu tam działalność na stałe. Osoba korzystająca ze swobody przedsiębiorczości trwale integruje się z rynkiem państwa goszczącego, dlatego traktowanie jej na

³ Szerzej M. Strzelbicki, *Swoboda świadczenia usług w Unii Europejskiej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2003, nr 3, s. 55–74; W.H. Roth, w: M.A. Dausies (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 411–461; M. Szydło *Swoboda prowadzenia działalności gospodarczej i swoboda świadczenia usług w prawie Unii Europejskiej*, Dom Organizatora, Toruń 2005, s. 77–140.

⁴ Należy pamiętać, że ze względu na brzmienie art. 43 zd. 1 TWE literatura oraz orzecznictwo ETS interpretują swobodę przedsiębiorczości jako wykraczającą poza nakaz traktowania narodowego i obejmującą także ogólny zakaz wprowadzania ograniczeń; dotyczy to zwłaszcza tych niedyskryminujących środków krajowych, które uniemożliwiają swobodę wyboru miejsca wykonywania działalności, tak: ETS C-107/83 *Ordre des avocats au barreau Paris v. O. Klopp*, Zb. Orz. 1984, s. 2971; W.H. Roth, op. cit., s. 434–435; nie zmienia to faktu, że dla swobody przedsiębiorczości standard traktowania narodowego pozostaje standardem podstawowym, tak A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2003, s. 206.

zasadzie narodowej, w tym stawianie wszystkich niedyskryminacyjnych wymogów, jest w pełni uzasadnione. Działalność objęta swobodą przepływu usług ma jednak inną naturę – jest przejściowa, okazjonalna, sporadyczna. Ze swej istoty nie prowadzi do integracji z rynkiem państwa goszczącego. Spełnienie wszystkich rygorów nakładanych przez państwo przyjmujące byłoby wobec tego, w proporcji do stopnia integracji z rynkiem tego państwa, zbyt uciążliwe. Taka konkluzja, choć na pozór klarowna, prowadzi do licznych wątpliwości w konkretnych sytuacjach. Poza dyskusją jest fakt, że ograniczenia nakładane na usługodawców nie mogą być dyskryminacyjne. Jedyne dopuszczalne przez traktat wyjątki w tym zakresie wiążą się z wykonywaniem władzy publicznej, która to działalność w ogóle pozostaje poza zakresem przedmiotowym swobód traktatowych, albo też mogą być podyktowane względami zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego⁵. Wątpliwości budzi natomiast ocena stosowanych przez państwo przyjmujące ograniczeń niedyskryminacyjnych. Z zasady są one dopuszczalne wobec podmiotów korzystających ze swobody przedsiębiorczości⁶. Skoro jednak podmiot świadczący usługi przejściowo ma być traktowany lepiej niż wykonujący działalność na stałe, niektóre z wymogów niedyskryminacyjnych powinny być wobec niego zniesione. Zasadnicze pytanie, kluczowe w praktyce funkcjonowania swobody przepływu usług, brzmi: które? Analiza bogatego orzecznictwa ETS prowadzi do wniosku, że w stosunku do podmiotu korzystającego ze swobody przepływu usług dopuszczalne są tylko te ograniczające środki krajowe, które spełniają kumulatywnie następujące przesłanki:

- mają charakter niedyskryminacyjny ze względu na przynależność krajową, przy czym dyskryminacją według ETS jest „stosowanie różnych reguł do porównywalnych sytuacji lub stosowanie takich samych reguł do sytuacji odmiennych”⁷;
- są uzasadnione interesem ogólnym (ang. *imperative reasons relating to the public interest*, stąd doktrynę głoszącą dopuszczalność środków krajowych uzasadnionych tymi wymogami nazywa się doktryną wymogów imperatywnych); interesem tym nie mogą być wyłącznie cele gospodarcze, których skutkiem jest ochrona przedsiębiorstw krajowych⁸; zakres pojęcia interesu ogólnego jest w orzecznictwie ETS stale rozszerzany⁹;

⁵ Art. 45 i 46 TWE; szerzej M. Strzelbicki, op. cit., s. 64–67.

⁶ Z wyjątkiem ograniczeń dotyczących samego dostępu do rynku i wyboru miejsca wykonywania działalności, zob. przyp. 2.

⁷ C-279/93 *Finanzamt Koeln-Altstadt v. Schumacker*, Zb. Orz. 1995, s. 1-225; M. Szwarc, *Ograniczenia swobody zakładania przedsiębiorstw i świadczenia usług w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Studia Prawnicze” 2001, z. 2, s. 88.

⁸ W.H. Roth, op. cit., s. 454; w tej mierze jednak orzecznictwo ETS nie wydaje się konsekwentne, zob. M. Szwarc, op. cit., s. 104–107.

⁹ Przykładowe wyliczenia zob. m.in. A. Cieśliński, op. cit., s. 219–220; D.J. Dąbek, *Wolność przedsiębiorczości w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, w: M. Seweryński (red.), *Studia prawno-europejskie*, t. III, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1998, s. 163; szeroko na temat poszczególnych wymogów imperatywnych odnośnie do swobody świadczenia usług A. Zawidzka, *Rynek wewnętrzny Wspólnoty Europejskiej a interes publiczny*, Warszawa 2002, s. 145 i n.

- zachowują zasadę proporcjonalności, są więc z jednej strony odpowiednie i konieczne dla zrealizowania określonego celu, z drugiej zaś ingerują w traktatową swobodę w stopniu możliwie ograniczonym¹⁰;
- interes ogólny, chroniony przez państwo przyjmujące, nie może być już chroniony w państwie pochodzenia usługodawcy – państwo goszczące powinno uwzględnić kontrolę lub nadzór sprawowany nad usługodawcą w państwie jego przynależności¹¹.

Ostatnia z wymienionych przesłanek jest charakterystyczna dla omawianej swobody i odróżnia ją wyraźnie od swobody przedsiębiorczości. Wynika z niej, że ETS nakazuje państwu przyjmującemu zbadać, czy usługodawca nie spełnił już adekwatnych wymogów w innym państwie członkowskim, zwłaszcza w państwie z którego pochodzi i w którym prowadzi legalną działalność określonego rodzaju. Można więc postawić tezę, że w stosunku do swobody przepływu usług Trybunał odchodzi od zasady traktowania narodowego na rzecz standardu, który można nazwać warunkową regułą kraju pochodzenia (ang. *mutual recognition*, wzajemne uznawanie). Zgodnie z nim usługodawca jest zwolniony z obowiązku poddania się regulacjom państwa przyjmującego, jeżeli powielają (dublują) one środki, którym poddał się już wcześniej w innym państwie. Nie oznacza to bynajmniej, że państwo przyjmujące zostaje całkowicie pozbawione możliwości oddziaływania na działalność tego usługodawcy na swoim terytorium. Winno ono natomiast wykazać, że stosowane środki, poza niedyskryminacyjnym i proporcjonalnym charakterem oraz uzasadnieniem ze względu na ochronę interesu ogólnego, nie stanowią nadto podwójnego obciążenia (ang. *dual burden*). Jednocześnie takie pojmowanie swobody świadczenia usług powoduje, że swoboda ta jest obecnie kształtowana nie tyle przez prawo wspólnotowe (pierwotne czy wtórne), ale przede wszystkim przez orzecznictwo (*case law*)¹². Wynikają z tego doniosłe praktyczne konsekwencje, które będą przedmiotem rozważań w dalszej części opracowania.

Jeżeli spełnienie przez usługodawcę określonych wymogów w państwie pochodzenia zostało potwierdzone wydaniem tam aktu administracyjnego, to dzięki zasadzie kraju pochodzenia obowiązywanie tego aktu zostaje rozszerzone poza obszar państwa, gdzie akt ten był wydany. Tego typu akty są określane w dok-

¹⁰ Szerzej na ten temat, wraz ze wskazaniem bogatego orzecznictwa Trybunału, M. Szydło, op. cit., s. 196–210; o zasadzie proporcjonalności i rozmaitych sposobach jej rozumienia w orzecznictwie ETS (kryteriach proporcjonalności), a także o przejawach zasady na wielu płaszczyznach prawa wspólnotowego zob. monografia J. Maliszewskiej-Nienartowicz, *Zasada proporcjonalności w prawie Wspólnot Europejskich*, Toruń 2007.

¹¹ Ta przesłanka była już wyrażana przez ETS w orzeczeniach C-110 i 111/78 *Ministre public v. Van Wesemael*, Zb. Orz. 1979, s. 35; C-279/80 *postępowanie karne v. A.J. Webb*, Zb. Orz. 1981, s. 3305; C-205/84 *Komisja v. RFN*, Zb. Orz. 1986, s. 3755; sprawy przewodników turystycznych C-154/89, C-180/89, C-188/89 odpowiednio *Komisja v. Francja*, *Komisja v. Włochy*, *Komisja v. Grecja*, Zb. Orz. 1991, s. 1-659, 1-709, 1-727; wreszcie głośne orzeczenie w sprawie C-76/90 *M. Sager v. Dennemeyer*, Zb. Orz. 1991, s. 1-4221; późniejsze np. C-272/94 *postępowanie karne v. M. Guiot*, Zb. Orz. 1996, s. 1-1905.

¹² V. Hatzopoulos, *Recent developments of the case law of the ECJ in the field of services*, „Common Market Law Review” 2000, vol. 37, s. 48.

trynie mianem transnarodowych aktów administracyjnych. Zauważa się, że uznanie takiego aktu w innych państwach niekiedy następuje w sposób niemal automatyczny (wówczas akt ten możemy określić jako bezwarunkowy), innym razem wymagana jest współpraca organu go wydającego z Komisją Europejską albo z właściwymi organami innych państw, w szczególności państwa, w którym miałyby być on wykonany, ewentualnie konieczne jest porównanie warunków jego wydania z warunkami wydania adekwatnego aktu krajowego (wówczas byłby to akt warunkowy). Ważne jest spostrzeżenie, że tego typu akty stają się we Wspólnocie coraz powszechniejsze i są zjawiskiem charakterystycznym dla integracji europejskiej. Stanowią one ważny instrument urzeczywistniania idei rynku wewnętrznego oraz podstawowych jego swobód¹³.

Przedstawione wyżej stanowisko Trybunału wobec treści swobody przepływu usług znajduje też potwierdzenie w literaturze. Celem przepisów o swobodzie świadczenia usług jest to, aby usługodawca spełniający wszelkie wymogi wynikające z prawa państwa, w którym prowadzi przedsiębiorstwo, mógł również bez przeszkód świadczyć usługi na rzecz podmiotów pochodzących z innego państwa członkowskiego¹⁴. 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 na podstawie standardów kraju swego pochodzenia na obszarze całej Wspólnoty. Zdaniem tego autora w celu urzeczywistnienia wspólnego rynku nie wystarczy utrzymanie częściowych odrębności rynków narodowych, ale niezbędne jest ich przewyciężenie. Warunki wspólnego rynku urzeczywistnione są wtedy, gdy usługodawca legalnie świadczący usługi w jednym państwie członkowskim może wykonywać swą działalność na całym obszarze Unii, i to zgodnie ze standardami przyjętymi w kraju jego pochodzenia¹⁵. Nie trudno zauważyć, że ten zdecydowany pogląd wpisuje się w szerszą dyskusję nad pożądanym stopniem integracji gospodarczej państw członkowskich Unii Europejskiej. W istocie omawiany problem nie ogranicza się tylko do sytuacji grupy usługodawców, ale ma wymiar ogólniejszy.

Przeciwno takiemu pojmowaniu swobody przepływu usług formułowany jest zarzut, iż prowadzi ono do tzw. odwrotnej dyskryminacji¹⁶. W tej sprawie należy poczynić kilka uwag. Odwrotna dyskryminacja¹⁷ jest bezpośrednią konsekwencją

¹³ Szerzej na ten temat S. Biernat, *Europejskie prawo administracyjne i europeizacja krajowego prawa administracyjnego (zarys problematyki)*, w: M. Seweryński, Z. Hajn (red.), *Studia prawno-europejskie*, t. IV, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 2002, s. 98 i n.

¹⁴ M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 197.

¹⁵ W.H. Roth, w: M.A. Dausies, op. cit., s. 453–454.

¹⁶ Najczęściej jest on podnoszony przez państwa członkowskie oraz ich obywateli (przedsiębiorców), którzy wobec porównywalnie „lepszego” traktowania konkurentów z innych państw Unii czują się pokrzywdzeni; zob. np. stanowisko rządu Luksemburga w sprawie C-168/98, Zb. Orz. 2000, s. I-9131, która dotyczyła wykonywania stałej praktyki przez adwokatów z innych państw Wspólnoty w świetle dyrektywy 98/5; rozwiązaniu umożliwiającemu stałą praktykę na podstawie tytułu uzyskanego przez adwokata w państwie pochodzenia zarzucono właśnie, iż prowadzi do dyskryminacji podmiotów krajowych.

¹⁷ Pojęcie to nie jest terminem traktatowym; w polskiej literaturze omawiane zjawisko (ang. *reverse discrimination*, niem. *Inländerdiskriminierung*), określane jest jako: „dyskryminacja zwrotna”, tak

zasady pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego oraz zasady, że prawo wspólnotowe nie ma zastosowania do sytuacji czysto wewnętrznych. Zachodzi ona, gdy w stosunku do podmiotów z innych państw Unii państwo przyjmujące nie może zastosować wymogu formułowanego niedyskryminacyjnie, czyli obowiązującego także własnych obywateli. Stawia to własne podmioty w sytuacji gorszej (dyskryminacyjnej) w stosunku do podmiotów obcych. Dzieje się tak, ponieważ podmioty własne, w sytuacjach czysto wewnętrznych, na prawo wspólnotowe powołać się nie mogą, a w konsekwencji nie mogą uchylić się od zastosowania wobec nich wymogu dyktowanego przez prawo krajowe¹⁸. Należy zauważyć, że charakteryzowane zjawisko nie powstaje wyłącznie jako skutek zastosowania reguły kraju pochodzenia wobec obcych usługodawców. Z potencjalną możliwością powstania odwrotnej dyskryminacji mamy do czynienia zawsze, gdy prawo wspólnotowe gwarantuje standard ochrony wyższy niż traktowanie narodowe¹⁹. Innymi słowy, odwrotna dyskryminacja zajść może zawsze wtedy, gdy prawo wspólnotowe uzasadnia odmowę zastosowania przepisu prawa krajowego o charakterze niedyskryminacyjnym²⁰. Trybunał Sprawiedliwości, dostrzegając omawiane zjawisko, wydaje się stać na stanowisku, iż jedynym wyjściem dla państwa członkowskiego pozostaje uchylenie odpowiednich wymogów jako godzących w interes własnych obywateli. Państwo może oczywiście dany wymóg utrzymać, mając jednak pełną świadomość, że nie można go zastosować wobec podmiotów korzystających z traktatowych swobód. Wyrazem tego stanowiska są orzeczenia Trybunału w sprawach dotyczących swobody przepływu towarów²¹.

Reguła kraju pochodzenia zastosowana wobec obcego usługodawcy, spełniająca kryteria formułowane przez ETS, o których była wyżej mowa, rzeczywistej dyskryminacji podmiotów krajowych jednak, w moim przekonaniu, nie powoduje. Nie prowadzi ona przecież do bezwzględnego zwolnienia podmiotu obce-

J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1995, s. 187 oraz M. Fryźlewicz *Dyskryminacja zwrotna w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, w: C. Mik (red.), *Studia z prawa międzynarodowego i prawa Unii Europejskiej*, Toruń 2005, s. 77 i n.; „dyskryminacja krajowców”, tak F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 2002, s. 322; „dyskryminacja w stosunkach wewnętrznych”, tak M. Szpunar, *Dyskryminacja w stosunkach wewnętrznych według prawa wspólnotowego*, w: M. Pazdan (red.), *Valeat aequitas. Księga pamiątkowa ofiarowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu*, Katowice 2000, s. 441 i n.; oraz „odwrotna dyskryminacja”, tak G. Druesne, *Prawo materialne i polityki Wspólnot i Unii Europejskiej*, Warszawa 1996, s. 139, A. Cieśliński, op. cit., s. 49–52, S. Biernat, w: J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe. Prawo materialne i polityki*, Warszawa 2006, s. 237.

¹⁸ Tezę tę ETS sformułował np. w sprawie C-115/78 *J. Knoors v Staatssecretaris van Economische Zaken*, Zb. Orz. 1979, s. 399.

¹⁹ Przykładem jest tu swoboda przepływu towarów, która w świetle formuły *Cassis de Dijon* rozumiana jest jako wyrażająca regułę kraju pochodzenia towaru.

²⁰ Trybunał Sprawiedliwości, dostrzegając omawiane zjawisko, wydaje się stać na stanowisku, iż jedynym wyjściem dla państwa członkowskiego pozostaje uchylenie odpowiedniego przepisu jako godzącego w interes własnych obywateli; tak W.H. Roth, op. cit., s. 418–419.

²¹ Zob. m.in. orzeczenia C-355/85 *Driancourt v. Cognet*, Zb. Orz. 1986, s. 3231; C-98/86 *postępowanie karne v. A. Mathot*, Zb. Orz. 1987, s. 809; C-11/92 *Królowa v. Gallaher Ltd.*, Zb. Orz. 1993, s. I-3545; o odwrotnej dyskryminacji zob. też W.H. Roth, op. cit., s. 418–419, A. Cieśliński, op. cit., s. 293–294.

go z określonego obowiązku (np. obowiązku uzyskania zezwolenia na podjęcie i wykonywanie w państwie goszczącym działalności określonego rodzaju), ale uzależnia to zwolnienie od spełnienia podobnego wymogu w państwie swego pochodzenia (np. posiadania wydanego tam adekwatnego zezwolenia na tego rodzaju działalność)²². Jeśli więc sytuację tę ocenimy, nie ograniczając się wyłącznie do rynku państwa goszczącego, ale biorąc pod uwagę cały wspólny rynek, czyli wszystkie państwa członkowskie, wówczas o żadnej dyskryminacji podmiotów krajowych nie może być mowy. Przeciwnie, ponowne żądanie spełnienia takiego samego (tzn. adekwatnego do już spełnionego w państwie pochodzenia) wymogu w państwie goszczącym byłoby właśnie, w perspektywie całego wspólnego rynku, dyskryminacją podmiotu korzystającego ze swobody. Pokazuje to także, jak ułomna jest konstrukcja samego pojęcia odwrotnej dyskryminacji, która istnieje, jeśli ograniczymy analizę do obszaru jednego państwa członkowskiego, a może zniknąć, gdy ogarniemy spojrzeniem całą Wspólnotę.

Na marginesie powyższych rozważań nasuwają się jeszcze dwie uwagi. Swoboda przepływu usług, pojmowana jako nośnik zasady kraju pochodzenia, zbliża się do swobody przepływu towarów. Reguła proklamowana przez ETS w słynnym orzeczeniu w sprawie *Cassis de Dijon*²³ mówi, iż towar dopuszczony do obrotu w jednym państwie członkowskim Unii Europejskiej uznaje się za dopuszczony do obrotu we wszystkich państwach. Zarówno towar, jak i usługa są więc postrzegane jako produkty²⁴, różniące się tylko materialną bądź niematerialną postacią²⁵. Wynika stąd podobieństwo obu swobód, realizujących wspólny cel, jakim jest zapewnienie swobodnej cyrkulacji produktów na wspólnym rynku. Takie spojrzenie na swobodę przepływu usług dostarcza też dodatkowych argumentów przemawiających za zasadnością odmiennego traktowania osoby z niej korzystającej od osoby powołującej się na swobodę przedsiębiorczości. Swoboda przedsiębiorczości jest swobodą osobową, zapewniającą swobodne przenoszenie się podmiotów wykonujących działalność gospodarczą²⁶. Swoboda przepływu usług jest natomiast w pierwszym rzędzie swobodą produktu, z którą łączyć się może, ale wcale nie musi, przemieszczanie się osoby ten produkt oferującej lub

²² Zwolnienie z obowiązku nie ma więc tu charakteru automatycznego.

²³ C-120/78 *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, Zb. Orz. 1979, s. 662.

²⁴ Przy czym, definiując pojęcie produktu, odwołać się tu należy do szerokiego jego rozumienia występującego np. na gruncie nauk ekonomicznych, zwłaszcza marketingu, wedle którego produktem jest wszystko, co można zaoferować nabywcy do konsumpcji lub użytkowania, a więc nie tylko obiekty fizyczne, ale też usługi, pomysły (projekty) technologiczne lub organizacyjne, H. Mruk (red.), *Podstawy marketingu*, Wydawnictwo Akademii Ekonomicznej w Poznaniu, Poznań 1999, s. 138.

²⁵ Różnica ta nie zawsze jest oczywista do ustalenia, z czego wynika podstawowa trudność rozgraniczenia zakresu swobody przepływu towarów od swobody przepływu usług; sprawę dodatkowo komplikuje interesująca koncepcja podziału usług na materialne, związane z produkcją lub przemieszczaniem dóbr, oraz niematerialne, które zaspokajają potrzebę w sposób bezpośredni; zob. M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2005, s. 28–29; spostrzeżenie to nie powinno jednak, moim zdaniem, przesłaniać zasadniczego faktu, że usługa zawsze ma postać niematerialnego świadczenia.

²⁶ Analogicznie swoboda przepływu pracowników (art. 39–42 TWE) zapewnia swobodne przenoszenie się osób poszukujących i podejmujących zatrudnienie.

osoby go nabywającej²⁷. Jej ograniczenia trzeba więc dopuszczać szczególnie restryktywnie, zwłaszcza gdy nie towarzyszy jej pobyt usługodawcy w państwie nakładającym te ograniczenia²⁸.

Powyższe uwagi nie oznaczają bynajmniej, że obie swobody „produktu” zostały całkowicie zrównane, a w konsekwencji, że w świetle prawa wspólnotowego rozróżnienie produktów materialnych (towarów) od niematerialnych (usług) straciło na znaczeniu. Ze względu na nieodzowny udział czynnika ludzkiego w procesie świadczenia usługi, dopuszczalne przez ETS ograniczenia swobody przepływu usług sięgają dalej niż w przypadku swobody przepływu towarów. Przesądza o tym szersza możliwość powołania się przez państwo członkowskie na uzasadnione względy interesu publicznego jako podstawę wprowadzanych restrykcji²⁹. Stwierdzenie podobieństwa wskazanych swobód może też prowadzić do przeniesienia całego dorobku orzeczniczego Trybunału dotyczącego swobody przepływu towarów na swobodę przepływu usług. W szczególności pojawia się pytanie, czy wobec swobody przepływu usług można zastosować wypracowaną na gruncie swobodnego przepływu towarów słynną formułę Keck-Mithouard³⁰. Zagadnienie to przekracza ramy tego opracowania, warto jednak odnotować przeważające w doktrynie stanowisko przeciwne³¹. Potwierdza to, że obie swobody nadal postrzegać należy odrębnie.

Na koniec wypada zauważyć, że zasada traktowania narodowego, implikująca jedynie zakaz stosowania ograniczeń o charakterze dyskryminującym, może być postrzegana jako hamulec rozwoju nie tylko swobody przepływu usług, ale także swobody przedsiębiorczości. Sprowadzona do zasady traktowania narodowego, swoboda ta uniemożliwia korzystanie z uprawnień do wykonywania działalności gospodarczej uzyskanych w jednej geograficznej części wspólnego rynku (jednym państwie) w innych jego częściach (innych państwach). W tym przypadku uprawnienia te nie mają więc charakteru transnarodowego. Budzić to może wątpliwości co do rzeczywistej treści pojęcia „wspólny rynek” oraz pokazuje, jak daleka jeszcze droga do pełnej integracji gospodarczej. Tendencja, wynikająca w pierwszej kolejności z postępowego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości oraz dalej z rozwijanej regulacji prawa wtórnego, która *nota bene* jest często formalnym usankcjonowaniem wcześniejszej judykatury³², jest dosyć wyraźna. Prawo wspólnotowe coraz śmielej dąży do przełamywania granic państw narodowych, m.in. poprzez nadawanie aktom administracyjnym wydanym przez jedno z państw charakteru transnarodowego. Nie mam wątpliwości, że ta tendencja,

²⁷ Swoboda przepływu usług obejmuje bowiem także sytuacje transgranicznego przesłania samej usługi, o czym szerzej w dalszej części opracowania.

²⁸ Tak wyraźnie ETS w cytowanej sprawie C-76/90 *M. Sager*.

²⁹ Tak trafnie zauważa A. Cieśliński, op. cit., s. 226–221.

³⁰ Sprawy połączone C-267/91 i C-268/91 *postępowania karne v. B. Keck i D. Mithouard*, Zb. Orz. 1993, s. I-6097.

³¹ Szerzej na ten temat M. Szydło, *Swoboda prowadzenia...*, op. cit., s. 186–189; odmiennie C. Mik, *Formuła Keck-Mithouard i jej znaczenie dla rozwoju europejskiego prawa wspólnotowego*, w: *Księga pamiątkowa ku czci profesora Leopolda Steckiego*, Toruń 1997.

³² Zob. dalsze uwagi o projekcie dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym.

także w ramach swobody przedsiębiorczości, będzie się nasilała. Zanim jednak złamany zostanie mur traktowania narodowego działalności wykonywanej na stałe, usunąć należy przeszkody działalności tymczasowej. Temu celowi służyć ma projekt dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym, który będzie przedmiotem analizy w dalszej części opracowania.

II. DLACZEGO POTRZEBNA JEST DYREKTYWA USŁUGOWA?

Z powyższych rozważań wynika, że istnieje dysonans między literalnym brzmieniem TWE a literaturą i orzecznictwem ETS w kwestii sposobu traktowania podmiotów korzystających ze swobody przepływu usług. Rozdźwięk ten jest tylko częściowo usuwany dyrektywami sektorowymi³³. W zdecydowanej większości dziedzin działalności usługowej nie było dotąd aktu prawa wtórnego, który mógłby tę kwestię rozstrzygnąć. Nasuwa się jednakże pytanie zasadnicze: czy rozdźwięk ten rzeczywiście w praktyce stosowania prawa wspólnotowego stanowi tak istotny problem, że wymagało to wydania aktu prawa wtórnego? Czy rzeczywiście swobodne świadczenie usług na jednolitym rynku napotykało na aż tak wiele trudności? Nawet jeżeli odpowiedź na te pytania okaże się twierdząca, to, czy prawo wspólnotowe nie zawiera mechanizmów, które pozwoliłyby te trudności skutecznie wyeliminować? Praktyka funkcjonowania swobody przepływu usług, pomimo że orzecznictwo ETS jest składnikiem *acquis communautaire*, a państwa członkowskie są zobowiązane zapewnić prawu wspólnotowemu skuteczność i pierwszeństwo stosowania, pokazuje, że napotyka ono ciągle poważne trudności. Jednocześnie prawo wspólnotowe nie dysponuje wystarczającymi mechanizmami korygującymi ten stan rzeczy. Przesądza o tym szereg czynników.

1. Rola sektora usług we współczesnej gospodarce

O praktycznej doniosłości omawianego zagadnienia decyduje, po pierwsze, rola sektora usług we współczesnej gospodarce. Nie jest to zaskoczeniem w świetle dorobku nauk ekonomicznych. Odwołajmy się w tym miejscu do gło-

³³ Poprzez wprowadzenie rozwiązań pozwalających świadczyć usługi w państwie goszczącym na podstawie pozwolenia uzyskanego na wykonywanie podobnej działalności w państwie pochodzenia usługodawcy; rozwiązanie tego typu odnajdujemy m.in. w sektorach takich jak świadczenie usług prawnych: dyrektywa 77/249/EWG z 22 marca 1977 r. w sprawie ułatwienia skutecznego korzystania przez adwokatów ze swobody świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 78 z 26 marca 1977 r.) oraz dyrektywa 98/5/WE z 16 lutego 1998 r. mająca na celu ułatwienie stałego wykonywania zawodu prawnika w państwie członkowskim innym niż państwo uzyskania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. WE L 77 z 14 marca 1998 r.), działalność ubezpieczeniowa: dyrektywa 92/49/EWG z 18 lipca 1992 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie oraz zmieniająca dyrektywy 73/239/EWG i 88/357/EWG (trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie) (Dz.Urz. WE L 228 z 11 sierpnia 1992) czy działalność bankowa: dyrektywa 2000/12/WE z 10 marca 2000 r. odnosząca się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz.Urz. WE L 126 z 26 maja 2000 r.).

śnej na gruncie tych nauk teorii trzech sektorów gospodarki. Próby porządkowania rozmaitych aktywności człowieka sięgają co najmniej czasów antycznych. Historycznie, pierwszym podziałem było wyróżnienie rolnictwa i rzemiosła³⁴. Genezy nowoczesnej teorii trzech sektorów doszukiwać się można w poglądach merkantylistów oraz A. Smitha³⁵. Za prekursora teorii trzech sektorów uważa się natomiast F. Lista, który wyróżnił następujące stadia rozwoju gospodarczego: dzikości, pasterstwa, rolnictwa, rolniczo-przemysłowe i rolniczo-przemysłowo-handlowe³⁶. Podział gospodarki na trzy sektory jako pierwszy przeprowadził A. Schwarz, który wyodrębnił zatrudnienie zaangażowane w pozyskiwanie zasobów naturalnych (I), przetwarzanie i uszlachetnianie wytworów natury i pracy (II) oraz handel, transport i usługi osobiste (III)³⁷. Za czołowych przedstawicieli teorii trzech sektorów uznaje się: nowozelandzkiego ekonomistę A. Fishera, angielskiego ekonomistę i statystyka C. Clarka oraz francuskiego ekonomistę i socjologa J. Fourastie³⁸. Każdy z nich do wyróżniania sektorów zastosował inne kryterium, co prowadzi do pewnych odmienności i jest też przedmiotem krytyki przeciwników omawianej koncepcji³⁹. Mimo to autorzy ci osiągnęli podobny rezultat, polegający na podziale gospodarki na trzy sektory odpowiadające rolnictwu (sektor I), przemysłowi (sektor II) i usługom (sektor III). Znamienne jest, że dokonany podział skłonił każdego z nich do sformułowania fundamentalnej tezy, że udział tych sektorów na różnych etapach rozwoju gospodarczego nie jest jednakowy. Początkowo sektorem dominującym jest rolnictwo, któremu towarzyszy nikły stopień rozwoju pozostałych sektorów. Z czasem rośnie jednak, kosztem rolnictwa, waga sektora przemysłowego, który staje się dominującym. Jego znaczenie w pewnym punkcie zaczyna jednak maleć, kosztem sektora usług. Ostatecznie to sektor usług zdobywa miano kluczowego, czemu towarzyszy stały spadek znaczenia pozostałych dwóch sektorów⁴⁰. Teoria ta doskonale tłumaczy więc różnice między gospodarkami państw będących na różnych etapach rozwoju. Nie dziwi fakt, że najbiedniejsze kraje na świecie to wciąż te silnie oparte na rolnictwie, z niewielkim udziałem przemysłu i niemalże zerowym poziomem

³⁴ K. Rogoziński, *Usługi rynkowe*, Poznań 2000, s. 91.

³⁵ E. Kwiatkowski, *Teoria trzech sektorów. Prezentacja i próba oceny*, Warszawa 1980, s. 10; merkantyliści wskazywali, że podstawą wzrostu bogactwa narodowego jest nie rozwój rolnictwa, ale manufaktur i handlu; A. Smith w pracy *Badania nad naturą i przyczynami bogactwa narodów* odróżnił pracę produkcyjną od usług pracy nieprodukcyjnej; S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), *Współczesna ekonomika usług*, Warszawa 2005, s. 28.

³⁶ M. Daszkowska, *Usługi. Produkcja, rynek, marketing*, Warszawa 1998, s. 21.

³⁷ K. Rogoziński, op. cit., s. 92.

³⁸ M. Daszkowska, op. cit., s. 21; S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 30–32.

³⁹ A. Fisher wykorzystał jako kryterium podziału wskaźnik dochodowej elastyczności popytu, C. Clark charakter rezultatów pracy, J. Fourastie dynamikę postępu technicznego w sektorze, M. Daszkowska, op. cit., s. 22–23.

⁴⁰ Ten uniwersalny model rozwoju gospodarczego jest jednocześnie przedmiotem ostrej krytyki, zauważa się bowiem, że przejście od stadium rolnictwa do stadium usług poprzez etap intensywnej industrializacji (choć historycznie dotyczyło w XIX w. państw europejskich) nie jest wcale konieczne, czego przykładem może być współczesny rozwój państw „trzeciego świata”, K. Rogoziński, op. cit., s. 106.

rozwoju usług. Z drugiej strony najbardziej rozwinięte gospodarki świata to te właśnie, w których usługi generują większość PKB.

Interesująca jest też problematyka wzajemnych zależności pomiędzy sektorami. Usługi jawią się tu w pierwszej chwili (przez swój pomocniczy, komplementarny charakter) jako zasilające pozostałe dwa sektory. W literaturze zauważono jednak, że obecnie udział usług w produkcji rolniczej i przemysłowej jest tak szeroki i tak ważny, że prowadzenie tej produkcji bez wsparcia ze strony usług jest praktycznie niemożliwe. Stąd formułuje się tezę, że „to nie sektor II warunkuje szybki rozwój sektora III, ale *vice versa*; to nie produkcja określa funkcję i teorię usług, ale dokładnie przeciwnie, usługi kształtują dziś produkcję”⁴¹. Stopień rozwoju sektora usługowego jest więc nie tylko cechą gospodarki danego kraju, ale także czynnikiem przesądzającym o perspektywach jej rozwoju. Wzrost jego efektywności wywiera bowiem decydujący wpływ na produktywność i konkurencyjność całej gospodarki i jej zdolność do wzrostu⁴².

J. Fourastie podkreśla też socjologiczny wymiar omawianego procesu. Stwierdza, że dopiero na etapie gospodarki usług możliwy jest pełen rozwój ludzkiej osobowości⁴³. Refleksję socjologiczną, inspirowaną teorią trzech sektorów, rozwinął D. Bell⁴⁴. Odróżnił on od siebie społeczeństwo preindustrialne, industrialne i postindustrialne. W społeczeństwie preindustrialnym życie było grą przeciw naturze, polegającą na opanowaniu i eksploataowaniu zasobów natury. Jedynymi usługami powszechnie wówczas rozwiniętymi były usługi osobiste (służący). W społeczeństwie industrialnym toczy się gra przeciw sfabrykowanej naturze. Człowiek wyzwala się z narzucanych mu przez naturę ograniczeń, ale zostaje poddany zrationalizowanemu rytmowi pracy. Prowadzi to do głębokiego podziału pracy i jednocześnie zatomizowania społeczeństwa. Podstawowym miernikiem powodzenia są kryteria ekonomicznej efektywności: maksymalizacja korzyści i optymalizacja (gromadzenie i posiadanie dóbr). W społeczeństwie postindustrialnym natomiast gra odbywa się pomiędzy osobami. W tej grze decydującą rolę odgrywają usługi. Wiedza i informacja, zamiast pracy i surowców, są w tej grze podstawowymi czynnikami wytwórczymi. Jakość życia nie jest już mierzona ilością zgromadzonych dóbr materialnych, ale właśnie usługami i korzyściami świadczonymi sobie nawzajem przez ludzi⁴⁵.

Doniosłą rolę sektora usług dostrzegano także w literaturze ekonomicznej okresu PRL. Wskazywano, że sektor ten ma istotne znaczenie dla dobrobytu ekonomicznego, a szerzej dobrobytu społecznego. Stopień zaspokojenia popytu na usługi miał decydować o poziomie dobrobytu społecznego⁴⁶. Sektor usług miał pełnić w gospodarce socjalistycznej szczególne funkcje, odmiennie niż

⁴¹ K. Rogoziński, op. cit., s. 110, który powołuje się na pracę R. Normanna i R. Ramireza, *Designing Interactive Strategy. From Value Chain to Value Constellation*, J. Wiley & Sons, Chichester 1994.

⁴² K. Kłosiński, A. Masłowski, *Globalizacja sektora usług w Polsce*, Warszawa 2005, s. 10.

⁴³ S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 31.

⁴⁴ D. Bell, *The Coming Post-Industrial Society. A Venture in Social Forecasting*, New York 1973.

⁴⁵ K. Rogoziński, op. cit., s. 112–114; S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 39.

⁴⁶ M. Noga, *Sektor usług a dobrobyt społeczny w socjalizmie*, Wrocław 1985, s. 30 i n.

w krajach kapitalistycznych. W tych drugich miał być jedną z gałęzi biznesu, nastawioną, jak pozostałe, na osiąganie maksimum zysków, co skutkowało miało niedostatecznym rozwojem takich usług, jak oświata, ochrona zdrowia, gospodarka mieszkaniowa. W państwach socjalistycznych sektor ten ukierunkowany miał być głównie na zaspokajanie potrzeb ludzi. Pełnił on funkcje gospodarcze i społeczno-gospodarcze (np. obsługa procesów wytwórczych, funkcje socjalne, kulturowe, oświatowe) oraz pozagospodarcze (obronne, porządku publicznego)⁴⁷. Podkreślano też jego znaczenie jako stabilizatora gospodarki w warunkach permanentnego w socjalizmie niedoboru rynkowego (nadwyżki wielkości popytu nad wielkością podaży) oraz jego zdolność do absorpcji nadwyżek siły roboczej⁴⁸. Wydaje się szczególnie ważne, że już wówczas dostrzegano zbyt wolny, nieodpowiadający warunkom społeczno-gospodarczym, rozwój sektora usług w gospodarkach socjalistycznych⁴⁹. Ubolewano, że udział zatrudnionych w tym sektorze był zdecydowanie niższy niż w krajach kapitalistycznych oraz że tendencja ta utrzymywała się już od lat 50. XX w. Zastanawiano się przy tym, dlaczego wzrost dochodów osobistych ludności Polski w pierwszej połowie lat 70. nie przełożył się na wzrost wydatków na usługi. Podnoszono, że w krajach kapitalistycznych, ze względu na wysoką elastyczność dochodową popytu⁵⁰ na usługi, znaczny wzrost wydatków na usługi był regułą⁵¹.

Ustalenia teorii ekonomii znajdują potwierdzenie w praktyce. Świat wszedł w epokę gospodarki postindustrialnej. Według badań Instytutu DIW w Kilonii udział sektora usług w skali całego świata w tworzeniu produktu społecznego w latach 1970, 1980 i 1994 wynosił odpowiednio: 54%, 55,8% i 64,6%. Ważne jest przy tym, że wzrost udziału sektora usług obserwowano we wszystkich kategoriach państw, zarówno rozwijających się, państwach średnich dochodów oraz krajów wysoko rozwiniętych⁵². Badania statystyczne dowodzą, że sektor usługowy jest odpowiedzialny za generowanie znacznej części wartości dodanej brutto państw o nowoczesnych gospodarkach rynkowych (w tym państw Unii Europejskiej). Średni udział sektora usług w generowaniu wartości dodanej w ca-

⁴⁷ C. Niewadzi, *Usługi w gospodarce narodowej*, Warszawa 1975, s. 26–27.

⁴⁸ Szerzej o funkcjach sektora usług w gospodarce socjalistycznej M. Noga, op. cit., s. 50 i n.

⁴⁹ Zjawisko to w okresie transformacji gospodarczej po 1989 r. nazwano w literaturze luką cywilizacyjną w usługach, K. Rogoziński, op. cit., s. 135, który przywołuje opracowanie R.F. Nicholls'a *The Neglected Service Industries of Eastern Europe: Some Quantitative and Qualitative Aspects*, „International Journal of Service Industry Management” 1992/3, vol. 3; dane statystyczne obrazujące to zjawisko prezentuje K. Rogoziński, op. cit., s. 138–139.

⁵⁰ Elastyczność dochodowa jest miarą opisującą wrażliwość wielkości popytu na zmianę wielkości dochodów konsumenta; o wysokiej elastyczności dochodowej popytu mówimy, gdy popyt na określone dobra zmienia się w stopniu większym niż zmiana wielkości dochodów konsumenta – gdy wielkość popytu rośnie bardziej niż wzrost dochodów albo maleje bardziej niż spadek dochodów; wysoką elastycznością popytu cieszą się dobra luksusowe oraz usługi, niską dobra o charakterze podstawowym, czyli takie, które konsument nabywa dla zaspokojenia swych podstawowych potrzeb i z których najtrudniej mu zrezygnować; wyróżnia się też przypadki ujemnej elastyczności dochodowej popytu, zachodzącej, gdy jego rozmiary rosną w miarę spadania wielkości dochodu konsumenta – charakteryzuje ona tzw. dobra podrzędne, będące najczęściej gorszymi substytutami dóbr podstawowych.

⁵¹ Szerzej, wraz z odpowiednimi danymi statystycznymi, M. Noga, op. cit., s. 51–54.

⁵² Dane przytaczam za K. Kłosiński, *Międzynarodowy obrót usługowy*, Warszawa 2002, s. 25–26.

łej Unii wynosił w 2004 r. 71,4% (w 2000 r. 69,8%)⁵³. W wielu państwach UE, takich jak Belgia, Dania, Francja, Grecja, Holandia, Szwecja i Wielka Brytania, poziom ten w 2000 r. przekroczył już 70%. Najwyższy, bo aż 80-procentowy, odnotowano w Luksemburgu⁵⁴. Dla porównania, w krajach słabiej rozwiniętych, parametr ten jest znacznie niższy (Ukraina – 46,4%, Białoruś – 50,2%, Rosja – 55,1%, Turcja – 59,4%)⁵⁵. W Polsce udział usług w wartości dodanej wynosił w latach 2000 i 2004 odpowiednio 63,4% i 63,9%⁵⁶. Innym ważnym miernikiem roli sektora usługowego we współczesnych gospodarkach jest jego udział w absorpcji siły roboczej. W Unii Europejskiej wskaźnik ten w 2000 r. wynosił 67,9%, a w 2004 r. 69,7%⁵⁷. W Belgii, Danii, Holandii czy Wielkiej Brytanii już w 2000 r. przekraczał 70%⁵⁸. W krajach słabiej rozwiniętych wskaźnik udziału usług w zatrudnieniu kształtował się na zdecydowanie niższym pułapie (Białoruś – 40,6%, Bułgaria – 44,3%, Ukraina – 47,9%)⁵⁹. W Polsce w tych samych latach osiągnął on poziom odpowiednio: 46,5% i 53,9%⁶⁰. Przedstawione dane pokazują, że mamy do czynienia z sektorem mającym decydujące znaczenie dla rozwoju gospodarczego tak całej Unii Europejskiej, jak gospodarek poszczególnych jej członków. Ustalenie to jest szczególnie ważne w obliczu celu, jaki postawiła sobie UE w słynnej Strategii Lizbońskiej, przyjętej w 2000 r. Wedle jej założeń, do 2010 r. gospodarka unijna ma być najbardziej dynamiczną, opartą na wiedzy, gospodarką na świecie. Biorąc pod uwagę niewielką już odległość tej daty, założenie to można chyba bardziej traktować w kategoriach mirażu, co nie zwalnia państw członkowskich i całej Unii z obowiązku dążenia do celów wyznaczonych w Lizbonie.

2. Szeroki podmiotowy i przedmiotowy zakres zastosowania przepisów o swobodzie świadczenia usług

Potrzeba uregulowania omawianej problematyki w odrębnej dyrektywie podyktowana jest także faktem, że przepisy o swobodzie świadczenia usług znajdują zastosowanie w bardzo dużej liczbie praktycznych przypadków, o czym świadczą wiele przesłanek. W pierwszej kolejności należy odwołać się do redakcji art. 50 ust. 1 TWE. Zgodnie z nim swoboda świadczenia usług dotyczy tylko tych sytuacji, które nie są regulowane przepisami o swobodzie przepływu osób (pracowników i przedsiębiorczości), towarów i kapitału. Ma więc ona wobec innych swobód charakter subsydiamy. Przez to jednak jej granice wydają się zarysowane

⁵³ Źródło: GUS, *Rocznik statystyczny RP*, Warszawa 2005, s. 746, przy czym dane dotyczą 25 obecnych członków Unii.

⁵⁴ Za K. Kłosiński, *Współczesne tendencje w sektorze usług w Unii Europejskiej*, Warszawa 2003, s. 104.

⁵⁵ 2003 r., źródło: GUS, *Rocznik statystyczny RP*, Warszawa 2005, s. 870.

⁵⁶ Ibidem, s. 746.

⁵⁷ Ibidem, s. 744, dane dotyczą 25 obecnych członków Unii.

⁵⁸ Za S. Flejterski, A. Panasiuk, J. Perenc, G. Rosa (red.), op. cit., s. 65.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ GUS, *Rocznik statystyczny RP*, Warszawa 2005, s. 744.

w sposób nie do końca ostry. Stąd też ETS, kwalifikując konkretny stan faktyczny, w pierwszej kolejności bada, czy nie wypełnia on przesłanek zastosowania którejs z pozostałych swobód. Dopiero w braku jednej z tych kwalifikacji, analizuje sprawę pod kątem możliwości zastosowania przepisów o swobodzie świadczenia usług. W literaturze wskazuje się jednak, że w sytuacjach wątpliwych Trybunał skłania się do dokonywania kwalifikacji z art. 49 i 50 TWE⁶¹.

Termin „swoboda świadczenia usług” oraz redakcja art. 49 TWE sugerować mogą, że swoboda ta odnosi się do sytuacji podmiotu świadczącego usługę tylko wtedy, gdy świadczenie to odbywa się w państwie innym niż państwo jego pochodzenia. Takie rozumienie zasięgu omawianej swobody okazuje się zdecydowanie zbyt wąskie. Istotą usługi jest jej dwustronny charakter; z jednej strony występuje wykonawca, którego świadczenie jest „treścią” usługi, z drugiej zaś podmiot, który świadczenie odbiera. Swoboda świadczenia usług rozciąga się więc także na osobę usługobiorcy. Po raz pierwszy tezę tę sformułował ETS w orzeczeniu w sprawie *Luisi & Carbone*⁶². W tym aspekcie mamy do czynienia z tzw. bierną swobodą świadczenia usług, którą można też nazwać swobodą dostępu do usług.

Literalne brzmienie art. 49 TWE (przynajmniej w jego polskiej wersji językowej) wyraźnie wskazuje, że swoboda świadczenia usług dotyczy sytuacji, gdy usługa świadczona jest na rzecz obywatela innego państwa niż to, w którym usługodawca ma swoje przedsiębiorstwo. Tymczasem w literaturze słusznie zauważa się, że nie chodzi tu bynajmniej o wykonywanie przez usługodawcę w państwie pochodzenia działalności gospodarczej. Warunkiem wystarczającym do skorzystania ze swobody przepływu usług jest posiadanie przez niego w jednym z państw członkowskich miejsca stałego zamieszkania (stałego pobytu, siedziby). By korzystać ze swobody świadczenia usług, nie trzeba być natomiast w państwie pochodzenia przedsiębiorcą, jak i nie trzeba świadczyć tam profesjonalnie przedmiotowych usług. Gdyby tak było, na omawianą swobodę nie mogliby się powoływać np. studenci, emeryci czy osoby w państwie pochodzenia zatrudnione, ale świadczące w państwie goszczącym czasowo określone usługi odpłatnie i samodzielnie⁶³.

Przepis art. 50 ust. 3 TWE stanowi, że swoboda świadczenia usług uprawnia usługodawcę do przejściowego wykonywania działalności w państwie świadczenia. ETS w swym orzecznictwie twierdzi jednak, że swoboda ta obejmuje wszystkie przypadki, w których występuje element transgraniczności (o ile oczywiście

⁶¹ N. Półtorak, *Świadczenie usług a zakładanie przedsiębiorstw według prawa Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 1999, z. 2, s. 60.

⁶² C-286/82 i 26/83 *G. Luisi i G. Carbone v. Ministerstwo Skarbu*, Zb. Orz. 1984, s. 377.

⁶³ N. Półtorak, op. cit., s. 59; M. Strzelbicki, op. cit., s. 57; sygnalizowany problem w mojej ocenie sprowadza się do błędnego tłumaczenia polskiej wersji TWE (opublikowanej w Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864, a także dostępnej m.in. na stronie internetowej Urzędu Komitetu Integracji Europejskiej <http://www.ukie.gov.pl> oraz w wielu wydawnictwach drukowanych, np. *Polska w Unii Europejskiej. Wybór dokumentów*, Warszawa 2003, s. 596), wg której występujące w wersji angielskiej TWE w art. 49 wyrażenie *who are established* (niem. *sindansässig*) przetłumaczono na „mający swe przedsiębiorstwo”, podczas gdy chodzi właśnie o stałe przebywanie, osiedlenie się na terytorium jednego z państw Wspólnoty.

mają charakter przejściowy, ograniczony w czasie). Przepisy art. 49 i 50 TWE nie znajdują zastosowania tylko wtedy, gdy wszystkie elementy usługi odnoszą się do jednego państwa członkowskiego⁶⁴. Z tego względu swoboda świadczenia usług obejmuje przypadki, w których:

- usługodawca udaje się do państwa usługobiorcy i tam wykonuje usługę albo
- usługobiorca udaje się do państwa usługodawcy, by odebrać usługę lub dokonać zapłaty, albo
- usługodawca i usługobiorca mają miejsce zamieszkania (siedziby) w tym samym państwie członkowskim i udają się do innego państwa Wspólnoty, gdzie jest świadczona, 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.

Ponieważ przepisy art. 49 i 50 TWE odnoszą się do tak różnorodnych konfiguracji, słuszne jest – moim zdaniem – posługiwanie się określeniem swoboda przepływu usług, jako lepiej oddającym rzeczywistą różnorodność sytuacji nią objętych.

Jeszcze inną przyczyną szerokiego praktycznego zastosowania swobody przepływu usług jest fakt, że podmiotami uprawnionymi do korzystania z niej są nie tylko same strony stosunku usługowego, ale także pracownicy oddelegowani do wykonania usługi. Dotyczy to zwłaszcza tych przypadków, gdy usługodawcą jest spółka w rozumieniu art. 48 TWE. Jeśli więc spółka, utworzona zgodnie z prawem jednego z państw członkowskich oraz mająca tam statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo, deleguje pracowników do wykonania usługi na obszarze innego państwa Wspólnoty, to osoby te są tam traktowane jako korzystające ze swobody przepływu usług, a nie przepływu pracowników. Jest to szczególnie istotne wtedy, gdy obywatele danego państwa nie mogą korzystać ze swobody przepływu pracowników, ze względu np. na okres przejściowy na przepływ siły roboczej⁶⁵. Wyłączenie stosowania swobody przepływu pracowników nie jest przeszkodą w delegowaniu pracowników do wykonania usługi⁶⁶.

⁶⁴ Połączone sprawy C-154/89 *Komisja v. Francja*, C-180/89 *Komisja v. Włochy*, C-188/89 *Komisja v. Grecja*, Zb. Orz. 1991, s. I-659, I-709, I-727.

⁶⁵ W takiej sytuacji są obecnie obywatele RP w niektórych państwach Unii, np. w Niemczech czy Austrii.

⁶⁶ Tak wyraźnie, na podstawie sytuacji Portugalii po akcesji do Unii, wobec której również przewidziano okresy przejściowe na swobodny przepływ portugalskiej siły roboczej, ETS w orzeczeniu 113/89 *Rush Portuguesa Lda v. Krajowy Urząd do Spraw Imigracji*; w podobnej sytuacji znajdują się polscy usługodawcy, delegujący swych pracowników do wykonania usługi w państwach członkowskich, które utrzymują, zgodnie z Traktatem Akcesyjnym, maksymalnie 7-letni okres przejściowy na przepływ polskich pracowników (np. Niemcy, Austria) – delegowani pracownicy nie są objęci swobodą przepływu pracowników, ale swobodą przepływu usług, dzięki czemu ich prawo do wykonania usługi nie może być przez państwo goszczące ograniczane z powołaniem się na okres przejściowy dotyczący siły roboczej; dodatkowego argumentu na odrębność ich sytuacji dostarcza pkt 13 cz. 2 załącznika XII do Traktatu Akcesyjnego, który wprowadza szczególny okres przejściowy dla świadczenia usług przez polskich usługodawców delegujących pracowników w niektórych branżach na obszarze Austrii i Niemiec (usługi budowlane oraz sprzątanie przemysłowe, a w Austrii także ogrodnictwo, cięcie, rzeźbienie i wykańczanie kamienia, ręczny wyrób elementów z metalu, działalność ochroniarska

W sprawie *Vander Elst*⁶⁷ ETS wskazał ponadto, że delegowani pracownicy nie muszą być obywatelami Wspólnoty. Jeśli tylko legalnie przebywają na obszarze państwa pochodzenia, państwo goszczące nie może wymagać od nich uzyskania wizy wjazdowej czy pozwolenia na pracę dla cudzoziemców. Stanowisko to Trybunał podtrzymał w orzeczeniu w sprawie *Komisja v. Luksemburg*.

Wysoka częstotliwość występowania sytuacji objętych swobodą przepływu usług wzrasta wraz z rozwojem orzecznictwa ETS, rozszerzającego zakres tej swobody na coraz więcej przypadków. Poza tymi już zaprezentowanymi wskazać można, tytułem przykładu, na inne orzeczenia Trybunału. W sprawie *Alpine Investments*⁶⁹ rozstrzygał kwestię zakazu tzw. *cold callingu*. Proceder ten polega na telefonicznym kontaktowaniu się z potencjalnymi adresatami oferty przedsiębiorcy w celu jej przedstawienia (reklamy), bez wcześniejszej zgody zainteresowanych. ETS stwierdził, że zakaz telefonicznego kontaktowania się z klientami z innych państw członkowskich Wspólnoty może stanowić ograniczenie swobodnego przepływu usług, bo pozbawia on uczestników obrotu gospodarczego środka reklamy i możliwości nawiązywania kontaktów. Zauważył przy tym, że zastosowanie swobody przepływu usług możliwe jest nawet wtedy, gdy stosunek usługowy nie został jeszcze zawiązany, a strony indywidualnie określone (znane są jedynie potencjalnie). O szerokim zakresie zastosowania przepisów o swobodzie przepływu usług świadczy też orzeczenie w sprawie *Cowan*⁷⁰. Dotyczyła ona brytyjskiego turysty, napadniętego, pobitego i obrabowanego na stacji metra we Francji. Napastnicy nie zostali ujęci. Prawo francuskie przewidywało w takich sytuacjach wypłatę odszkodowania ze środków publicznych, jeśli uzyskanie ich od sprawców nie było możliwe. Jedynym obostrzeniem w tym zakresie był wymóg posiadania obywatelstwa francuskiego. Wobec braku tej przesłanki brytyjski turysta odszkodowania nie otrzymał. Trybunał orzekł, że doszło do dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Pan Cowan, jako turysta korzystający z usług we Francji, uznany został za usługobiorcę w rozumieniu traktatu, korzystającego z ochrony gwarantowanej w art. 49 i 50 TWE. Konkluzji tej nie przeszkodził ani pozornie wątpliwy związek zdarzenia ze stosunkami usługowymi (usług turystycznych), ani fakt, że odszkodowanie wypłacone być miało ze środków publicznych. Orzeczenia te pokazują, że praktyczny zasięg omawianej swobody jest bardzo szeroki.

Potrzeba zapewnienia rzeczywistej realizacji omawianej swobody w sposób, jaki wynika z orzecznictwa ETS oraz z postulatów doktryny (czyli rozumianej szerzej niż tylko zakaz dyskryminacji podmiotu ze swobody korzystającego), jest tym większa, iż państwa członkowskie są niechętne takiemu jej pojmowaniu. Trudno się temu dziwić, skoro przyjęcie stanowiska ETS w znaczący sposób ogra-

oraz pielęgnowanie domu) – ponieważ ten środek dotyczy wprost delegowanych przez usługodawców pracowników, potwierdza to zarazem, że okres przejściowy na przepływ siły roboczej osób delegowanych przez nich nie dotyczy; zob. także M. Strzelbicki, op. cit., s. 73–74.

⁶⁷ C-43/93 R. *Vander Elst v. Office des Migrations Internationales*, Zb. Orz. 1994, s. I-3803.

⁶⁸ C-445/03 *Komisja v. Luksemburg*, Zb. Orz. 2004, s. I-10191.

⁶⁹ C-384/93 *Alpine Investments v. Minister Finansów*, Zb. Orz. 1995, s. I-1141.

⁷⁰ C-186/87 I. W. *Cowan v. Tresor Public*, Zb. Orz. 1989, s. 195.

nicza możliwości oddziaływania organów państwa przyjmującego na działalność podmiotu korzystającego ze swobody. Problem ten ujawnia się w szczególności w przypadkach, gdy wątpliwa jest kwalifikacja działalności usługodawcy ze względu na swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług. Państwa przyjmujące starają się wówczas wykazać, że określona działalność mieści się w ramach swobody przedsiębiorczości (bo takie stanowisko pozwala im na stosowanie środków niedyskryminacyjnych bez względu na to, czy dany podmiot został już poddany podobnym wymogom w państwie pochodzenia). Podmiot wykonujący działalność usługową jest natomiast zainteresowany kwalifikacją w ramach swobody świadczenia usług, bo wówczas może powołać się na kryteria, które już wcześniej spełnił (np. na uzyskanie w państwie pochodzenia pozwolenie na wykonywanie działalności określonego rodzaju, przynależność do korporacji zawodowej itp.). Przykładem takiego konfliktu była głośna sprawa *Gebhard*⁷¹. Ponieważ obie swobody dotyczą tej samej przedmiotowo działalności, realne jest niebezpieczeństwo obejścia rygorów uzasadnionych w świetle swobody przedsiębiorczości pod pozorem tymczasowej działalności w ramach swobody przepływu usług⁷². Z zagrożenia tego państwa członkowskie doskonale zdają sobie sprawę. Wobec tego powołanie się na swobodę przepływu usług budzi od razu podejrzenia o chęć obejścia regulacji dotyczących swobody przedsiębiorczości.

3. Znaczenie zasady praworządności

Należy podkreślić, że nawet gdyby administracja państwa goszczącego chciała traktować podmiot wspólnotowy zgodnie z zasadami wskazanymi przez ETS, nie mogłaby tego zrobić bez odpowiedniego umocowania w przepisach prawa krajowego. Państwa członkowskie z kolei nie wprowadzają z własnej inicjatywy do swoich porządków prawnych regulacji dających podstawę do uwzględniania kontroli sprawowanej nad ustawodawcą w państwie jego pochodzenia. Samo tylko orzecznictwo ETS nie jest natomiast do tego wystarczającą podstawą. Stąd nawet w przypadku przychylnego stanowiska władz państwa przyjmującego brakuje z reguły przepisów mogących stanowić podstawę prawną stosownego działania. Trudno natomiast byłoby oczekiwać od organów administracji, by te bez podstawy prawnej w krajowym systemie prawnym samodzielnie decydowały się np. na odstąpienie od wymagania uzyskania przez usługodawcę zezwolenia na wykonywanie działalności określonego rodzaju z tego względu, że uzyskał już on takie zezwolenie w innym państwie Unii. W orzecznictwie ETS sformułowano wprowadzić tezę, że zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego przed prawem krajowym, nakazującą odmówić zastosowania normy krajowej niezgodnej ze

⁷¹ C-55/94 R. *Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995, s. I-4165.

⁷² Zwracał na to uwagę rzecznik generalny Leger w opinii do orzeczenia w sprawie *Gebhard* oraz ETS w orzeczeniu w sprawie C-33/74 *H.M. van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, Zb. Orz. 1974, s. 1299.

wspólnotową, winny realizować nie tylko sądy, ale także organy administracji⁷³. Stanowisko to jest oceniane w doktrynie, wydaje się słusznie, jako dyskusyjne⁷⁴. Trudno, by organy administracji samodzielnie odmawiały zastosowania krajowej ustawy ze względu na jej niezgodność z prawem wspólnotowym, jeśli nie mają kompetencji do analogicznej odmowy w przypadku niezgodności ustawy z krajową konstytucją. Organ administracji nie może też rozwiązać pojawiających się wątpliwości co do zgodności prawa krajowego ze wspólnotowym na drodze zapytania prejudycjalnego do ETS, bo w świetle art. 234 TWE nie jest do tego upoważniony. Ponadto brakuje na poziomie wspólnotowym rozwiązań, które budowałyby zaufanie pomiędzy państwami członkowskimi w zakresie kontroli nad usługodawcami⁷⁵. Nawet jeśli usługodawca uzyskał w państwie pochodzenia pozwolenie na wykonywanie działalności, państwo goszczące nie może mieć pewności, czy pozwolenie to rzeczywiście odpowiada temu wymaganemu na jego terytorium i czy gwarantuje należyłą ochronę określonych dóbr i wartości. Bez takiej pewności odstępianie od wymogu formułowanego w prawie krajowym nie jest możliwe.

4. Zawodność wspólnotowych mechanizmów zapewnienia efektywności swobody przepływu usług

Przedstawione wyżej dowody wielkiego znaczenia, jakie dla rozwoju wspólnego rynku ma właściwe funkcjonowanie transgranicznego przepływu usług, nie uzasadniają jeszcze nieodzownej potrzeby przyjęcia dyrektywy. Należy odpowiedzieć sobie na pytanie, czy już funkcjonujące mechanizmy prawa wspólnotowego nie pozwalają na skuteczne przezwyciężenie trudności w realizacji tej swobody. Skoro pojmowanie swobody przepływu usług jako nośnika reguły kraju pochodzenia forsowane jest na gruncie wspólnotowym przede wszystkim przez ETS, to w jego kompetencjach w pierwszej kolejności poszukiwać należy możliwości wyegzekwowania realizacji tego stanowiska przez państwa członkowskie. W dalszej kolejności sięgnąć można do kompetencji innych organów Wspólnoty (Komisji i Parlamentu Europejskiego). Analizy tej dokonać trzeba przy tym z punktu widzenia uprawnień jednostki chcącej skorzystać ze swobody przepływu usług, ponieważ to właśnie ta jednostka ponosi negatywne konsekwencje nieprzychylnego stanowiska władz państwa goszczącego.

4.1. Orzeczenia wstępne Trybunału Sprawiedliwości

Podstawową procedurą, w ramach której ETS forsuje własną (tj. opartą na warunkowej regule kraju pochodzenia) wykładnię art. 49 i 50 TWE, jest procedura zapytań wstępnych. Zagadnienie orzeczeń prejudycjalnych ETS jest w literatu-

⁷³ C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA v. Comune di Milano*, Zb. Orz. 1989, s. 1839.

⁷⁴ S. Biernat, op. cit., s. 90 oraz idem, *Wpływ członkostwa Polski w Unii Europejskiej na polskie sądy*, „Przegląd Sądowy” 2001, nr 11–12, s. 16.

⁷⁵ Z wyjątkiem szczególnych obszarów, o których mowa – pkt 5.2.

rze szeroko prezentowane⁷⁶. W tym miejscu wskażemy jedynie najistotniejsze z punktu widzenia naszych rozważań kwestie. Zapytania wstępne są głównym (obok zasady pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego przed prawem krajowym) instrumentem zapewniania jednolitości stosowania prawa wspólnotowego. Są one ponadto niezwykle ważnym czynnikiem ciągłego rozwoju prawa wspólnotowego. Wiele kluczowych dla jego ewolucji orzeczeń Trybunału zapadało właśnie w ramach tej procedury. Wydaje się jednak, że nie jest ona wystarczająco skutecznym sposobem ochrony uprawnień przyznawanych jednostkom przez prawo wspólnotowe. Uwaga ta zdaje się dotyczyć zwłaszcza usługodawców, którzy ze swobody wspólnotowej korzystają w krótkim okresie, okazjonalnie. Kilka argumentów przemawia za tą konkluzją. Możliwość (albo obowiązek) wystąpienia do ETS z zapytaniem wstępnym pojawia się dopiero na etapie postępowania sądowego. Tymczasem pierwsze trudności przed usługodawcą niemal zawsze stawiane są przez administrację. Oznacza to, że aby możliwe stało się złożenie zapytania, usługodawca musi doprowadzić sprawę przynajmniej do etapu postępowania sądowoadministracyjnego w pierwszej instancji. Jasne jest, że wymaga to nie tylko nakładu środków, ale przede wszystkim czasu, w tym przypadku zupełnie nieproporcjonalnego do przejściowego charakteru swobody świadczenia usług oraz kluczowego dla opłacalności każdej działalności gospodarczej. Co więcej, możliwość osiągnięcia stadium sądowego pojawi się praktycznie tylko wtedy, gdy jednostka naruszy wcześniej przepisy państwa przyjmującego (np. w ten sposób, że nie wystąpi o udzielenie zezwolenia na świadczenie określonych usług). Dopiero wtedy bowiem zareagują organy administracji i możliwe będzie wdanie się z nimi w spór, który po przeniesieniu na poziom sądowy pozwoli na zgłoszenie zapytania wstępnego. Często jednak administracja ma na etapie postępowania administracyjnego szereg możliwości stosowania dotkliwych środków zabezpieczających albo rozmaitych kar pieniężnych. Celowe wejście w spór jest więc obciążone dodatkowo sporym ryzykiem, niechybnie związanym też z wymiernymi kosztami. Jeśli nawet osiągnięty zostanie etap postępowania sądowego, to pamiętajmy, że jedynym podmiotem uprawnionym do wystąpienia z zapytaniem wstępnym jest sąd. Strona może co prawda składać stosowne wnioski, ale ostateczna decyzja należy tylko do sądu. Również tylko sąd decyduje o zakresie zapytania i sposobie sformułowania pytań. Jednostka, której

⁷⁶ Jak zauważa S. Biernat, literatura na ten temat jest nie do ogarnięcia, zob. S. Biernat, *Wpływ...*, op. cit., s. 26 i n. oraz cytowana tam literatura, a także m.in. A. Amull, *The European Union and Its Court of Justice*, Oxford 2006, s. 95 i n.; M. Strzelbicki, *Orzeczenia wstępne Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w postępowaniu przed sądem administracyjnym*, w: P. Wiliński (red.), *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. II, Poznań 2005, s. 393 i n.; J. Skrzydło, *Doktryna <acte clair> w orzecnictwie Trybunału Wspólnot Europejskich i sądów państw członkowskich Unii Europejskiej*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 1, s. 49 i n.; M. Szpunar, *Organy uprawnione do składania wniosku o wydanie orzeczenia wstępnego w trybie art. 177 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską*, „Państwo i Prawo” 1997, z. 7, s. 57 i n.; R. Ostrihansky, *Kompetencja sądów i trybunałów państw członkowskich Unii Europejskiej do zwracania się do Trybunału Sprawiedliwości o wydanie orzeczeń wstępnych*, w: E. Piontek, A. Zawadzka (red.), *Szkice z prawa Unii Europejskiej*, 1.1, *Prawo instytucjonalne*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 225 i n.; A. Kastelik-Smaza, *Konsekwencje naruszenia obowiązku skierowania pytańprejudycjalnego do ETS*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2007, nr 2, s. 24 i n.

sprawa dotyczy, nie jest też stroną postępowania przed ETS. Ważny jest także czynnik czasu. Postępowanie krajowe na czas procedury prejudycjalnej zostaje zawieszone. Średni czas rozpatrzenia sprawy przez ETS wynosi obecnie około 2 lat. Oznacza to, że całe postępowanie, dotyczące w gruncie rzeczy krótkotrwałego świadczenia usług, może toczyć się latami. Wpływ jednostki na jego przebieg jest natomiast, jak wskazano, bardzo ograniczony. Oczywiście, jeśli ETS w orzeczeniu przyjmie stanowisko korzystne dla jednostki, może ona liczyć na zadowalające rozstrzygnięcie sprawy przez sąd krajowy. Z przedstawionych wyżej względów podstawową wadą zapytań wstępnych jako środka ochrony praw usługodawcy jest brak praktycznej przydatności. Spełnienie dublującego środka zastosowane w państwie pochodzenia usługodawcy wymogu, stawianego przez władze państwa goszczącego, może się więc okazać mniej ryzykowne, tańsze i przede wszystkim zdecydowanie szybsze niż spór z miejscową administracją, zakończony skargą do sądu i złożeniem (przez sąd) zapytania wstępnego. Należy sądzić, że stojąc przed takim wyborem, większość usługodawców decyduje się albo spełnić dublujące wymogi (co jest dla nich trudnością nieproporcjonalną do zamierzonej w państwie goszczącym działalności), albo wybiera trzecią drogę – rezygnuje z wykonania transgranicznej usługi. Sytuacja ta kłóci się więc z ideą wspólnego rynku.

4.2. Odpowiedzialność państwa członkowskiego za uchybienie zobowiązaniom traktatowym

Inna procedura, która może potencjalnie chronić interes jednostki korzystającej ze swobody przepływu usług, to unormowana w art. 226–228 TWE odpowiedzialność państwa członkowskiego za uchybienie zobowiązaniom traktatowym⁷⁷. Podobnie jak w przypadku pytań prejudycjalnych nie jest moim celem analizowanie tej procedury, ale wskazanie jej najważniejszych aspektów z punktu widzenia ochrony praw jednostki. Nie ulega wątpliwości, że sytuacja, gdy władze państwa przyjmującego odmawiają usługodawcy uwzględnienia środków, którym poddany został w państwie pochodzenia, jest niezgodna z art. 49 i 50 TWE w rozumieniu, jakie tym przepisom nadaje w orzecznictwie ETS. Wyczerpuje więc ona przesłanki naruszenia prawa wspólnotowego, o którym mowa w art. 226–228 TWE. Tego typu sytuacje mogą zatem być podstawą przeprowadzenia omawianej procedury, której głównym celem jest nie tyle „ukaranie” państwa członkowskiego, co przywrócenie stanu zgodności z prawem wspólnotowym poprzez skłonie-

⁷⁷ Szerzej zob. np. C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki*, t. I, Warszawa 2000, s. 736 i n.; A. Wyrozumska, w: J. Barcz, op. cit., s. 330 i n., J.D. Mouton, w: R. Skubisz, E. Skrzydło-Tefelska, *Prawo europejskie. Zarys wykładu*, Lublin 2005, s. 175 i n.; A. Wróbel (red.), *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*, Zakamycze, Kraków 2004, s. 167 i n.; O. Kopiczko, *Procedura z art. 226 TWE i inne wybrane środki ochrony praw podmiotowych przyznanych przez Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 12, s. 8 i n.

nie go do dobrowolnego usunięcia naruszenia⁷⁸. Postępowanie toczyć się może z inicjatywy Komisji (art. 226 TWE) albo państw członkowskich (art. 227 TWE). W praktyce, o ile postępowania z wniosku Komisji zdarzają się często, o tyle art. 227 pozostaje przepisem w zasadzie martwym. Państwa członkowskie szybko nauczyły się, że w kwestii przestrzegania prawa wspólnotowego żadne z nich nie jest bez grzechu. Stąd polityczne względy przesądzają o swoistej „uczniowskiej solidarności” państw członkowskich, które powstrzymują się od wzajemnego donoszenia na siebie Komisji i Trybunałowi Sprawiedliwości. Warto podkreślić, że w świetle art. 226 TWE czynną legitymację procesową ma tylko Komisja, nie posiadają jej natomiast jednostki, także te poszkodowane naruszeniem prawa wspólnotowego. Uprawnienie do wniesienia skargi ma charakter dyskrecjonalny i oparte jest na swobodnym uznaniu, przez co żaden podmiot, w tym jednostka dotknięta naruszeniem prawa wspólnotowego, nie może skutecznie zmusić Komisji do podjęcia postępowania. W żadnym razie procedury tej nie można wobec tego postrzegać jako środka odwoławczego od niekorzystnego dla jednostki orzeczenia sądu albo organu krajowego. Pozycja jednostki jest więc w perspektywie tej procedury, podobnie zresztą jak w przypadku orzeczeń wstępnych, słaba. Możliwości dostępne jednostkom wyczerpują się właściwie na etapie poinformowania Komisji o zaistniałych naruszeniach (informacje te przekazywać można w ramach tzw. skarg nieformalnych, o których mowa niżej)⁷⁹. Z drugiej strony wszakże Komisja, jako strażnik poszanowania prawa wspólnotowego, nie musi wykazywać własnego interesu we wniesieniu skargi. Omawiana procedura jest uznawana za skuteczny środek egzekwowania prawa wspólnotowego (np. ze względu na możliwość zastosowania tzw. procedury przymuszania do wykonania wyroku ETS unormowanej w art. 228 ust. 2 TWE, która zakończyć się może przykrymi dla państwa członkowskiego konsekwencjami finansowymi)⁸⁰. Z punktu widzenia usługodawców również ją należy jednak uznać za niepraktyczną. Pomijając już wskazany aspekt ograniczonych uprawnień jednostki, zwraca uwagę długotrwały (przy nieprzejednanej postawie państwa członkowskiego) przebieg postępowania. Składa się ono bowiem z dwóch zasadniczych etapów. Pierwszy to etap postępowania administracyjnego (tzw. przedsądowego), które dalej podzielić można na część nieoficjalną, gdy przedstawiciele Komisji kontaktują się z przedstawicielami państwa celem zbadania sprawy i osiągnięcia ewentualnej ugody, oraz oficjalną, rozpoczętą od wysłania tzw. pisma ostrzegawczego, a zakończoną wydaniem tzw. opinii umotywowanej. W umotywowanej opinii Komisja przedstawia zarzuty oraz określa sposób i termin usunięcia wskazanych naruszeń. Dopiero jeśli państwo członkowskie nie zastosuje się do umotywowanej opinii, Komisja może wystąpić ze skargą do ETS (etap drugi). Ponieważ sama tylko nieoficjalna część etapu administracyjnego trwać może nawet latami, praktyczna przydatność tej procedury dla ochrony interesu usługodawcy wydaje się

⁷⁸ M. Mielecka, *Praktyczne aspekty postępowania o naruszenie prawa wspólnotowego*, „Wspólnoty Europejskie” 2004, nr 8, s. 7.

⁷⁹ Skargi obywateli są, obok własnych informacji zbieranych przez służby Komisji z urzędu, głównym źródłem jej wiedzy o naruszeniach prawa wspólnotowego; Ibidem.

⁸⁰ A. Amull, op. cit., s. 47–51.

znikoma. Ponadto realizacja wspólnego rynku nie może sprowadzać się jedynie do karania państw członkowskich za zaniechania w zakresie jego urzeczywistniania, bo taka integracja gospodarcza pozbawiona byłaby sensu.

4.3. Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa za naruszenie prawa wspólnotowego

Prawo wspólnotowe daje też możliwość podmiotom prywatnym domagania się odszkodowania od państwa członkowskiego za jego naruszenie⁸¹. W szczególności dotyczyć to może przypadków, w których wcześniej w trybie art. 226–228 TWE orzeczono o uchybieniu zobowiązaniom traktatowym. Trzeba przyznać, że uprawnienia jednostek w zakresie dochodzenia odszkodowań są przez orzecznictwo ETS konsekwentnie rozszerzane. Prawo wspólnotowe nie daje bowiem bezpośredniej podstawy do tej odpowiedzialności. ETS wywiódł ją z art. 10 TWE, wyrażającego nakaz podejmowania wszelkich kroków służących zapewnieniu efektywności prawa wspólnotowego (tzw. zasada lojalności państw wobec Wspólnoty)⁸². Odpowiedzialność odszkodowawcza jawi się jako niezbędne uzupełnienie zasady bezpośredniego stosowania i bezpośredniej skuteczności prawa wspólnotowego. Orzeczenia ustalające jej zasady uznaje się za szczytowy punkt na drodze nadawania prawu wspólnotowemu niezbędnej skuteczności⁸³. Po raz pierwszy zasadę odpowiedzialności odszkodowawczej wyraził ETS w sprawie Francovich⁸⁴, wobec naruszenia prawa wspólnotowego polegającego na nie-

⁸¹ Literatura na temat odpowiedzialności odszkodowawczej państw za naruszenie prawa wspólnotowego jest bogata, niezależnie od ujęcia tej tematyki w niemal wszystkich podręcznikach zob. np. N. Półtorak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa w prawie Wspólnot Europejskich*, Zakamycze, Kraków 2002; M. Górka, *Zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za naruszenia prawa wspólnotowego*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1997, nr 1, s. 32 i n. i idem, *Zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 1997, nr 2, s. 111 i n.; J. Tokarzewska, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państw członkowskich Unii Europejskiej wobec podmiotów prywatnych*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 12, s. 64 i n.; N. Półtorak, *Odpowiedzialność odszkodowawcza państw członkowskich za naruszenie prawa Wspólnot Europejskich*, w: C. Mik (red.), *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998, s. 151 i n.; T.T. Koncewicz, *Wspólnotowa zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa za działalność sądów krajowych*, w: D. Komobis-Romanowska (red.), *Stosowanie prawa wspólnotowego w prawie wewnętrznym z uwzględnieniem prawa polskiego*, Warszawa 2004, s. 195 i n.; K. Kowalik-Bańczyk, *Odpowiedzialność państwa członkowskiego za naruszenie prawa wspólnotowego spowodowane działaniem sądu*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 2, s. 58 i n.; W. Sanetra, *W kwestii odpowiedzialności za wyrządzenie szkody przez wydanie orzeczenia niezgodnego z prawem wspólnotowym*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 3, s. 7 i n.; idem, *Za jakie naruszenia prawa wspólnotowego przez sąd najwyższego szczebla należy się odszkodowanie. Uwagi na marginesie wyroku ETS w sprawie Traghetti*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 9, s. 4 i n.; N. Półtorak, *Głosa do wyroku Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-224/01 Gerhard Köbler v. Austria*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2003, nr 4, s. 175 i n.

⁸² W. Czapliński, R. Ostrihansky, P. Saganek, A. Wyrozumska, *Prawo Wspólnot Europejskich. Orzecznictwo*, Warszawa 2001, s. 233.

⁸³ S. Biernat, w: J. Barcz, op. cit., s. 265.

⁸⁴ Sprawy połączone C-6/90 i C-9/90 *Andrea Francovich i Danila Bonifaci v. Włochy*, Zb. Orz. 1991, s. I-5357.

implementowaniu dyrektywy. W orzeczeniu w sprawie *Brasserie*⁸⁵ poczyniono następny istotny krok rozszerzający zakres odpowiedzialności. Trybunał uznał, że naruszenie prawa wspólnotowego polegać może nie tylko na nieimplementowaniu dyrektywy, ale także na niepełnej/niepoprawnej implementacji oraz na każdym innym, wystarczająco poważnym, naruszeniu normy pierwotnego albo wtórnego prawa wspólnotowego przyznającego jednostkom określone prawa. Odszkodowania można się domagać, o ile istnieje związek przyczynowy między naruszeniem a powstałą szkodą. Nie jest przy tym ważne, jaki organ państwa dopuścił się tego naruszenia⁸⁶ ani czy miało ono postać działania czy zaniechania. Przez pewien czas wątpliwości budziło pytanie, czy podstawą odpowiedzialności może być naruszenie dokonane przez sąd państwa członkowskiego. Trybunał twierdząco odpowiedział na nie w głośnej sprawie *Kohler*⁸⁷. Naruszenie prawa wspólnotowego winno jednak w tym wypadku przybrać postać nie tylko „wystarczająco poważną”, ale musi być oczywiste. W sprawie *Traghetti*⁸⁸ Trybunał podkreślił natomiast, iż ograniczenia zakresu tej odpowiedzialności w prawie krajowym nie mogą być dowolne⁸⁹. Wydaje się, że z omawianych środków korzystać mogą też podmioty świadczące usługi w ramach swobody świadczenia usług. Jeśli poprzez odmowę przez państwo goszczące uznania np. zezwolenia uzyskanego w państwie pochodzenia poniosą one szkodę, będą mogły domagać się od tego państwa odszkodowania. Pamiętajmy jednak, że odszkodowanie nie zastąpi usługodawcy możliwości korzystania ze swobody przepływu usług. Sens europejskiej integracji gospodarczej przejawia się przecież w utworzeniu wspólnego rynku, czyli obszaru bez barier wewnętrznych, na którym przedsiębiorcy, pracownicy, kapitał, towary i usługi cyrkulować mogą swobodnie. W przypadku niezrealizowania warunków wspólnego rynku odszkodowania od państw członkowskich mogą tylko w części kompensować jednostkom zarówno poniesione szkody, jak i utracone korzyści. Tym dotkliwiej odczuwają to usługodawcy, których obecność w innych państwach członkowskich jest z założenia tylko przej-

⁸⁵ Sprawy połączone C-46/93 i C-48/93 *Brasserie du Pecheur S.A. v. RFN oraz Królowa v. Sekretarz Stanu do spraw Transportu ex parte: Factorame Ltd. i inni*, Zb. Orz. 1996, s. I-1029.

⁸⁶ W myśl zasady, że państwo odpowiada zarówno za władzę legislacyjną, wykonawczą czy sądowniczą, bo wszystkie one są objęte obowiązkiem lojalności wobec Wspólnoty.

⁸⁷ C-224/01 *Gerhard Köbler v. Republika Austrii*, Zb. Orz. 2003, s. I-10239.

⁸⁸ C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo SpA v. Włochy*, Zb. Orz. 2006, s. I-5177.

⁸⁹ W szczególności ETS stwierdził, że niezgodne z prawem wspólnotowym jest ograniczanie odpowiedzialności odszkodowawczej państwa tylko do tych przypadków, gdy naruszenie prawa wspólnotowego przez sąd polegało wyłącznie na celowym lub poważnym błędzie sędziego, jeżeli ograniczenie to prowadziłoby do wyłączenia odpowiedzialności w przypadkach stanowiących, zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Köbler*, wystarczająco poważne i oczywiste naruszenie prawa wspólnotowego; ponadto Trybunał stanął na stanowisku, że niezgodne z prawem wspólnotowym jest wyłączenie odpowiedzialności państwa za naruszenia prawa wspólnotowego, które polegają na dokonaniu przez sąd błędnej wykładni przepisów prawa lub niewłaściwej oceny faktów lub dowodów, bo błędy w wykładni lub ocenie faktów lub dowodów mogą prowadzić do wystarczająco poważnych i oczywistych naruszeń prawa wspólnotowego, czyli rodzić odpowiedzialność państwa w świetle tezy postawionej w sprawie *Köbler*, szerzej W. Sadowski, *Granice odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich za orzeczenia sądów – glosa do wyroku ETS z 13.06.2006 r. w sprawie C-173/03 Traghetti del Mediterraneo*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2006, nr 11, s. 41 i n. oraz W. Sanetra, *Za jakie naruszenia...*, op. cit., s. 6 i n.

ściowa i krótkotrwała. Uzyskane, często po upływie nieporównywalnie dłuższego czasu, odszkodowanie, nie może w pełni zrekompensować utraconej możliwości swobodnej działalności. Sama idea wspólnego rynku byłaby przecież istotnie wypaczona, gdyby jej znaczenie zredukować do wypłacania przez państwa odszkodowań. Swobody wspólnego rynku muszą rzeczywiście funkcjonować, bo w innym razie integracja gospodarcza staje się fikcją. Dochodzone od państw członkowskich odszkodowania za naruszenie prawa wspólnotowego nie mogą w konsekwencji być uznane za środek dostatecznie chroniący sytuację podmiotu korzystającego ze swobody przepływu usług.

4.4. Nieformalne skargi do Komisji Europejskiej

Ostatnim środkiem, na który warto zwrócić uwagę, są nieformalne skargi do Komisji Europejskiej⁹⁰. Instytucja ta pozwala Komisji na bieżąco gromadzić informacje o potencjalnych naruszeniach prawa wspólnotowego przez państwa członkowskie. W tym sensie nieformalne skargi pełnią służebną rolę wobec procedury odpowiedzialności za uchybienie zobowiązaniom traktatowym (art. 226–228 TWE). Skargi wносить można w dowolnej formie, w szczególności na formularzu dostępnym w Internecie⁹¹. Zgodnie z załączoną do formularza informacją skarga dotyczyć musi naruszenia prawa wspólnotowego przez państwo członkowskie, w rozmaitych wszakże formach, tj. zarówno aktu generalnego, jak i indywidualnego wydanego przez organ państwa członkowskiego, a także niezgodnej z prawem wspólnotowym praktyki sądowej albo administracyjnej. Uprawnionym do wniesienia skargi jest każdy, bez względu na wykazanie interesu prawnego w jej rozpatrzeniu. Jednocześnie zaleca się, by przed wniesieniem skargi (ewentualnie wraz z nim) jednostka wykorzystwała krajowe środki procesowe (w tym odwoławcze). Nie jest to jednak warunek *sine qua non*. Każdej wniesionej skardze nadaje się sygnaturę, o której informuje się skarżącego. Nadanie sygnatury nie jest jednoznaczne ze wszczęciem postępowania. Komisja winna podjąć decyzję co do skargi w terminie 12 miesięcy od jej wpływu. Skarżący powinien być informowany o przebiegu sprawy oraz o zamiarze jej zamknięcia. Merytoryczna decyzja co do podjęcia postępowania należy jednak do Komisji. Ponieważ jest to jej uprawnieniem dyskrecyjnym, skarżący nie może skutecznie domagać się wszczęcia postępowania z art. 226 TWE. W przypadku zamknięcia sprawy nie przysługują mu też środki odwoławcze⁹². Jak już zauważyłem, instytucja ta może być jedynie wstępem do procedury odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa wspólnotowego. Z powodów przedstawionych powyżej jej przydatność dla osoby korzystającej ze swobody świadczenia usług jest więc ograniczona.

⁹⁰ Na temat tej instytucji także C. Mik, op. cit., s. 739–740; M. Wiktorowicz, op. cit., s. 16 i n.; O. Kopiczko, op. cit., s. 9–10.

⁹¹ Pod adresem http://ec.europa.eu/community_law/complaints/form/.

⁹² A. Amull, op. cit., s. 35; SPI T-47/96, Zb. Orz. 1996, s. 11-1159.

Prawo wspólnotowe przyznaje obywatelom Unii prawo wnoszenia petycji do Parlamentu Europejskiego oraz zwracania się do Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich (art. 21 i 194–195)⁹³. Możliwości te są tu tylko sygnalizowane, bo zdaniem autora nie rekompensują one usługodawcy trudności ze swobodnym transgranicznym świadczeniem usług⁹⁴.

Przedstawione względy przesądzają, że realizacja swobody świadczenia usług napotyka ciągle istotne trudności. Wykazano, że swoboda ta znajduje zastosowanie w bardzo licznych i różnorodnych sytuacjach. Ich specyfika, tzn. tymczasowość, powoduje, że szczególnie istotna dla usługodawcy jest możliwość powołania się na regułę kraju pochodzenia. Pomimo że regułę tę jako odpowiedni standard traktowania usługodawców uznaje ETS, państwa członkowskie niechętnie godzą się na jej stosowanie. Praktyka pokazuje, iż wyegzekwowanie od organów państwa przyjmującego zasady kraju pochodzenia napotyka liczne trudności. Jednocześnie prawo wspólnotowe nie zawiera instrumentów dostatecznie chroniących usługodawcę. Podstawową wadą orzeczeń wstępnych Trybunału Sprawiedliwości, skarg na niewykonanie zobowiązań traktatowych czy skarg wnoszonych przez jednostki do Komisji Europejskiej jest fakt, że w sytuacji transgranicznego świadczenia usług okazują się one niepraktyczne. Również uzyskiwanie odszkodowań od państw goszczących za naruszenie prawa wspólnotowego nie zabezpiecza interesu usługodawców w dostateczny sposób. Cierpią na tym nie tylko sami usługodawcy, ale cały wspólny rynek. Opierać się on ma na efektywnym funkcjonowaniu swobód, a nie na wypłacaniu odszkodowań, nakładaniu kar, przymuszaniu do stosowania prawa wspólnotowego i nade wszystko przeprowadzaniu długotrwałych i kosztownych procedur z tym związanych.

5. Potrzeba legislacyjnego zapewnienia skuteczności swobody przepływu usług

Wobec powyższego, oczywista jest potrzeba precyzyjniejszego uregulowania sytuacji podmiotów korzystających ze swobody przepływu usług aktem prawa wspólnotowego. Optymalnym rozwiązaniem byłaby zmiana traktatu (była ku temu okazja choćby przy okazji prac nad projektem Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy), polegająca na klarownym wskazaniu zasady kraju pochodzenia jako adekwatnego standardu traktowania usługodawcy w państwie goszczącym. Zważywszy jednak na zajadłe spory, jakich wokół projektu dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym byliśmy świadkami, nowelizacja traktatu w tym zakresie jest praktycznie niemożliwa. Pozostaje więc uregulowanie tej kwestii w drodze wydania dyrektywy.

⁹³ Szerzej A. Łazowski, *Ochrona praw jednostek w prawie Wspólnot Europejskich. Pozasądowe mechanizmy ochrony praw przed instytucjami i organami Wspólnot Europejskich*, Zakamycze, Kraków 2002, s. 95 i n.

⁹⁴ Na temat praktycznych aspektów korzystania z tych procedur zob. A. Łazowski, op. cit., zwłaszcza strony 107 i n., 140 i n. oraz 177 i n.; a także M. Wiktorowicz, *Procedury składania skarg na naruszenie prawa przez państwa członkowskie i instytucje UE*, „Prawo Unii Europejskiej” 2004, nr 3, s. 17 i n.

5.1. Przeszkody

Wcześniejsze rozwiązanie omawianego problemu poprzez skuteczne oparcie swobody przepływu usług na zasadzie kraju pochodzenia nie było możliwe z wielu względów, natury zarówno obiektywnej, jak subiektywnej. Obiektywną przeszkodę stanowi niewątpliwie charakter usługi, nierozzerwalnie związanej z osobą, która ją świadczy. W przypadku towarów (produktów materialnych) wprowadzenie jednolitej standaryzacji jest stosunkowo proste, i wiele aktów prawa wspólnotowego taką standaryzację przewiduje. To dzięki niej możliwa jest następnie realizacja zasady kraju pochodzenia towarów w ramach swobody przepływu towarów. Towar dopuszczony do obrotu w jednym państwie Unii spełnia bowiem ujednolicone standardy wymagane we wszystkich krajach. Podobny zabieg odnośnie do usług jest zdecydowanie trudniejszy, ponieważ to sam usługodawca w znacznym stopniu przesądza o sposobie (i jakości) wykonania usługi. Standaryzacja w tym zakresie obejmować musi więc nie tylko usługi jako produkt finalny procesu usługowego, ale także osobę usługodawcy jako jego uczestnika.

Subiektywnymi przeszkodami rozwoju swobody przepływu usług są obawy niektórych (zwłaszcza bogatszych) państw Unii o sytuację na ich rynkach pracy. Należy zauważyć, że o ile swoboda przedsiębiorczości wywołuje dla rynku pracy państwa przyjmującego najczęściej efekt pozytywny, bo podmiot z niej korzystający tworzy tam własne przedsiębiorstwo, czemu często towarzyszy zatrudnianie lokalnej siły roboczej, to swoboda przepływu usług wywołuje skutek odwrotny. Powoduje ona napływ pracowników, którzy w państwie przyjmującym jedynie przejściowo wykonują usługi, będąc na stałe zatrudnionymi przez podmioty funkcjonujące w państwach pochodzenia. Zjawisko to negatywnie oddziałuje na rynek pracy państwa goszczącego, zwłaszcza wówczas, gdy usługodawca obcy jest w stanie przedstawić korzystniejszą ofertę niż lokalny przedsiębiorca. Możliwość taka istnieje szczególnie wtedy, gdy koszty stałej działalności w państwie pochodzenia są niższe niż w państwie przyjmującym. Stąd omawiana swoboda wspomaga kierunek przepływu usług od państw „tańszych”, do tych zamożniejszych. Nie dziwi wobec tego, że właśnie najbogatsi członkowie Unii (Niemcy, Francja) sprzeciwiają się zasadzie kraju pochodzenia, a biedniejsi (np. Polska) wiążą z jej egzekwowaniem duże nadzieje. Reguła kraju pochodzenia doprowadzi też niechybnie do konkurencji państw członkowskich o siedziby usługodawców. Będą oni mogli swobodnie wybrać na stałą siedzibę państwo oferujące najkorzystniejsze warunki wykonywania stałej działalności i następnie stamtąd „eksportować” usługi na zasadzie kraju pochodzenia. Wydaje się, że proces ten może przynieść dla wspólnego rynku (a szczególnie dla odbiorców usług) wymierne korzyści. Jednocześnie dla gospodarek państw bogatszych może stanowić źródło negatywnych (przynajmniej w krótkim okresie) konsekwencji.

Subiektywną barierą rozwoju swobody przepływu usług opartej na zasadzie kraju pochodzenia jest też brak wzajemnego zaufania państw co do systemu kontroli i nadzoru nad usługodawcami prowadzącymi swą działalność w innych państwach członkowskich. Jest to czynnik z pewnością istotny. Jeśli do działań

ności na rynku państwa goszczącego ma być dopuszczona osoba dysponująca analogicznym pozwoleniem wydanym w państwie jej pochodzenia, to powstaje problem weryfikacji „jakości” tego pozwolenia. Winno ono przecież odpowiadać pozwoleniu wymaganemu przez państwo przyjmujące (w innym przypadku nie będzie zapewniało dostatecznej ochrony interesu publicznego będącego podstawą jego wymagania). Różnice między państwami dotyczyć mogą tu zarówno merytorycznych przesłanek jego udzielania (wskazany już problem braku standaryzacji), jak i zagadnień czysto proceduralnych (np. skuteczności ich uprzedniej weryfikacji). Wątpliwości nie kończą się na samym udzieleniu pozwolenia, powstaje bowiem problem rzeczywistego i efektywnego nadzoru (kontroli) organów państwa macierzystego nad tą działalnością. Te doniosłe kwestie, nieuregulowane dotąd przez prawo wspólnotowe, skutecznie powstrzymują państwa członkowskie od respektowania zasady kraju pochodzenia w obszarze transgranicznego świadczenia usług.

5.2. Dotychczasowe pozytywne rozwiązania

Należy wskazać, iż wprowadzenie zasady kraju pochodzenia w zakresie swobody przepływu usług nie jest niemożliwe. Zasada ta nie tylko nie jest żadnym *novum* w prawie wspólnotowym⁹⁵, ale jest już trwale obecna w szeregu dyrektyw odnoszących się do poszczególnych sektorów działalności usługowej. Jako przykład wskazać można sektor bankowy. Transgraniczne wykonywanie działalności w sektorze bankowym reguluje dyrektywa 2000/12/WE z dnia 10 marca 2000 r. odnosząca się do podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe⁹⁶. W świetle jej postanowień instytucja kredytowa⁹⁷ z jednego państwa członkowskiego może w państwie goszczącym nie tylko założyć nowy bank, ale także utworzyć oddział lub prowadzić tzw. działalność transgraniczną. Istotne jest, że w dwóch ostatnich formach instytucja kredytowa działa w państwie goszczącym na podstawie (i w granicach) zezwolenia uzyskanego w państwie macierzystym, bez konieczności ubiegania się o zezwolenie w państwie przyjmującym⁹⁸. Rozwiązanie to jest urzeczywistnieniem zasady kraju pochodzenia na gruncie swobody świadczenia usług. Na marginesie zauważmy, że zasadę tę odniesiono także do utworzenia oddziału, czyli do formy stałej działalności należącej do zakresu swobody przedsiębiorczości. Dyrektywa wprowadza

⁹⁵ Wskazano już na jej funkcjonowanie w ramach swobody przepływu towarów, jest ona też obecna np. w dyrektywach dot. handlu elektronicznego, ochrony danych osobowych czy tzw. „telewizji bez granic”; O. Kopiczko, *Zasada państwa pochodzenia a system prawny stosowany do obcych usługodawców*, „Prawo i Podatki Unii Europejskiej” 2005, nr 4, s. 30.

⁹⁶ Dz.Urz. WE L 126 z 26 maja 2000 r.

⁹⁷ Zgodnie z art. 1 dyrektywy 2000/12 pojęcie instytucja kredytowa oznacza:

a) przedsiębiorstwo, którego działalność polega na przyjmowaniu depozytów lub innych funduszy podlegających zwrotowi od ludności oraz na przyznawaniu kredytów na swój własny rachunek, lub

b) instytucję pieniądza elektronicznego w rozumieniu dyrektywy 2000/46/WE Parlamentu Europejskiego oraz Rady z dnia 18 września 2000 r. w sprawie podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje pieniądza elektronicznego oraz nadzoru ostrożnościowego nad ich działalnością.

⁹⁸ Art. 18, 20 i 21 dyrektywy 2000/12.

również rozwiązania dotyczące nadzoru nad działalnością instytucji kredytowych, powierzając go niemal w całości organom państwa macierzystego⁹⁹. Zawiera jednak także przepisy określające formy efektywnej współpracy organów nadzoru bankowego ze wszystkich państw członkowskich¹⁰⁰. W dyrektywie znalazły się też regulacje ujednolicające zasady udzielania zezwoleń na wykonywanie działalności bankowej (w tym minimalne warunki, które trzeba spełnić, by zezwolenie otrzymać)¹⁰¹. Przepisy te zinterpretować można jako wprowadzenie standaryzacji warunków świadczenia usług bankowych. Mają one też pogłębiać zaufanie państw członkowskich do systemów nadzoru sprawowanych nad instytucjami kredytowymi. Dyrektywa odpowiada więc na wskazane wcześniej podstawowe problemy funkcjonowania zasady kraju pochodzenia w obszarze swobody przepływu usług. Można ją też traktować jako swoisty wzorzec wprowadzania zasady kraju pochodzenia w innych obszarach działalności usługowej (w tym wzorzec dla projektu dyrektywy ogólnej o usługach na rynku wewnętrznym).

Należy również zauważyć, że w podobnym duchu (tzn. zasady kraju pochodzenia) utrzymane są dyrektywy sektorowe regulujące możliwość wykonywania odpowiednich zawodów, m.in. dyrektywa 85/384/102 dotycząca architektów lub dyrektywa 77/249/103 odnosząca się do adwokatów. Szczególne rozwiązania w nich przyjęte pozwalają powołać się tym osobom na uprawnienia uzyskane w państwie swego pochodzenia, w celu świadczenia usług w państwie przyjmującym. Na niczym innym, jak na regule kraju pochodzenia, oparty jest ponadto wspólnotowy system uznawania kwalifikacji zawodowych. Czym jest bowiem nostryfikacja dyplomu jak nie umożliwieniem wykonywania w państwie przyjmującym uprawnienia uzyskanego w innym państwie członkowskim? Jeśli tak, to państwo goszczące, uznając dyplom, odwołuje się do reguły kraju pochodzenia, ponieważ rezygnuje ze stosowania własnego wymogu posiadania dyplomu, z tego względu że dana osoba uczyniła już wcześniej zadość adekwatnemu wymogowi w innym państwie członkowskim. Co więcej, nowa dyrektywa regulująca tę materię¹⁰⁴ wyodrębnia uznawanie kwalifikacji na użytek swobody przepływu usług. W myśl tej regulacji uznanie kwalifikacji osoby, która w kraju swego pochodzenia wykonuje w sposób zgodny z prawem działalność w zakresie tego

⁹⁹ Przepisy Tytułu V dyrektywy 2000/12.

¹⁰⁰ Rozwiązania dyrektywy w istotny sposób rzutują też na zakres kompetencji (a szerzej funkcji) polskiej Komisji Nadzoru Bankowego; szerzej na ten temat M. Strzelbicki, *Świadczenie usług przez podmioty wspólnotowe w Polsce – wpływ zasady traktowania narodowego i zasady kraju pochodzenia na funkcje administracji gospodarczej*, w: B. Popowska (red.), *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, Poznań 2006, s. 243 i n.

¹⁰¹ Przepisy Tytułu II dyrektywy 2000/12.

¹⁰² Dyrektywa Rady z dnia 10 czerwca 1985 r. w sprawie wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania kwalifikacji w dziedzinie architektury, łącznie ze środkami ułatwiającymi skuteczne korzystanie z prawa przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług, Dz.Urz. EWG 1985, L 223/15.

¹⁰³ Dyrektywa Rady z 22 marca 1977 r. mająca na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług, Dz.Urz. EWG 1977, L 78/17.

¹⁰⁴ Dyrektywa 36/2005/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.Urz. UE L 255 z 30 września 2005 r.); termin jej implementacji przez państwa członkowskie ustalono w art. 63 na 20 października 2007 r.

samemu zawodu, następuje automatycznie, bez przeprowadzenia w tej sprawie w państwie goszczącym szczególnego postępowania i w szczególności bez wydania przez władze tego państwa decyzji o uznaniu posiadanych kwalifikacji¹⁰⁵. Jedyne, czego można żądać od usługodawcy, to przedstawienia stosownych dokumentów, takich jak wcześniejsze oświadczenie (informacja) o zamiarze świadczenia usług, dokumentu potwierdzającego obywatelstwo czy zaświadczenia, że dana osoba rzeczywiście wykonuje zgodnie z prawem określony zawód w państwie swego pochodzenia¹⁰⁶. Należy stwierdzić, że zasada państwa pochodzenia w zakresie dostępu do rynku państwa goszczącego została tu zrealizowana w bardzo dużym stopniu.

III. DYREKTYWA JAKO ODPOWIEŹ NA POTRZEBĘ ZAPEWNIENIA EFEKTYWNOŚCI W SWOBODZIE PRZEPLYWU USŁUG

Dyrektywa 2006/123/WE, dotycząca usług na rynku wewnętrznym, jest niewątpliwie dokumentem ważnym (bez względu na ostateczną ocenę jej rozwiązań), ale także bardzo obszernym, regulującym szereg kwestii związanych ze świadczeniem usług we Wspólnocie Europejskiej. Celem tej części opracowania jest odpowiedź na pytanie, czy, a jeśli tak, to w jaki sposób, dyrektywa rozwiązuje problemy funkcjonowania swobody przepływu usług, wskazane powyżej.

1. Zakres dyrektywy

W preambule dyrektywy (pkt 7) podniesiono, że akt ten ustanawia ogólne ramy prawne, które mają z jednej strony przynieść korzyści dla szerokiej gamy usług, a z drugiej uwzględniać specyficzne cechy każdego rodzaju działalności lub zawodu. Ramy te opierać się mają na „zrównoważonym zestawie środków”, obejmującym ukierunkowaną harmonizację, współpracę administracyjną, przepis dotyczący swobody świadczenia usług (art. 16 dyrektywy) oraz zachęcanie do opracowywania kodeksów postępowania (np. tzw. etyk zawodowych). Zgodnie z tymi szerokimi założeniami, w art. 1 ust. 1 zakresem dyrektywy objęto korzystanie przez usługodawców ze swobody przedsiębiorczości oraz swobodny przepływ usług. Wynika stąd, że postanowienia dyrektywy nie ograniczają się jedynie do swobody przewidzianej w art. 49 i 50 TWE, ale mają objąć każdą samodzielną i odpłatną działalność, której przedmiotem jest świadczenie usług. Dalsze ustalenia pozwolą na stwierdzenie, że dyrektywa nie ogranicza się jedynie do sytuacji transgranicznych, ale reguluje także wykonywanie działalności usługowej w sytuacjach czysto wewnętrznych (tj. przez obywateli i spółki na obszarze państwa, do którego przynależą), czyli gdy przepisy TWE o swobodach gospodarczych z zasady nie mogą być powołane. Wedle art. 2 ust. 1 ma ona zastosowanie do usług świadczonych przez usługodawców prowadzących przedsiębiorstwo

¹⁰⁵ Art. 5 dyrektywy 2005/36/WE.

¹⁰⁶ Art. 7 dyrektywy 2005/36/WE.

w państwie członkowskim. Sformułowanie to nawiązuje do komentowanego wcześniej w pkt II.2, niefortunnego w mojej ocenie, brzmienia art. 49 polskiej wersji TWE. Uwagi tam zgłoszone należy w moim przekonaniu podtrzymać także w tym przypadku. Potencjalne dylematy interpretacyjne są jednak możliwe, ponieważ kryterium „prowadzenia przedsiębiorstwa na obszarze Wspólnoty” zawiera też definicje usługodawcy i usługobiorcy, ujęte w art. 4 pkt 2 i 3 dyrektywy. Zgodnie z nimi, termin „usługodawca” oznacza każdą osobę fizyczną będącą obywatelem państwa członkowskiego lub każdą osobę prawną, o której mowa w art. 48 traktatu, prowadzącą przedsiębiorstwo w państwie członkowskim, która oferuje lub świadczy usługę, a termin „usługobiorca” – każdą osobę fizyczną będącą obywatelem państwa członkowskiego lub korzystającą z praw przyznanych jej na mocy wspólnotowych aktów prawnych albo każdą osobę prawną, o której mowa w art. 48 traktatu, prowadzącą przedsiębiorstwo w państwie członkowskim, która do celów zawodowych lub pozazawodowych korzysta z usługi bądź pragnie z niej skorzystać. Nie ulega stąd wątpliwości, że dyrektywa odnosi się do wszystkich przypadków (w praktyce zdaje się najczęstszych), gdy usługodawca świadczy w państwie przyjmującym usługi mieszczące się w zakresie działalności, którą wykonuje legalnie w państwie swego pochodzenia. Raz jeszcze podkreślmy wszakże, że uzależnianie możliwości skorzystania ze swobody przepływu usług od tego, czy usługodawca, a zwłaszcza usługobiorca, prowadzi na obszarze Wspólnoty przedsiębiorstwo, jest nieuzasadnione. Interpretację tę zdaje się potwierdzać pkt 36 preambuły dyrektywy 2006/123, wedle którego pojęcie usługodawcy winno obejmować każdą osobę fizyczną będącą obywatelem państwa członkowskiego Unii. Wydaje się więc, że postanowienia dyrektywy rozciągnąć można także na te osoby, które świadczą w państwie goszczącym usługi poza zakresem działalności prowadzonej przez nie w państwie swego pochodzenia¹⁰⁷. Pojęcie usługodawcy ma przy tym obejmować nie tylko osobę działającą w ramach swobody świadczenia usług, ale także swobody przedsiębiorczości, co stanowi logiczną konsekwencję unormowania zawartego w art. 1 ust. 1 dyrektywy. Całkowitym nieporozumieniem wydaje się natomiast przypisanie wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa osobie usługobiorcy. Wyłączałoby to z zakresu swobody ogromną liczbę osób, ograniczając jednocześnie zakres zastosowania dyrektywy jedynie do usług świadczonych pomiędzy przedsiębiorcami (profesjonalistami), co przeczyłoby, w mojej opinii, deklaracji o jej ramowym charakterze. Na gruncie TWE wniosek taki nie ma ponadto żadnych podstaw¹⁰⁸. Utwierdza mnie to jednocześnie w przekonaniu, że wymóg posiadania przedsiębiorstwa należy interpretować jako wymóg stałego zamieszkiwania na obszarze Wspólnoty, a nie dosłownie.

¹⁰⁷ I to zarówno wtedy, gdy działalność prowadzona przez te podmioty w państwie pochodzenia ma inny zakres, jak i wtedy, gdy nie prowadzą one w tym państwie żadnej działalności usługowej.

¹⁰⁸ Jak wskazano, TWE w art. 49 i 50 w ogóle nie wypowiada się na temat odbiorców usług; ETS z kolei, w szeregu orzeczeń dotyczących praw odbiorców usług, nie uzależniał ich prawa od prowadzenia działalności gospodarczej – przeciwnie, potwierdzał możliwość traktowania jako usługobiorców np. turystów.

Usługa z kolei, zgodnie ze słowniczkiem zawartym w art. 4 (pkt 1), oznacza wszelką działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, zwykle świadczoną za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 traktatu. Dyrektywa odwołuje się zatem nie tylko do brzmienia przepisu TWE, ale także do dorobku orzecznictwa ETS i doktryny, akcentując nie tylko odpłatny (jak to ma miejsce w TWE), ale także samodzielny charakter świadczenia usługi¹⁰⁹. Pojęcie działalności gospodarczej nie jest natomiast w dyrektywie definiowane. Należy zatem sięgnąć do dotychczasowego dorobku prawa wspólnotowego. Pojęcie to nie ma na gruncie wspólnotowym prawnej regulacji. W literaturze wskazuje się, że należy przez nią rozumieć rzemieślniczą, przemysłową i pozostałą działalność gospodarczą, w tym także artystyczną lub w wolnym zawodzie, wykonywaną przez osoby fizyczne lub prawne na własny rachunek i na własne ryzyko, która prowadzić ma do uzyskania pieniędzy lub dochodów o wartości pieniężnej¹¹⁰. Najważniejszymi aspektami tak rozumianej działalności gospodarczej jest samodzielność (wyrażająca się w ponoszonym ryzyku) oraz zarobkowy charakter, którego przejawem jest nie tyle nastawienie na zysk, ale sam fakt odpłatności za wykonywaną czynność¹¹¹. Już w tym miejscu zauważmy, że przed polskim ustawodawcą implementującym omawianą dyrektywę stanie konieczność ustalenia relacji pojęć działalności gospodarczej, o której mowa w dyrektywie oraz w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Szczególnych problemów upatruję w rozwiązaniu kwestii traktowania przez u.s.d.g. (w ślad zresztą za jej poprzedniczką, ustawą p.d.g.) działalności gospodarczej jako ciągłej, podczas gdy świadczenie usług w ramach swobody świadczenia usług cechuje się w państwie goszczącym (w tym przypadku w Polsce) przejściowością. O ile problem kwalifikacji działalności usługodawcy jako działalności gospodarczej w świetle u.s.d.g. nie budzi wątpliwości, gdy podmiot ten podejmuje w Polsce stałą działalność (tzn. w ramach swobody przedsiębiorczości), o tyle w przypadku swobody przepływu usług wymaga w mojej ocenie wyraźnego rozstrzygnięcia ustawowego. Interpretacja funkcjonalna niekoniecznie prowadzi tu do zadowalających rezultatów¹¹².

Tak szeroko zakreślony obszar zastosowania dyrektywy, potwierdzający jej ramowy charakter, został w kolejnych przepisach ograniczony. Postanowienia dyrektywy nie dotyczą liberalizacji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (art. 1 ust. 2). Dyrektywa nie ogranicza też państw członkowskich w kompetencji zdefiniowania tych usług i określania sposobu ich świadczenia oraz finansowania, pod warunkiem zgodności z innymi przepisami wspólnotowymi, ani też nie nakłada na państwa obowiązku prywatyzacji podmiotów publicznych

¹⁰⁹ Ang. *self-employed economic activity normally provided for remuneration, as referred to in Article 50 of the Treaty*; niem. *jede von Artikel 50 des Vertrags erfasste selbstständige Tätigkeit, die in der Regel gegen Entgelt erbracht wird*.

¹¹⁰ F. Emmert, M. Morawiecki, *Prawo europejskie*, Warszawa–Wrocław 1999, s. 343–344.

¹¹¹ W.H. Roth, w: M.A. Dausen (red.), op. cit., s. 426.

¹¹² Problem ten, ze względu na dużą złożoność i daleko sięgające konsekwencje, dotyczące np. problemu objęcia usługodawcy obowiązkiem rejestracji oraz poddania jego działalności reglamentacji, wymaga odrębnego opracowania.

świadczących takie usługi (art. 1 ust. 3 i pkt 8 preambuły)¹¹³. Z zakresu dyrektywy wyłączono szereg działalności usługowych ze względu na ich przedmiot, m.in. usługi finansowe, usługi w dziedzinie transportu, usługi audiowizualne czy ochrony osobistej (art. 2 ust. 2). Wyłączenia te podyktowane są najczęściej istnieniem odrębnej regulacji wspólnotowej w tych obszarach. Przykładowo transport, zgodnie z art. 70 TWE, objęty jest wspólną polityką transportową, transgraniczny przepływ usług finansowych unormowano stosownymi dyrektywami sektorowymi. Inną przesłanką to wykonywanie, w ramach świadczonych usług, władzy publicznej, co stało się podstawą wyłączenia działalności notariuszy i komorników. Dyrektywa nie ma zastosowania w dziedzinie podatków (art. 2 ust. 3)¹¹⁴ oraz nie dotyczy zasad międzynarodowego prawa prywatnego, w tym zwłaszcza przepisów ustalających prawo właściwe dla zobowiązań umownych i pozaumownych (art. 3 ust. 2)¹¹⁵. Dyrektywa nie ma też wpływu na przepisy prawa karnego państw członkowskich, z tym zastrzeżeniem, że nie powinny one obchodzić przepisów dyrektywy poprzez stosowanie tychże przepisów do ograniczenia swobody świadczenia usług (art. 1 ust. 5)¹¹⁶. Ponadto nie wpływa ona na prawo pracy ani na przepisy dotyczące zabezpieczenia społecznego poszczególnych państw (art. 1 ust. 6). Dyrektywa nie nakłada na państwa członkowskie obowiązków znoszenia istniejących monopolii w zakresie świadczenia usług (art. 1 ust. 3). Ogólny (ramowy) charakter dyrektywy przejawia się w tym, że gdyby nastąpiła kolizja między postanowieniami dyrektywy a przepisami innych aktów prawa wspólnotowego, regulującymi wykonywanie działalności usługowej w określonych dziedzinach, pierwszeństwo należy przyznać tym aktom prawnym (art. 3 ust. 1), a więc w duchu zasady *lex specialis derogat legi generali*. Jednocześnie postanowienia dyrektywy należy stosować zgodnie z postanowieniami traktatu dotyczącymi swobód przedsiębiorczości i świadczenia usług (art. 3 ust. 3).

Określając zakres zastosowania dyrektywy, posłużono się więc szeroką klauzulą, zarówno jeśli chodzi o zakres podmiotowy, czyli sposób określenia pod-

¹¹³ Szerzej na temat tego wyłączenia S. Dudzik, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym w projekcie dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym*, „Wspólnoty Europejskie” 2005, nr 10, s. 22 i n.; choć państwa członkowskie zachowują prawo do samodzielnego ustalania, które usługi kwalifikują do tej kategorii, tradycyjnie zalicza się do nich telekomunikację, energetykę, transport, usługi pocztowe oraz wodociągowe i kanalizacyjne; J. Knast, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym w Unii Europejskiej na przykładzie telekomunikacji*, „Wspólnoty Europejskie” 2004, nr 3, s. 21 i n.; szerszą listę, popartą wskazaniem odpowiednich orzeczeń ETS i rozstrzygnięć Komisji zaliczających daną działalność do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym zawiera opracowanie S. Dudzika, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 340–341.

¹¹⁴ Przede wszystkim ze względu na niedostateczną na gruncie wspólnotowym harmonizację w tym zakresie.

¹¹⁵ Przepis ten, wyraźnie wyłączający zagadnienia prawa prywatnego międzynarodowego z zakresu dyrektywy, dodano, by nie ulegało wątpliwości, że zasady traktowania usługodawców w państwie przyjmującym, w tym ewentualne odniesienie do ich sytuacji zasady kraju pochodzenia, nie przenosi się automatycznie na prawo właściwe dla stosunku wiążącego z usługobiorcą (zwłaszcza konsumentem); podnoszono bowiem, wydaje się słusznie, że bezwzględne poddanie stosunku usługowego prawu pochodzenia usługodawcy stawia w niekorzystnej sytuacji usługobiorcę, zwłaszcza gdy jest on konsumentem.

¹¹⁶ W tym kontekście interesująca może być ocena prawnokamej regulacji np. prostytucji.

miotów uprawnionych do powoływania się na jej postanowienia, jak też przedmiotowy, czyli obszary działalności usługowej objętej regulacją. Zrezygnowano jednocześnie z enumeratywnego wyliczania dziedzin działalności usługowej, do której dyrektywa miałaby się odnosić. Przykładowe wyliczenie zawarto jedynie w pkt. 33 preambuły¹¹⁷, zaznaczając przy tym, że mogą być to zarówno usługi świadczone na rzecz innych przedsiębiorców, jak i konsumentów, polegać mogą zarówno na przemieszczeniu się usługodawcy lub usługobiorcy, jak też na przesłaniu usługi na odległość (np. poprzez Internet) oraz że rodzaje tej działalności stale się zmieniają.

2. Rozwiązania dyrektywy a sytuacja usługodawców

Spróbujmy odpowiedzieć w tym miejscu na pytanie, w jaki sposób rozwiązania dyrektywy służyć mogą rzeczywistej poprawie sytuacji osób powołujących się na swobodę przepływu usług we Wspólnocie Europejskiej, a przez to na poprawę funkcjonowania samej swobody i w konsekwencji rynku wewnętrznego. Z tak określonego punktu widzenia rozwiązania zawarte w projekcie dyrektywy podzielić można na trzy grupy: uproszczenie procedur, regulacje dotyczące transgranicznej działalności usługodawców oraz regulacje dotyczące wyłącznie swobody świadczenia usług¹¹⁸. Ponadto dyrektywa zawiera rozwiązania, których charakter ocenić można jako wspomagający te trzy główne grupy przepisów. W literaturze zauważono, że jej postanowienia oparto na podejściu dynamicznym i selektywnym. Oznacza to, że dyrektywa nakazuje usunąć niektóre bariery szybko (tj. do chwili upływu terminu implementacji), inne zaś po przeprowadzeniu przez państwo członkowskie stosownych analiz, a nawet szczególnej procedury wzajemnej oceny, w której udział oprócz innych państw Wspólnoty bierze także Komisja¹¹⁹.

2.1. Uproszczenie procedur

Pierwszą z wyróżnionych grup przepisów, określoną w Rozdziale II „Uproszczenie procedur administracyjnych”, stanowią rozwiązania służące pobudzeniu działalności w sektorach usługowych, bez względu na to, czy jest to działalność transgraniczna (czyli wykonywana w ramach swobód przedsiębiorczości

¹¹⁷ Wskazując na takie usługi, jak doradztwo w dziedzinie zarządzania, certyfikacja i testowanie, zarządzanie obiektami, reklama, usługi rekrutacji, pośrednictwo handlowe, doradztwo prawne lub podatkowe, agencje nieruchomości, usługi budowlane i architektoniczne, dystrybucja, organizacja targów, wynajem samochodów i usługi biur podróży, usługi rekreacyjne oraz usługi pomocy domowej.

¹¹⁸ Materię regulowaną dyrektywą dzielić można także na inne sposoby; T. Skoczny wyróżnia środki służące eliminacji barier swobody zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw usługowych, środki służące eliminacji barier swobodnego świadczenia usług, środki służące zapewnieniu jakości usług i metody zapewnienia wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, T. Skoczny, *Projekt wspólnotowej dyrektywy ramowej o usługach*, „Wspólnoty Europejskie” 2004, nr 2, s. 33.

¹¹⁹ T. Skoczny, op. cit., s. 32; R.K. Szulc, *Usługi bez granic. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady dotycząca usług na rynku wewnętrznym UE (część pierwsza)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, nr 6, s. 4.

i świadczenia usług), czy nie (czyli wykonywana w aspekcie czysto wewnętrznym). Tym samym dyrektywa wykracza poza realizację celów art. 43 i 49 TWE, jako że zmierza nie tylko do pobudzenia transgranicznej wymiany usługowej, ale także do rozwoju rynku usług każdego z państw członkowskich z osobna. Dyrektywa nawiązuje w preambule do Strategii Lizbońskiej, przyjętej przez Radę Europejską w marcu 2000 r., zgodnie z którą do 2010 r. gospodarka Unii ma być najbardziej konkurencyjną, dynamiczną, opartą na wiedzy gospodarką na świecie¹²⁰. Kluczowa rola sektora usług w tym zakresie, ze względu na przywołane wcześniej dane statystyczne i teorie ekonomiczne, nie podlega dyskusji. Była ona już dostrzeżona w dwóch dokumentach wspólnotowych: strategii rynku wewnętrznego dla usług¹²¹ oraz raporcie Komisji Europejskiej nt. stanu rynku wewnętrznego usług¹²². Dyrektywa o usługach jest kolejnym ogniwem procesu ożywiania wspólnotowego rynku usług, którego głównym celem, przynajmniej w założeniu, jest stworzenie generalnego systemu prawnego dla całego sektora¹²³.

Dążąc do rozwoju i umocnienia sektora usługowego, dyrektywa zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia usługodawcom i usługobiorcom prawa do informacji w szczególności o stawianych usługodawcom wymogach niezbędnych do podjęcia i wykonywania działalności na ich terytorium (oraz informacji, jak te wymogi są na ogół interpretowane i stosowane), o sposobach dostępu do

¹²⁰ Na temat Strategii Lizbońskiej oraz postępów (lub ich braku) w jej wprowadzaniu zob. F. Jasiński, *Przegląd Strategii Lizbońskiej podczas wiosennego szczytu Rady Europejskiej*, „Wspólnoty Europejskie” 2003, nr 3, s. 4 i n.; A. Władyniak, *Strategia Lizbońska: założenia, cele, stopień realizacji*, „Wspólnoty Europejskie” 2003, nr 5, s. 47 i n.; A. Władyniak, *Strategia Lizbońska na półmetku realizacji*, „Wspólnoty Europejskie” 2005, nr 3, s. 4 i n.; J. Piotrowski, *Droga do Lizbony – raport J. Pisani-Ferry’ego i A. Sapira*, „Wspólnoty Europejskie” 2006, nr 3.

¹²¹ Komunikat Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego – Strategia rynku wewnętrznego usług, COM (2000) 888 finał, Bruksela 29 grudnia 2000 r.; celem strategii było inicjowanie zarówno transgranicznej, jak i krajowej działalności usługowej, a jego najważniejszą cechą horyzontalne (tj. globalne) podejście do całego sektora usługowego, odmienne od wcześniejszego fragmentarycznego jego traktowania; strategia przewidywała dwa etapy: identyfikację barier rozwoju rynku usługowego oraz stworzenie instrumentów mających je wyeliminować; szerzej na temat przyjętych w niej założeń M. Sikorska, D. Sielski, *Strategia rynku wewnętrznego w obszarze usług*, „Wspólnoty Europejskie” 2001, nr 3, s. 30 i n.

¹²² *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the State of the Internal Market for Services – presented under the first stage of the Internal Market Strategy for Services*, COM (2002) 441 finał, Bruksela 30 lipca 2002 r.; raport identyfikował szereg barier prawnych rozwoju rynku usług, do których zaliczał m.in. monopole i ograniczenia ilościowe, wymogi dotyczące obywatelstwa i rezydencji, procedury autoryzacji i rejestracji, ograniczenia działalności interdyscyplinarnej, wymogi dot. kwalifikacji zawodowych, ograniczenia reklamy i dystrybucji usług; wskazywał ponadto główne ich cechy wspólne, jak fakt, że nie wynikają one jedynie z samych przepisów, ale często z praktyki administracyjnej; wyliczono także bariery mające charakter pozaprawny, takie jak brak informacji o zasadach działalności usługowej w innych państwach oraz kształcie tamtejszych rynków, nieznanie uprawnień przyznawanych przez prawo wspólnotowe (w tym zwłaszcza przyjmowanego w orzecznictwie ETS sposobu pojmowania swobody przepływu usług jako zakazu ograniczeń, a nie tylko zakazu dyskryminacji) czy różnice językowe między stronami transakcji; szerzej I.W. Woicka, *Raport Komisji Europejskiej nt. stanu rynku wewnętrznego usług*, „Wspólnoty Europejskie” 2003, nr 1, s. 46 i n.

¹²³ D. Lutońska, *Projekt dyrektywy o usługach na rynku wewnętrznym*, „Przegląd Prawa Europejskiego” 2005, nr 2, s. 55.

rejestrów publicznych dotyczących usługodawców, środkach prawnych przysługujących w razie sporu z administracją państwa goszczącego lub innym usługodawcą lub usługobiorcą, danych kontaktowych właściwych organów oraz danych kontaktowych stowarzyszeń lub organizacji, które mogą udzielić usługodawcy lub usługobiorcy praktycznej pomocy. Organy winny informować usługodawcę, w jaki sposób wymogi te są na ogół interpretowane i stosowane¹²⁴, co może nawet przybierać postać przewodnika wskazującego „krok po kroku” przebieg procedury. Informacje te mają być przekazywane w sposób jasny i jednoznaczny, prostym i zrozumiałym językiem, także drogą elektroniczną i winny być uaktualniane (art. 7).

Dostęp do informacji ma być zapewniony poprzez pojedyncze punkty kontaktowe (nawiązanie do idei tzw. jednego okienka), których ustanowienie przewiduje art. 6 dyrektywy. Za ich pośrednictwem usługodawca może nie tylko uzyskiwać informacje, ale także ma mieć możliwość dokonania wszelkich formalności związanych z podjęciem działalności, w tym złożenia wszelkich oświadczeń, notyfikacji i wniosków dotyczących wpisu do rejestru, wykazu bądź bazy danych oraz rejestracji w zrzeczeniach lub stowarzyszeniach zawodowych. Za pośrednictwem pojedynczego punktu kontaktowego możliwe być też powinno uzyskanie stosownego zezwolenia na wykonywanie działalności usługowej, przy czym przez to szerokie pojęcie rozumie się każdą „formalną lub dorozumianą decyzję dotyczącą podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej” (art. 4 pkt 6). Takie ujęcie „zezwoleń” jest uzasadnione dużą różnorodnością środków o podobnym charakterze, stosowanych wobec usługodawców w państwach Unii. Wydaje się stąd, że niekoniecznie musi tu chodzić jedynie o decyzję administracyjną. Jednocześnie utworzenie pojedynczych punktów kontaktowych nie wpływa na podział obowiązków i kompetencji między organy państw członkowskich. Organ pełniący rolę punktu kontaktowego nie musi (a nawet nie powinien, bo nie musi przecież być do tego przygotowany) przejmować kompetencji o charakterze nadzorczym czy reglamentacyjnym. Chodzi natomiast o to, by pełnił funkcję pośrednika, zwalniającego usługodawcę z konieczności kontaktowania się z szeregiem organów.

Zobowiązano też państwa członkowskie do zapewnienia obsługi na odległość i obsługi elektronicznej procedur związanych z podejmowaniem i wykonywaniem działalności usługowej (art. 8). Wymóg ten nie dotyczy kontroli lokalu i sprzętu wykorzystywanego przez usługodawcę, fizycznego sprawdzania możliwości wykonania przez niego usługi oraz osobistej uczciwości jego i personelu. Komisja może podjąć środki zmierzające do ułatwienia korzystania z procedur realizowanych drogą elektroniczną pomiędzy państwami członkowskimi.

Państwa członkowskie zostały wezwane do przeanalizowania procedur podejmowania i wykonywania działalności usługowej pod kątem możliwości ich uproszczenia (art. 5). Uproszczenie to, poza ułatwieniami wskazanymi powyżej, polegać ma także na uwzględnianiu przez organy administracji państwa goszczą-

¹²⁴ Co nie oznacza jednak nałożenia na te organy obowiązku udzielania porad prawnych w indywidualnych sprawach (art. 7 ust. 6).

cego certyfikatów czy zaświadczeń wydanych w innych państwach członkowskich, a jasno potwierdzających spełnienie wymogu stawianego usługodawcy w państwie przyjmującym. Dodatkowo możliwość żądania uwierzytelnionych tłumaczeń tych dokumentów ograniczono do przypadków przewidzianych szczególnym przepisem wspólnotowym albo uzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym. Nie wyłącza to jednak możliwości żądania tłumaczeń niepoświadczonych i nie dotyczy wymienionych w art. 5 ust. 4 dokumentów, m.in. potwierdzających zarejestrowanie adwokata przez właściwe władze państwa pochodzenia. Upoważniono wreszcie Komisję do wprowadzania jednolitych formularzy, mających zastąpić certyfikaty lub zaświadczenia wymagane od usługodawców.

Zgodnie z preambułą dyrektywy, ustanowienie dla wszystkich państw członkowskich jednego celu – uproszczenia procedur podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, jest niezbędne dla rozwoju rynku wewnętrznego w sektorze usługowym (pkt 46). Akcentuje się doniosłą rolę zarówno prawa do jasnej i wszechstronnej informacji, jak i możliwości elektronicznego dokonywania formalności, zwłaszcza pomiędzy państwami członkowskimi. Szczególnie duże nadzieje prawodawca wspólnotowy zdaje się wiązać z pojedynczymi punktami kontaktowymi (pkt 48). Preambuła sugeruje nawet sposoby ich organizacji. Wskazuje się, że gdy dla działalności usługodawcy na poziomie regionalnym lub lokalnym właściwych jest kilka organów, rolę punktu kontaktowego (i koordynatora) może przejąć jeden z nich. Rolę punktów kontaktowych przejąć może nie tylko organ administracji, ale także izba handlowa lub rzemieślnicza, a nawet organizacja zawodowa czy podmiot prywatny, któremu państwo członkowskie powierzy tę funkcję. Biorąc pod uwagę, że rola punktu kontaktowego nie ogranicza się tylko do pośrednictwa między usługodawcą a administracją, ale obejmuje także udzielanie informacji i innego wsparcia usługodawcom, otwierają się nowe możliwości współpracy administracji publicznej z podmiotami prywatnymi w realizacji jej zadań.

2.2. Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców

Kolejną grupą rozwiązań, unormowaną w Rozdziale III „Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców”, są rozwiązania odnoszące się do traktowania podmiotów z innych państw Unii podejmujących w państwie goszczącym działalność usługową na stałe. W tej grupie wskazać można dwa rodzaje przepisów: unormowania dotyczące udzielania zezwoleń na wykonywanie działalności usługowej oraz katalogi wymogów niedozwolonych i podlegających ocenie.

2.2.1. Udzielanie zezwoleń

Szereg przepisów Rozdziału III dotyczy udzielania zezwoleń¹²⁵. Przepis art. 9 przewiduje, że państwa członkowskie z zasady nie mogą uzależniać podjęcia

¹²⁵ Pamiętajmy, że ich definicja jest szersza niż tylko zezwolenia w świetle u.s.d.g., stąd regulacje te dotyczą, wydaje się, wszystkich form reglamentacji, o których mowa w Rozdziale 4 u.s.d.g., czy-

działalności usługowej od uzyskania zezwolenia (w szerokim rozumieniu wskazanym powyżej, czyli obejmującego każdą formalną lub dorozumianą decyzję dotyczącą podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej). Wprowadzenie zezwoleń jest dopuszczalne tylko w sytuacji łącznego spełnienia następujących warunków: zezwolenie jest niedyskryminujące, jego wymaganie uzasadnione jest nadrzędnym interesem publicznym¹²⁶, który nie może być dostatecznie chroniony za pomocą mniej restrykcyjnych środków, zwłaszcza tych przewidujących kontrolę następczą¹²⁷. Państwa członkowskie zobowiązano do przygotowania i przesłania Komisji sprawozdań, w których przedstawia swoje systemy zezwoleń wraz z uzasadnieniem ich zgodności ze wskazanymi warunkami (art. 9 ust. 2 i art. 39). Termin ich przedstawienia ustalono na 28 grudnia 2009 r. Będą one następnie przesłane pozostałym państwom członkowskim w celu zajęcia przez nie stanowiska (stąd procedurę tę nazwano w dyrektywie „wzajemną oceną”), by ostatecznie stać się podstawą sprawozdania podsumowującego, które Komisja przedłoży Radzie i Parlamentowi Europejskiemu do 28 grudnia 2010 r. Dokument ten może mieć w przyszłości doniosłe znaczenie. Komisja uzyska szerokie informacje o rodzajach działalności usługowej poddanych reglamentacji w poszczególnych państwach oraz o formach tej reglamentacji. Materiał ten, dzięki procesowi wzajemnej wymiany, będzie miał walor porównawczy. Może to, moim zdaniem, być doskonałą podstawą do podjęcia działań zmierzających do ujednolicenia tak obszarów działalności usługowej poddanych reglamentacji, jak i jej form stosowanych przez poszczególne państwa¹²⁸. Byłby to kolejny krok w stronę pogłębienia rynku wewnętrznego i zarazem ułatwienia usługodawcom działalności transgranicznej.

Kryteria udzielania zezwoleń powinny wykluczać możliwość korzystania przez organy administracji z przyznanego im uznania w sposób arbitralny (art. 10 ust. 1)¹²⁹. Powinny one być niedyskryminacyjne, uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym, proporcjonalne do przyjętego celu, jasne, jednoznaczne,

li koncesji (art. 46 i n.), wpisu do rejestru działalności regulowanej (art. 64 i n.), zezwolenia (art. 75 ust. 1), licencji (art. 75 ust. 3) oraz zgody (art. 75 ust. 4).

¹²⁶ W tym zakresie zachodzą potencjalnie ciekawe relacje z art. 22 Konstytucji RP, mówiącym, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej dopuszczalne jest tylko ze względu na ważny interes publiczny.

¹²⁷ W polskich warunkach chodziłoby o sytuację objęcia danej działalności wymogiem wpisu do rejestru działalności regulowanej zamiast uzyskania zezwolenia albo koncesji (które z zasady przewidują kontrolę uprzednią); kontrola następcza nie zawsze będzie bowiem wystarczająca, nie wszystkie wady danych usług mogą bowiem być ustalone w sposób następczy, ponadto ryzyko związane z dopuszczeniem określonych usług może uzasadniać przeprowadzenie kontroli usługodawcy przed podjęciem działalności.

¹²⁸ Preambuła w pkt 54 stwierdza wprost, że wyniki wzajemnej oceny będą podstawą określenia na poziomie wspólnotowym rodzajów działalności, dla których należy znieść zezwolenia.

¹²⁹ W polskich warunkach dotyczyć to może zwłaszcza koncesjonowania, ponieważ koncesje na podjęcie działalności gospodarczej ustawodawca w u.s.d.g. ukształtował jako decyzję uznaniową; wydaje się wszakże, że omawiany przepis nie wyklucza istnienia uznaniowych „zezwoleń”, wymaga tylko, by kryteria wykluczały skorzystanie z uznania w sposób arbitralny; ostateczne konkluzje są jednak trudne do przyjęcia, dopóki w sprawie konkretnego koncesjonowania w Polsce nie wypowie się ETS.

obiektywne, przejrzyste, podane do publicznej wiadomości z wyprzedzeniem i łatwo dostępne (art. 10 ust. 2).

Szczególną uwagę należy zwrócić na przepis art. 10 ust. 3 dyrektywy. Wedle niego warunki udzielenia zezwolenia nie mogą powielać wymogów ani kontroli równoważnych lub zasadniczo porównywalnych w odniesieniu do celu, którym usługodawca podlega już w innym lub tym samym państwie członkowskim. Na gruncie tego unormowania nasuwają się dwie ważne uwagi. Po pierwsze, przepis nie zobowiązuje państw członkowskich do ujednolicenia warunków wykonywania działalności usługowej określonego rodzaju i w konsekwencji rezygnacji z warunków stawianych przez prawo krajowe. Jeżeli warunki te spełniają wymogi określone w art. 10 ust. 1 i 2 dyrektywy, mogą być egzekwowane. Rozwiązanie takie byłoby zresztą na obecnym etapie integracji gospodarczej trudne do przeprowadzenia (a niemożność wypracowania ujednoliconych wymogów stała się jedną z przyczyn rezygnacji z reguły kraju pochodzenia, o czym dalej w pkt. 2.3). Powstaje jednak pytanie, czy w tym przepisie wprowadzono zasadę kraju pochodzenia w traktowaniu usługodawców korzystających ze swobody przedsiębiorczości? W moim przekonaniu nie. Czym innym jest bowiem uznanie faktu, że podobne wymogi uzyskania zezwolenia zostały spełnione, czym innym natomiast uznanie samego zezwolenia za ekwiwalentne i zastępujące zezwolenie krajowe¹³⁰. Podmiot wspólnotowy, powołując się na komentowany przepis, nie może domagać się uchylecia wymogu uzyskania w państwie przyjmującym zezwolenia z tego względu, że uzyskał już podobne zezwolenie w państwie swego pochodzenia. Może natomiast, i to należy uznać za ważne udogodnienie, żądać, by organ państwa przyjmującego, rozstrzygając w kwestii udzielenia zezwolenia, wziął pod uwagę warunki spełnione w innym państwie i w tym zakresie nie domagał się ponownego wykazania ich spełnienia¹³¹. Taka interpretacja znajduje dodatkową podstawę w pkt. 61 preambuły dyrektywy. Oczywiście przyjęcie tego rozwiązania wymaga dużej dozy zaufania organów państwa przyjmującego do środków zastosowanych w innym państwie, stąd w jego wprowadzeniu w życie pomóc ma, przewidziana w art. 28 ust. 2 dyrektywy, instytucja punktów łącznikowych. Punkty te tym różnią się od pojedynczych punktów kontaktowych, że nie pośredniczą między usługodawcami a administracją, ale służą wzajemnej pomocy pomiędzy administracjami państw członkowskich. Głównym ich celem jest wspomaganie nadzoru nad usługodawcami i świadczonymi przez nich transgranicznie usługami (art. 28 ust. 1). W tym przypadku jednak ich zadaniem jest gromadzenie i wymiana informacji na temat wymogów stawianych usługodaw-

¹³⁰ Nadanie mu przez to charakteru transnarodowego aktu administracyjnego.

¹³¹ Przykładowo, jeśli warunkiem wydania zezwolenia w Polsce jest posiadanie stosownego certyfikatu, a wnioskujący o wydanie zezwolenia usługodawca wspólnotowy uzyskał już adekwatny (równoważny, porównywalny) certyfikat w innym państwie Unii, w szczególności państwie swego pochodzenia, to organ polskiej administracji powinien odstąpić od wymogu przedstawienia certyfikatu wydanego w Polsce i poprzestać na uwzględnieniu certyfikatu obcego, co nie oznacza jednak, że nie może rozstrzygać o udzieleniu zezwolenia (i ewentualnej odmowie, nawet jeśli ten sam usługodawca uzyskał w innym państwie członkowskim porównywalne zezwolenie); kompetencję tę, nawet w przedstawionych warunkach, polski organ nadal zachowuje.

com w poszczególnych państwach. Dzięki ich działalności ustalenie, czy środek podobny do wymaganego w państwie goszczącym został już przez usługodawcę spełniony w innym państwie (w szczególności tam, gdzie prowadzi stałą działalność), powinno być łatwiejsze i budzić większe zaufanie.

Zezwolenia powinny nadto z zasady dawać możliwość wykonywania działalności na całym obszarze państwa, także poprzez tworzenie agencji, spółek zależnych, oddziałów czy biur, chyba że zezwolenie dla każdego poszczególnego zakładu czy ograniczenie terytorialne ważności zezwolenia ma uzasadnienie w nadrzędnym interesie publicznym (art. 10 ust. 4). Zezwolenia muszą być udzielane na czas nieoznaczony, z wyjątkiem przypadków automatycznego ich odnawiania, udzielenia ograniczonej ich liczby albo uzasadnienia ich czasowości nadrzędnym interesem publicznym (art. 11). Nie pozbawia to jednak państw członkowskich możliwości cofania zezwoleń przed upływem okresu, na jaki zostały wydane, ani możliwości zobowiązania usługodawcy do podjęcia działalności w określonym terminie od uzyskania zezwolenia pod sankcją jego cofnięcia.

Poza wskazanymi powyżej gwarancjami, które określić można mianem materialnych, dyrektywa formułuje też zalecenia odnośnie do postępowań w sprawach wydawania zezwoleń (art. 13). Procedury ich udzielania mają być przejrzyste, podane do publicznej wiadomości z wyprzedzeniem (wraz z terminem wydania rozstrzygnięcia, liczonym od momentu przedłożenia całej wymaganej dokumentacji) i gwarantować bezstronne i obiektywne rozpatrzenie wniosków. Nie mogą one być nadmiernie skomplikowane, nie powinny zniechęcać do podjęcia działalności ani opóźniać tego momentu. Złożenie wniosku powinno zostać potwierdzone, a potwierdzenie wskazywać termin, o którym była mowa, oraz dostępne wnioskodawcy środki procesowe (art. 10 ust. 5). Ponośzone przez wnioskodawców opłaty winny być rozsądne i proporcjonalne do kosztów postępowań, jednocześnie kosztów tych nie przekraczając. W przypadku ustalenia, że wnioskodawca spełnia warunki, należy niezwłocznie udzielić zezwolenia (art. 10 ust. 4). Niewydanie rozstrzygnięcia we wskazanym terminie ma skutkować domniemaniem, że zezwolenia udzielono. Z przyczyn uzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym lub uzasadnionym interesem stron trzecich dopuszcza się odmienne postanowienia w tym względzie (art. 13 ust. 4). Odmowa udzielenia zezwolenia oraz późniejsze jego cofnięcie musi zawierać pełne uzasadnienie, wraz z możliwością odwołania do sądu lub innych instancji odwoławczych (art. 10 ust. 6).

W przypadkach gdy możliwe jest udzielenie ograniczonej liczby zezwoleń, zasady wyboru spośród wnioskodawców mają być bezstronne i przejrzyste (art. 12)¹³². Szczególną wagę przywiązuje się tu do odpowiedniego podania do wiadomości publicznej informacji na temat rozpoczęcia, przeprowadzania i za-

¹³² Przepis ten mówi wprost jedynie o takich przypadkach udzielenia ograniczonej liczby zezwoleń, które wynikają z ograniczonych zasobów naturalnych albo ograniczonych możliwości technicznych, w preambule (pkt 62) wskazano, że państwa mogą wprowadzać ograniczenia w liczbie zezwoleń także z innych przyczyn, zawsze jednak do ich udzielania należy zastosować reguły określone w art. 12 dyrektywy.

kończenia procedury. Zezwolenie udzielone w tych warunkach musi mieć ograniczoną ważność czasową, jak też podlegać automatycznemu odnowieniu. Warto zwrócić uwagę, że wybór usługodawcy ma być podyktowany względami wyliczonymi w art. 12 ust. 3 dyrektywy, tj. względami zdrowia publicznego, polityki społecznej, zdrowia i bezpieczeństwa pracowników lub osób prowadzących działalność na własny rachunek, ochrony środowiska naturalnego, zachowania dziedzictwa kulturowego oraz innymi względami nadrzędnego interesu publicznego, zgodnie z prawem wspólnotowym¹³³.

Wskazane powyżej regulacje odnoszą się bezpośrednio do zezwoleń udzielanych podmiotom korzystającym ze swobody przedsiębiorczości (tak sugeruje tytuł rozdziału, w którym przepisy te się znalazły). Nie wiążą więc państw członkowskich w zakresie ustalania warunków reglamentacji działalności własnych podmiotów. Pośrednio jednak będą na te warunki z pewnością oddziaływały, z tego choćby względu, że państwa z pewnością nie będą zainteresowane utrzymaniem stanu odwrotnej dyskryminacji, tzn. poddania własnych podmiotów bardziej restrykcyjnej reglamentacji niż podmiotów obcych (korzystających ze swobody przedsiębiorczości).

Zgodnie z preambułą dyrektywy, wszystkie te rozwiązania mają doprowadzić do zniwelowania podstawowych biurokratycznych trudności łączących się z podejmowaniem działalności usługowej (pkt 43). Podkreślono, że utrudnienia te są szczególnie dotkliwe dla małych i średnich przedsiębiorców, których znaczenie dla rozwoju sektora usługowego jest kluczowe. Przyjęte unormowania doprowadzić mają do ograniczenia uzyskiwania zezwolenia do przypadków, w których jest to rzeczywiście konieczne. Mają też służyć wyeliminowaniu opóźnień, kosztów i innych przeszkód zniechęcających do podejmowania i wykonywania działalności, poprzez ograniczenie arbitralności decyzji i powielania procedur. Przyspieszenie postępowań ma zostać osiągnięte głównie poprzez ustalenie przewidywanego terminu jego zakończenia wraz z domniemaniem, że w razie braku rozstrzygnięcia do tego momentu usługodawca może rozpocząć działalność. Skutecznym sposobem niwelowania barier dostępu do działalności usługowej powinny być też przepisy regulujące udzielanie ograniczonej liczby zezwoleń. Wydaje się, że omówione postanowienia będą skutecznym narzędziem poprawy sytuacji usługodawców i stanowią niewątpliwie sukces twórców dyrektywy.

2.2.2. Wymogi niedozwolone i podlegające ocenie

Poza regulacjami dotyczącymi wydawania zezwoleń, Rozdział III dyrektywy zawiera także katalogi wymogów, od których spełnienia państwa członkow-

¹³³ Powstaje wątpliwość, czy takim, zgodnym z prawem wspólnotowym, nadrzędnym względem interesu publicznego jest zadeklarowanie wyższej (niż kontrkandydat) opłaty za udzielenie „zezwolenia” – tym wątpliwym, nie tylko prawnie, ale i etycznie, kryterium jako ostatecznie rozstrzygającym o wyborze kandydata posłużył się polski ustawodawca ustalając zasady udzielania ograniczonej liczby koncesji (art. 54 ust. 1 u.s.d.g.); na temat tej procedury szerzej A. Treła, *Postępowanie w sprawie udzielenia ograniczonej liczby koncesji*, RPEiS 2005, nr 4, s. 51 i n.

skie nie mogą uzależniać podjęcia działalności na swym terytorium (ponieważ są sprzeczne z przepisami o swobodzie przedsiębiorczości; art. 14 dyrektywy), oraz wymogów, które nie są bezwzględnie niedopuszczalne, ale powinny zostać przez państwa zweryfikowane pod kątem wskazanych kryteriów (art. 15 dyrektywy). Oba wykazy stanowią swoiste podsumowanie dotychczasowego bogatego orzecznictwa ETS w obszarze swobody świadczenia usług.

Wśród środków krajowych bezwzględnie zakazanych znalazły się rozwiązania takie jak: a) wymogi dyskryminujące bezpośrednio albo pośrednio ze względu na przynależność państwową (tak osób fizycznych, jak i spółek), w tym wymogi co do przynależności państwowej usługodawcy, jego personelu, wspólników, członków zarządu lub władz nadzorczych (dyskryminacja bezpośrednia) czy też co do miejsca zamieszkania tych osób na danym terytorium państwowym (dyskryminacja pośrednia), b) zakaz wykonywania działalności, wpisu do rejestru bądź przynależności do organizacji zawodowych w więcej niż jednym państwie członkowskim, c) zobowiązanie do prowadzenia na terytorium państwa goszczącego zakładu głównego, d) ograniczenie możliwości wyboru między wykonywaniem działalności w formie agencji, oddziału czy spółki zależnej, e) środki uzależniające możliwość wykonywania działalności usługowej od istnienia wzajemności w tym zakresie¹³⁴, f) uzależnienie od pomyślnego przejścia testu ekonomicznego¹³⁵ czy też wymagania przedstawienia szczególnych gwarancji finansowych czy wykupienia szczególnego ubezpieczenia dla podejmowanej działalności, innych niż gwarancje i ubezpieczenia wymagane niedyskryminacyjnie od członków zrzeszeń i organizacji zawodowych, od podmiotów mających siedzibę na terytorium państwa przyjmującego. Niedozwolone jest też uzależnianie możliwości podjęcia działalności usługowej od wstępnej rejestracji na określony czas ani od wcześniejszej działalności innego rodzaju w państwie goszczącym. Jak wskazano, każde z tego rodzaju ograniczeń jest bezwzględnie zakazane. Oznacza to, że w sytuacji, gdyby tego typu środek był przewidziany przez prawo krajowe, prawdopodobieństwo stwierdzenia przez ETS jego niezgodności z prawem wspólnotowym w wyniku zapytania wstępnego jest praktycznie pewne. Daje to usługodawcy mocną podstawę do dochodzenia swoich praw. Co więcej, istnienie takich przepisów krajowych może być podstawą, omawianej już w tym opracowaniu, odpowiedzialności państwa za naruszenie prawa wspólnotowego, dochodzonej przed ETS z wniosku Komisji lub (co mniej prawdopodobne) innego państwa członkowskiego (art. 226–228 TWE). Oznacza to zarazem, że regulacje krajowe tego typu mogą być przedmiotem nieformalnych skarg (zwłaszcza skarg obcych usługodawców) do Komisji, które w konsekwencji doprowadzić mogą do wszczęcia przeciwko państwu je stosującemu procedury z art. 226 TWE.

¹³⁴ Tj. analogicznej możliwości wykonywania działalności tego rodzaju przez podmioty z państwa goszczącego na obszarze państwa pochodzenia usługodawcy; nie dotyczy to przypadków wzajemności przewidzianych przez wspólnotowe prawo dotyczące energii (art. 14 pkt 4 dyrektywy).

¹³⁵ Czyli testu oceniającego ekonomiczną potrzebę lub popyt rynkowy na usługi oferowane przez obcego usługodawcę, oceny potencjalnych ekonomicznych skutków jego działalności dla rynku państwa goszczącego (protekcjonizm) czyjej stosowności w świetle przyjętych celów planowania ekonomicznego przyjętych przez właściwe organy państwa przyjmującego.

Przepis art. 14 dyrektywy daje więc usługodawcom narzędzie walki z najbardziej oczywistymi naruszeniami swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług. Z jednej strony, jako normatywne wyrażenie tez formułowanych dotąd w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, zwiększa ono pewność prawa i tym samym poprawia sytuację usługodawców. Z drugiej wszakże jest ono obarczone wszystkimi niedostatkami wymienionych procedur, na które wskazałem wyżej w pkt. II opracowania.

Odmienny charakter ma katalog środków zawarty w art. 15 dyrektywy. Obejmuje on rozwiązania takie jak: a) ilościowe lub terytorialne limity liczby usługodawców ustalone w relacji do liczby ludności lub minimalnej odległości geograficznej między usługodawcami, b) obowiązek przyjęcia określonej formy prawnej, c) wymogi dotyczące własności udziałów lub akcji w spółce, d) zakaz posiadania więcej niż jednego przedsiębiorstwa na obszarze państwa goszczącego, e) wymogi określające minimalną liczbę pracowników, f) minimalne lub maksymalne taryfy, do których usługodawca musi się dostosować, czy g) zobowiązanie go, by wraz ze świadczoną usługą wykonywał też inne szczególne usługi. Stosowanie tego typu środków przez państwa członkowskie nie jest zakazane. Ich stosowanie nie pociąga za sobą automatycznie skutków, o których mowa w poprzednim akapicie. Państwa członkowskie mają jednak obowiązek sprawdzić, czy ich systemy prawne przewidują tego rodzaju wymogi, a w razie odpowiedzi twierdzącej – zweryfikować ich zgodność z kryterium niedyskryminacji¹³⁶, konieczności¹³⁷ i proporcjonalności¹³⁸. Ograniczenia te mają zastosowanie do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym tylko wtedy, gdy nie zakłóci to wykonywania zadań, którym usługi te służą (art. 15 ust. 4). Sprawdzenie zasadności stosowania wymogów wskazanych w art. 15 zostało sformalizowane poprzez ujęcie go w procedurę wzajemnej oceny (art. 39 dyrektywy), omówioną już wcześniej przy okazji prezentacji zasad udzielania zezwoleń w pkt. 2.2.1). Ponadto od dnia 28 grudnia 2006 r. w omawianym zakresie przyjęto klauzulę *standstill* (art. 15 ust. 6). Wedle niej od wskazanej daty wprowadzanie nowych środków, mieszczących się w katalogu objętym tym przepisem, jest dopuszczalne tylko wobec łącznego spełnienia przesłanek niedyskryminacji, konieczności i proporcjonalności. Musi mu też towarzyszyć zawiadomienie Komisji wraz z podaniem przyczyn ich wprowadzenia. Komisja informuje o tym fakcie inne państwa członkowskie, a następnie, w terminie 3 miesiące, bada, czy nowe rozwiązania są zgodne z prawem wspólnotowym. Jeśli ocena ta okaże się negatywna, Komisja podejmuje decyzję wzywającą państwo do odstąpienia od ich przyjęcia lub do ich uchylenia (w przypadku gdy akt prawny już wszedł w życie). Dyrektywa nie rozstrzyga jednoznacznie, jaka jest relacja tej procedury

¹³⁶ Środki nie mogą prowadzić do bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową osoby fizycznej lub statutową siedzibę spółki.

¹³⁷ Środki muszą być uzasadnione nadrzędnym interesem publicznym.

¹³⁸ Muszą być odpowiednie dla zapewnienia wyznaczonego celu, nie mogą wykraczać poza to, co niezbędne dla jego osiągnięcia, oraz nie można ich zastąpić innymi środkami o mniej restrykcyjnym charakterze, a prowadzącymi do osiągnięcia tego samego skutku.

do postępowania o naruszenie prawa wspólnotowego przewidzianego w TWE. Wydaje się, że decyzja ta nie zastępuje umotywowanej opinii, o której mowa w art. 226 TWE. Sądzę, że można ją natomiast traktować jako substytut otwierającego oficjalną fazę części administracyjnej (przedsądowej) tego postępowania, tzw. pisma ostrzegawczego. Rozwiązania przyjęte w art. 15 dyrektywy, poprzez połączenie procedury wzajemnej oceny oraz klauzuli *standstill*, powinny poprawić pozycję usługodawców wobec działań organów państwa goszczącego, które choć nie noszą znamion jawnej dyskryminacji, to jednak mogą czynić transgraniczne świadczenie usług mniej atrakcyjnym.

2.3. Swoboda świadczenia usług

Ostatnia grupa przepisów (Rozdział IV), z punktu widzenia tematyki artykułu najbardziej interesująca, a wzbudzająca w toku prac nad projektem największe kontrowersje, dotyczy działalności w ramach swobody przepływu usług. Kluczowy dla prezentowanego rozdziału, jak i dla całego projektu dyrektywy, art. 16 w pierwotnej wersji stanowił, że państwa członkowskie zapewniają, iż usługodawca będzie objęty jedynie przepisami państwa swego pochodzenia¹³⁹. W szczególności chodziło o przepisy dotyczące dostępu do działalności usługowej oraz jej wykonywania, jakość i przedmiot usługi, reklamę, umowy oraz odpowiedzialność usługodawcy¹⁴⁰. Od tej zasady przewidywano szereg wyjątków (sektorowych oraz przedmiotowych), z których większość miała charakter nieograniczony w czasie (np. sektorowe: usługi pocztowe, dystrybucja energii elektrycznej, dystrybucja gazu, przedmiotowe: usługi wymagające uczestnictwa notariusza, usługi, których świadczenie w państwie przyjmującym jest całkowicie zakazane), ale niektóre wprowadzone miały być jedynie na okres przejściowy (np. odzyskiwanie długów, organizacja loterii i hazardu). Wprowadzoną w art. 16 dyrektywy zasadę podejmowania i wykonywania działalności usługowej zamierzano wzmocnić dodatkowo regulacją, wedle której nadzór nad działalnością usługodawcy miał być w całości sprawowany przez władze państwa jego pochodzenia¹⁴¹. Dyrektywa, w swej pierwotnej wersji, wprowadzała więc zasadę kraju pochodzenia jako podstawowy standard traktowania usługodawcy. Główna odmienność od dotychczasowego orzecznictwa ETS w zakresie swo-

¹³⁹ Dokładna treść pierwotnego przepisu: 1. Państwa Członkowskie zapewniają, aby usługodawcy podlegali wyłącznie przepisom krajowym swojego Państwa Członkowskiego pochodzenia, wchodzącym w obszar koordynowany. Ust. 1 obejmuje przepisy krajowe dotyczące dostępu do działalności usługowej i jej prowadzenia, w szczególności wymogi odnoszące się do zachowań usługodawcy, jakości lub treści usługi, reklamy, umów oraz odpowiedzialności usługodawcy [...].

2. Państwo Członkowskie pochodzenia jest odpowiedzialne za nadzorowanie usługodawcy i świadczonych przez niego usług, w tym usług świadczonych przez niego w innym Państwie Członkowskim.

¹⁴⁰ Trzeba pamiętać, że gdy początkowo zakresem dyrektywy objęty był także obszar prawa prywatnego, zasada kraju pochodzenia odnosić się też miała do takich kwestii, jak zasady odpowiedzialności czy wybór prawa właściwego, stąd pisano o niej publicznoprawnym i prywatnoprawnym aspekcie; O. Kopiczko, *Zasada...*, op. cit., s. 31.

¹⁴¹ Co stanowiłoby analogiczne rozwiązanie do przyjętego np. w dyrektywie bankowej.

body przepływu usług polegała na tym, że Trybunał stosuje regułę kraju pochodzenia w sposób warunkowy (tzn. usługodawca jest zwolniony z wymogów stawianych mu w państwie przyjmującym tylko o tyle, o ile poddany został analogicznym środkom w państwie swego pochodzenia), dyrektywa formułowała ją natomiast bezwarunkowo (czyli poddawała usługodawcę prawu państwa jego pochodzenia bez względu na relację wymogów tam formułowanych do wymogów stawianych w państwie goszczącym). Na obecnym stadium rozwoju rynku wewnętrznego przeformułowanie tej regulacji okazało się niemożliwe. Nie dziwi to jednak, skoro już orzecznictwo ETS, łagodniejsze w swej wymowie, nie mogło doczekać się konsekwentnego respektowania. W toku prac nad projektem, w ogniu miazdzącej krytyki ze strony głównie bogatszych państw Unii (zwłaszcza Francji i Niemiec), reguła kraju pochodzenia zastąpiona została rozwiązaniami dużo „ostrożniejszymi”, co doprowadziło do nadania dyrektywie miana „rozwodnionej”. Podstawowym zarzutem formułowanym przez te państwa pod adresem omawianego rozwiązania było oskarżenie o promowanie tzw. „dumpingu socjalnego”, który miałby polegać na wypieraniu rodzimych przedsiębiorców usługowych przez zalew usługodawców mających swoją siedzibę w państwach, w których koszty działalności, zwłaszcza ze względu na niższy poziom ochrony socjalnej, są niższe. Pośrednio, poprzez zaostrenie konkurencji ze strony tańszych dostawców usług, prowadziłoby to natomiast do obniżenia płac w sektorach usługowych w bogatszych państwach Unii¹⁴². Należy podzielić pogląd, że te właśnie okoliczności, a nie np. wskazywane wcześniej względy ochrony konsumentów, stały się główną przyczyną fiaska dyrektywy (czy też jej „rozwodnienia”). W moim przekonaniu, jest to symptomem poważniejszego kryzysu, który dotknął integrację europejską w ostatnich latach, polegającego nie tylko na braku jasnej wizji dalszego przebiegu tego procesu (czego dowodem są problemy z wypracowaniem możliwej do zaakceptowania przez wszystkich „konstytucji” Unii, a nawet uzgodnieniem treści dokumentów o czysto deklaratoryjnym charakterze, jak np. rocznicowa Deklaracja Berlińska), ale także na niezdolności zaakceptowania naturalnych konsekwencji jego pogłębiania. Wskazałem już, i podtrzymuję tę tezę, że ostatecznym celem rynku wewnętrznego jest doprowadzenie do sytuacji, w której przedsiębiorca wykonujący legalnie działalność gospodarczą w jednej jego części (jednym państwie) będzie mógł wykonywać ją w całej Wspólnocie właśnie dlatego, że w jednym państwie robi to w sposób legalny. Końcowym celem rynku wewnętrznego winno być więc wprowadzenie reguły kraju pochodzenia, i to w jej mocniejszej (tzn. bezwarunkowej) wersji, tj. tak, jak czynił to art. 16 dyrektywy. Trafne jest spostrzeżenie, że przyjęcie takiego rozwiązania doprowadziłoby do konkurencji państw członkowskich o przedsiębiorców i ich siedziby. Przedsiębiorcy znaleźliby się bowiem w sytuacji adresatów ofert poszczególnych państw, dotyczących warunków (kosztów,

¹⁴² M. Paszyński, *Dyrektywa usługowa – czy zmierzamy w stronę liberalizacji rynku?*, „Wspólnoty Europejskie” 2006, nr 3, s. 42–43; stanowisko to jest też postrzegane w szerszej perspektywie jako kryzys integracji europejskiej dotyczący najważniejszego jej obszaru, czyli budowy rynku wewnętrznego, ibidem i wskazane tam publikacje.

obciążeń publicznoprawnych, obciążeń biurokratycznych, zarówno legislacyjnych jak i związanych z praktyką funkcjonowania aparatów administracji, stopniem niejasności przepisów, tempem i jakością ich zmian, stopniem korupcji i innych patologicznych zjawisk w otoczeniu biznesu, itp.) wykonywania działalności usługowej. Kierując się walorami tych ofert, dokonywaliby następnie stosownego wyboru, lokalizując swą stałą działalność tam, gdzie wydałoby im się to najatrakcyjniejsze. Następnie, korzystając z dobrodziejstwa swobody świadczenia usług opartej na regule kraju pochodzenia, mogliby oferować swe usługi na obszarze całej Unii. Wówczas idea rynku wewnętrznego byłaby w pełni zrealizowana. Okazuje się jednak, że na przyjęcie takich, rewolucyjnych wciąż rozwiązań większość państw (zwłaszcza bogatszych) nie może sobie pozwolić. Zdają się one nie rozumieć, że integracja gospodarcza to nie tylko możliwość ułatwionej ekspansji kapitałowej w państwach o słabiej rozwiniętej gospodarce, ale także konieczność dopuszczenia na własne rynki tańszych i często lepszej jakości towarów i (zwłaszcza) usług z tychże państw. Z ekonomicznego punktu widzenia intensyfikacja wymiany gospodarczej *summa summarum* służy przecież gospodarkom wszystkich partnerów. Bez zrozumienia i zaakceptowania tego faktu dalszy rozwój rynku wewnętrznego stoi pod znakiem zapytania. Dotarliśmy bowiem do punktu, w którym sam brak dyskryminacji obcych podmiotów czy usług nie gwarantuje rozwoju gospodarczego.

Zgodnie z przyjętym brzmieniem art. 16 ust. 1, państwa członkowskie uznają prawo usługodawców do świadczenia usług w innym państwie Wspólnoty niż to, z którego podmioty te pochodzą¹⁴³. Państwa te zapewniają możliwość swobodnego podjęcia działalności na swym obszarze. Jednocześnie nie mogą uzależniać tej możliwości od spełnienia przez usługodawcę wymogów dyskryminacyjnych, nieuzasadnionych nadrzędnym interesem publicznym i nieproporcjonalnych. Wyliczenie to nawiązuje do katalogu przesłanek formułowanych w orzecznictwie ETS, z tą różnicą, że, jak wskazałem w pierwszej części opracowania, Trybunał formułuje jeszcze jedną przesłankę, eliminującą możliwość stosowania wymogów dublujących te stawiane usługodawcy w państwie jego pochodzenia. W dyrektywie przesłanka ta nie została jednak bezpośrednio wyrażona. Jak ma się więc ten przepis do dotychczasowego orzecznictwa ETS? Czy powoduje jego unieważnienie? Wydaje się, że nie. Orzecznictwo ETS dotyczy przecież w tym wypadku wprost przepisu traktatu, a akty prawa wtórnego nie mogą automatycznie zmieniać jego treści (ani sposobu interpretacji). Orzecznictwo, zakazujące państwu goszczącemu stawiania wymogów powielających środki, którym usługodawca poddał się w państwie swego pochodzenia, jako oparte na art. 49 i 50 TWE, a nie na akcie prawa wtórnego, należy w konsekwencji uznać za nadal wiążące.

Wedle art. 16 ust. 3 ograniczenia przewidziane w ust. 1 (a także ust. 2, o czym niżej) nie mają zastosowania wobec środków stosowanych przez państwo przyj-

¹⁴³ W świetle art. 49 i 50 TWE, będących jasnym, bezpośrednio stosowanym zobowiązaniem państw członkowskich do zapewnienia możliwości świadczenia usług i odpowiedniego standardu ochrony usługodawców i zarazem przyznających usługodawcom bezpośrednio skuteczne uprawnienia, stwierdzenie to jest truizmem i nie powoduje nowych konsekwencji prawnych.

mujące ze względów zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego oraz ochrony środowiska. Z tych przyczyn usługodawca może być więc traktowany w sposób nawet dyskryminacyjny. Rozwiązanie to nawiązuje pośrednio do art. 46 TWE, rozszerzając wszakże zawarty tam katalog o ochronę środowiska. Bogate orzecznictwo Trybunału dotyczące zasad powoływania się przez państwa członkowskie na wyjątek z art. 46 TWE zachowuje, wobec powyższego, swoją aktualność.

Bardzo istotny dla sytuacji usługodawców jest przepis art. 16 ust. 2 dyrektywy. Przetrwał on burzę wokół zasady kraju pochodzenia, chociaż wprowadza rozwiązania stanowiące bardzo istotne jej konsekwencje (dlatego zdaje się nie pasować do rozwiązań ostatecznie przyjętych i powoduje niejasności). Wskazano w nim, że państwo goszczące nie może ograniczać swobody usługodawcy wspólnotowego poprzez stawianie wymogu prowadzenia przedsiębiorstwa na swoim terytorium¹⁴⁴, zakaz tworzenia tam infrastruktury (np. biura, kancelarii)¹⁴⁵, a także obowiązek uzyskania przez usługodawcę zezwolenia od jego (tzn. państwa przyjmującego) właściwych organów, w tym wpisu do rejestru lub rejestracji w zrzeczeniu lub stowarzyszeniu zawodowym na jego terytorium, z wyjątkiem przypadków przewidzianych w niniejszej dyrektywie lub innych aktach prawa wspólnotowego. Regulacja dotycząca zezwoleń (art. 16 ust. 2 pkt b) musi rodzić poważne wątpliwości. Gdyby traktować ją bezwarunkowo, stanowiłaby realizację tezy ETS, że tego typu ograniczenia w przypadku swobody przepływu usług są niedopuszczalne. Trybunał uzależnia jednak tę konkluzję od stwierdzenia okoliczności, że w danym stanie faktycznym usługodawca poddał się podobnym środkom w państwie swego pochodzenia (ewentualnie innym państwie Wspólnoty), wobec czego ponowne ich żądanie byłoby podwójnym obciążeniem (ang. *dual burden*). Stąd osoba, która stosownego pozwolenia nie posiada, bo nie jest ono w kraju jej pochodzenia wymagane albo ze względu na fakt, że podobnej działalności w ogóle nie prowadzi, nie może domagać się, w ocenie ETS, zwolnienia jej ze stosownego obowiązku w państwie goszczącym. Uchylenie obowiązku uzyskania pozwolenia od państwa goszczącego ma więc, według Trybunału, charakter *stricte* warunkowy (reguła kraju pochodzenia w wersji warunkowej). Takiej klauzuli (warunku) komentowany przepis art. 16 ust. 2 pkt b dyrektywy nie zawiera, co znaczyłoby, że zakaz żądania np. zezwolenia istniałby także wtedy, gdy usługodawca nie posiada adekwatnego pozwolenia uzyskanego w państwie pochodzenia (reguła kraju pochodzenia w wariantcie bezwarunkowym). Wykładnia ta oznaczałaby prawdziwą rewolucję w zasadach traktowania usługodawców, na którą z pewnością państwa członkowskie by nie przystały (wobec generalnego sprzeciwu co do wprowadzenia zasady kraju pochodzenia).

¹⁴⁴ Wymóg taki by oznaczał w istocie zmianę kwalifikacji tej działalności na korzystanie ze swobody przedsiębiorczości i dawał w konsekwencji jeszcze szerszą możliwość ingerencji w sytuację usługodawcy.

¹⁴⁵ Nawiązano w ten sposób do tezy wyrażonej przez ETS w orzeczeniu w sprawie *Gebhard*, że przejściowy charakter świadczenia usługi nie wyklucza dysponowania przez usługodawcę na terytorium państwa goszczącego urządzeniami takimi jak biuro czy kancelaria; C-55/94 *R. Gebhard*, op. Clt.

Wydaje się więc, że klucz do interpretacji tkwi w zawartym w art. 16 ust. 2 pkt b odesłaniu do wyjątków przewidzianych w samej dyrektywie i w innych aktach prawa wspólnotowego. Odesłanie to parlament Europejski dodał do omawianego przepisu na posiedzeniu 16 lutego 2006 r., czyli w tym samym dniu, w którym „upadła” reguła kraju pochodzenia. Znaczenie tego zwrotu należy stąd interpretować właśnie w kontekście tej zasadniczej zmiany. Poszukiwanie wyjątków od zakazu egzekwowania zezwoleń rozpoczniemy od odwołania się do innych postanowień art. 16 dyrektywy. Po pierwsze, wskazany już art. 16 ust. 1 nie wymaga, by państwo goszczące, kształtując sytuację usługodawcy, brało pod uwagę wymogi spełnione w państwie pochodzenia (co jednocześnie ujawnia sprzeczność tych dwóch regulacji i jest źródłem prezentowanej niejasności). Ten sam przepis w ust. 3 upoważnia państwa członkowskie do nakładania własnych wymogów (w tym, jak się wydaje, zezwoleń), gdy jest to uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego i ochrony środowiska. Ponadto innymi aktami prawa wspólnotowego, o których mowa, może być także TWE, który w art. 50 mówi przecież o zasadzie traktowania narodowego i nawet w przytoczonej interpretacji ETS (tj. forsującej warunkową regułę kraju pochodzenia) jest niezgodny z komentowanym art. 16 ust. 2 dyrektywy. Co więcej, na posiedzeniu PE 16 lutego 2006 r. wykreślono przepis zakazujący państwu goszczącemu stawiania obcemu usługodawcy wymogów, które stawiane są usługodawcom trwale działającym w tym państwie (były art. 16 ust. 2 pkt e). Wymogiem takim mogłoby być także zezwolenie. Skreślenie tego przepisu sugeruje wolę umożliwienia państwu goszczącemu stosowania tego typu środków także w ramach swobody przepływu usług. Odwołać się trzeba wreszcie także do art. 17 dyrektywy, który zawiera obszerną listę wyjątków od wszystkich postanowień art. 16, obejmującą m.in. usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, usługi prawnicze, sądową windykację należności, czynności, których dokonanie wymaga udziału notariusza, kwestie związane z uznawaniem kwalifikacji zawodowych oraz ze swobodnym przepływem osób. Faktem jest jednak, że wyjątki te nie obejmują wszystkich dziedzin, które np. w Polsce poddane są reglamentacji, przez co nie wyłączają całkowicie możliwości powoływania się przez obcych usługodawców na art. 16 ust. 2. Można odnieść wrażenie, że ta niekonsekwentna (a przez to niejasna) regulacja jest wynikiem burzliwych debat nad kształtem projektu, stanowiąc pozostałość jego wersji pierwotnej. Przepis art. 16 ust. 2 pkt b byłby bowiem spójny z pierwotnym brzmieniem art. 16 ust. 1, ale wobec jego gruntownej zmiany prowadzi do trudnych do wyjaśnienia wątpliwości. Sygnalizowany tu problem wymaga z pewnością jasnego rozstrzygnięcia, które jednak na podstawie tekstu dyrektywy nie wydaje się możliwe. Niewykluczone, że do jego ostatecznego rozwiązania niezbędne będzie odwołanie się do stanowiska Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości.

Rozdział IV dyrektywy zawiera ponadto regulacje kształtujące sytuację odbiorców usług. Państwa goszczące nie mogą w szczególności nakładać na usługobiorców obowiązku uzyskania zezwolenia na korzystanie z usług (art. 19) ani korzystać z innych środków o charakterze dyskryminacyjnym (art. 20). Są one,

zgodnie z art. 21, zobowiązane zapewnić im stosowną pomoc, w tym informacje o wymogach dotyczących ochrony konsumentów, stawianych obcym usługodawcom w państwach ich pochodzenia, oraz środkach prawnych przysługujących usługobiorcom w przypadku sporu z dostawcami usług.

2.4. Rozwiązania wspomagające

Przedstawione powyżej trzy grupy rozwiązań służących rozwojowi wewnętrznego rynku usług uzupełnione zostały w dyrektywie o wiele rozwiązań, których znaczenie określić można jako pomocnicze. Zostaną one w tym miejscu zaledwie zasygnalizowane. Podstawową ich funkcją jest budowa zaufania między państwami członkowskimi w zakresie jakości usług świadczonych przez usługodawców z innych państw Wspólnoty. Zaufanie to jest niezbędne, by efektywnie realizować postanowienia dyrektywy, zwłaszcza dotyczące swobody świadczenia usług. Stąd Rozdział V „Jakość usług” zawiera regulacje odnoszące się do: zakresu informacji, które usługodawca winien udzielić usługobiorcy (wraz ze sposobem ich udzielenia), wymagań w kwestii ubezpieczeń od odpowiedzialności zawodowej oraz zniesienia całkowitych zakazów informacji handlowych (w tym reklamy) dostarczanych przez podmioty wykonujące zawody regulowane. Wprowadzono także przepisy normujące tzw. działalność wielodyscyplinarną (art. 25), tzn. wykonywaną przez podmiot, który jednocześnie wykonuje działalność w innych obszarach (działalność o innym przedmiocie). Wprowadzanie wymogów prowadzenia działalności jedynie określonego rodzaju albo ograniczeń łączenia jej z innymi rodzajami możliwe jest jedynie w przypadku przedstawicieli zawodów regulowanych oraz w zakresie certyfikacji, akredytacji, monitorowania technicznego, badań lub prób i tylko gdy jest to niezbędne do zapewnienia bezstronności i niezależności osób świadczących te usługi. Zakres i uzasadnienie stosowanych przez państwa członkowskie w tym względzie ograniczeń poddano procedurze wzajemnej oceny (art. 39 dyrektywy).

Postanowienia Rozdziału VI normują z kolei zasady współpracy administracyjnej państw członkowskich w monitorowaniu rynku usług. Zgodnie z preambułą, współpraca administracyjna ma zasadnicze znaczenie dla zapewnienia prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego usług, a jej brak skutkuje z jednej strony mnożeniem przepisów i powielaniem kontroli nad transgraniczną działalnością usługową, z drugiej zaś może być wykorzystany przez nieuczciwych przedsiębiorców do uchylania się od nadzoru lub obchodzenia przepisów krajowych. To trafne spostrzeżenie podkreśla wagę należytej współpracy administracyjnej, która właściwie prowadzona sprzyja usługodawcom, eliminując jednocześnie zjawiska patologiczne. Państwa w celu jej realizacji zobowiązane są powołać tzw. punkty łącznikowe, które zapewniają kontakt nie tylko pomiędzy nimi, ale także kontakt z Komisją (art. 28 ust. 2). Kluczowe znaczenie ma rozdzielenie kompetencji nadzorczych. Wprowadzeniu reguły kraju pochodzenia towarzyszy zazwyczaj powierzenie nadzoru nad działalnością usługodawcy w całości organom państwa jego pochodzenia, nawet gdy jest ona wykonywana w państwie

goszczącym¹⁴⁶. Rola organów państwa przyjmującego jest wówczas zaledwie pomocnicza; nie sprawują one natomiast nadzoru samodzielnie¹⁴⁷. Skoro zasady kraju pochodzenia nie przyjmuje dyrektywa 2006/123, również problematyka nadzoru uregulowana została odmiennie. Nadzór nad działalnością usługodawcy sprawuje organ państwa, z którego usługodawca pochodzi (art. 30). Nie wyłącza to jednak nadzoru stosowanego przez administrację państwa goszczącego w zakresie warunków wykonywania działalności, stawianych przez to państwo (art. 31). W pozostałym zakresie, tzn. poza zapewnieniem realizacji warunków stawianych przez państwo przyjmujące, administracja tego państwa uczestniczy w wykonywaniu nadzoru przez organ państwa pochodzenia, w szczególności może, na jego wniosek, dokonywać kontroli i weryfikacji działalności usługodawcy. Państwa członkowskie winny ponadto informować się nawzajem o postępowaniach dyscyplinarnych dotyczących usługodawców (art. 33) oraz o wynikających z ich działalności poważnych zagrożeniach dla zdrowia i bezpieczeństwa odbiorców lub środowiska naturalnego (art. 32).

Wspomagający charakter ma także zobowiązanie państw członkowskich, by we współpracy z Komisją opracowywały na szczeblu wspólnotowym kodeksy postępowania w zakresie świadczenia określonych usług (kodeksy etyki zawodowej). Podkreślono rolę zrzeszeń, organizacji i stowarzyszeń zawodowych w tym zakresie (art. 37). Zobowiązano także państwa członkowskie do przedstawienia Komisji w ramach procedury wzajemnej oceny (art. 39) raportów dotyczących: utrzymywanych systemów reglamentacji działalności usługowej oraz wymogów krajowych, które w myśl art. 15 dyrektywy podlegać muszą wnikliwej ocenie pod kątem zgodności ze swobodą przedsiębiorczości, systemów zezwoleń na podjęcie działalności usługowej wraz z uzasadnieniem ich stosowania (art. 9 ust. 2) oraz ograniczeń w zakresie działalności wielodyscyplinarnej (art. 25 ust. 3). Znaczenie wzajemnej oceny omówiłem wcześniej.

3. Podsumowanie

Jednoznaczna ocena rozwiązań nowej dyrektywy nie jest zadaniem łatwym. W toku prac nad projektem znacznie ograniczono bowiem zakres jego regulacji. Dobitym przykładem jest wykreślenie przepisów dotyczących delegowania pracowników do wykonania usługi w innym państwie Unii¹⁴⁸. Powoływano się przy tym na istnienie odrębnej regulacji w tym obszarze, pomijając fakt, że nie zapewnia ona dostatecznej ochrony praw usługodawców¹⁴⁹. Znacznym ograniczeniem

¹⁴⁶ Por. stosowne rozwiązania Tytułu V dyrektywy 2000/12/WE odnośnie do sektora bankowego.

¹⁴⁷ Szerzej M. Strzelbicki, *Świadczenie...*, op. cit., s. 261 i n.

¹⁴⁸ Warto wskazać, że praktyczny zasięg tych regulacji byłby znaczny, jako że korzystanie ze swobody przepływu usług przez podmioty inne niż osoby fizyczne (podmioty wskazane w art. 48 TWE) najczęściej polega na oddelegowaniu własnych pracowników w celu wykonania świadczenia.

¹⁴⁹ Dyrektywa 96/71/WE z 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług (Dz.Urz. WE L 18 z 21 stycznia 1997 r.); zarzuca się, że poddaje ona oddelegowanych pracowników przepisom prawa państwa goszczącego, także w zakresie np. płacy minimalnej, co znacząco ogranicza opłacalność transgranicznego świadczenia usług w ten sposób.

zasięgu oddziaływania dyrektywy było jednoznaczne wykluczenie z zakresu jej regulacji przepisów prawa prywatnego międzynarodowego, zwłaszcza tych dotyczących wyznaczenia prawa właściwego dla zobowiązań oraz zasad odpowiedzialności za ich niewłaściwe wykonanie. Wydaje się wszakże, że ograniczenie dyrektywy jedynie do aspektów publicznoprawnych nie musi być postrzegane negatywnie. Przeciwnie, liberalizacja zasad świadczenia usług nie wymaga koniecznie zmian w obszarze prawa prywatnego (które to zmiany mogłyby zarazem nadmiernie osłabić pozycję odbiorcy świadczenia). Dyrektywa nie ingeruje też w obszar usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Biorąc jednak pod uwagę specyfikę tego rodzaju działalności, nie jest to w moim odczuciu znaczącą wadą.

Szereg rozwiązań wprowadzonych w dyrektywie zasługuje na aprobatę. Uproszczenie procedur podejmowania działalności usługowej, ich informatyzacja oraz oparcie na idei jednego okienka powinno sprzyjać rozwojowi tej gałęzi gospodarki. Doniosłe znaczenie mają przepisy regulujące warunki, jakie spełniać powinny instrumenty reglamentacji działalności usługowej przez państwa członkowskie. Znaczenie tych rozwiązań wykracza poza swobodę przedsiębiorczości i swobodę świadczenia usług, i będzie w mojej ocenie wpływać także na sposób regulacji przez państwo sytuacji przedsiębiorcy w tzw. sytuacji czysto wewnętrznej, tzn. także w odniesieniu do działalności rodzimych podmiotów. Oparcie zasad tego oddziaływania na idei związania administracji (w opozycji do uznaniowych form działania) oceniam dodatnio. Przepisy art. 14 i 15 dyrektywy również są warte uwagi, ponieważ podsumowują dotychczasowe orzecznictwo ETS odnoszące się do dopuszczalnych ograniczeń swobód rynku wewnętrznego w zakresie działalności usługowej. Wyartykułowanie tych zasad w dyrektywie powinno sprzyjać ich upowszechnieniu i dyscyplinować państwa członkowskie w ich przestrzeganiu.

Najwięcej wątpliwości budzą przepisy dyrektywy dotyczące korzystania ze swobody świadczenia usług. Nie udało się unormować sytuacji usługodawcy w państwie przyjmującym w sposób jasny i klarowny, tj. na podstawie reguły kraju pochodzenia. Rozwiązania dyrektywy są niekonsekwentne i wzajemnie sprzeczne, co nie będzie służyło efektywnej ochronie usługodawców. Dyrektywa nie rozstrzyga bowiem jasno, w jakim zakresie administracja państwa goszczącego jest związana zezwoleniem udzielonym usługodawcy w państwie jego pochodzenia. Powoduje to, że najpoważniejsze trudności dotyczące efektywnego funkcjonowania swobody świadczenia usług, przedstawione w niniejszym artykule, pozostają nierozwiązane. Należy mieć nadzieję, że orzecznictwo ETS rozstrzygnie rodzące się dylematy, zwłaszcza dotyczące problemu uznawania w państwie przyjmującym zezwoleń wydanych w państwie pochodzenia, w którym świadczący usługi wykonuje swoją stałą działalność.

**BASIC DIFFICULTIES CONCERNING THE FUNCTIONING
OF THE FREEDOM TO PROVIDE SERVICES
AND AN ATTEMPT TO SOLVE THEM IN THE DIRECTIVE
ON SERVICES IN THE INTERNAL MARKET**

On 12 th December 2006 the Council and the European Parliament adopted the long expected Directive on services in the internal market (2006/123/EC). The main objective of the directive is to facilitate the free circulation of services by removing key barriers to the freedom of establishment for providers of services and to the free movement of services itself. This paper deals with several crucial issues concerning this new Community development. First, it briefly summarizes the present State of the freedom to provide services, taking into account both Community doctrine and the ECJ's jurisprudence and showing main problems connected with practical operation of this freedom. Then the main reasons of growing importance of the services' sector, namely its economic importance and the broad scope of the freedom to provide services are identified and examined. It is later pointed out, that facing this increasing significance of the free movement of services, Community law does not guarantee enough protection for those who want to provide cross-border services. This leads to the conclusion that a community secondary legislation is highly necessary. From this perspective, the arrival of the new Community legislation is highly appreciated. Thorough analysis conducted in this paper leads to the conclusion that the new directive does not solve all the problems relating to the freedom to provide services. Much will depend on the way of its implementation and on the forthcoming jurisprudence of the ECJ.