

Tadeusz Gadkowski

Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, Studium Prawa
taga@amu.edu.pl

OGRANICZENIA SWOBODY PRZEDSIĘBIORCZOŚCI W ŚWIELE WYBRANYCH ORZECZEŃ TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

Streszczenie: W artykule zaprezentowano problematykę swobody przedsiębiorczości na tle innych swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Przedmiotem szczegółowej analizy jest problematyka traktatowych i innych ograniczeń swobody przedsiębiorczości. Autor powołuje najbardziej reprezentatywne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej oraz wskazuje najważniejsze tendencje w orzecznictwie Trybunału w tym zakresie.

Słowa kluczowe: rynek wewnętrzny, swoboda przedsiębiorczości, ograniczenia swobody przedsiębiorczości, Traktat o Unii Europejskiej, Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Klasyfikacja JEL: K 19, K 22, K 29, K 33.

RESTRICTIONS ON THE FREEDOM OF ESTABLISHMENT IN THE LIGHT OF SELECTED DECISIONS BY THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION

Abstract: This paper presents the freedom of establishment in the context of the other freedoms in the internal market of the European Union. In particular, the issue of restrictions on the freedom of establishment, as set up in the Treaty of Lisbon and others, will be the subject of a detailed analysis. The author discusses the most relevant judgments by the Court of Justice of the European Union and highlights the most important trends in the case law of the court in this regard.

Keywords: internal market, freedom of establishment, restrictions on the freedom of establishment, the Treaty on European Union, the Treaty on the Functioning of the European Union, the Court of Justice of the European Union.

Wstęp

W bardzo bogatej literaturze na temat specyfiki prawa Unii Europejskiej zwraca się często uwagę na takie jego cechy szczególne, jak ramowy charakter traktatów, w tym Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) i Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) – w wersji traktatu lizbońskiego z 23 grudnia 2007 r., wielojęzyczność regulacji prawnych (24 języki autentyczne traktatów), posługiwanie się wieloznacznymi pojęciami, które mogą być i są w zróżnicowany sposób interpretowane w poszczególnych państwach członkowskich. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabiera wykładnia podejmowana i realizowana przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE). Wykładnia ta ma przede wszystkim charakter wykładni celowościowej, zmierzającej do interpretowania przepisów w kontekście celów procesu integracji określonych w postanowieniach traktatów europejskich. W praktyce więc TSUE odwołuje się zarówno do litery, jak i „ducha” tych traktatów. W konsekwencji wykładnia taka pozwala Trybunałowi na nadanie jednego, można powiedzieć „unijnego” znaczenia pojęciom występującym zarówno w aktach pierwotnego, jak i wtórnego prawa Unii Europejskiej. Wykładnia taka ma zapewnić jednolite stosowanie tego prawa we wszystkich państwach członkowskich, zgodnie z zasadą jego autonomii. W związku z tym podkreśla się powszechnie wagę i znaczenie działalności orzeczniczej Trybunału w procesie usuwania barier w obrocie gospodarczym w obrębie rynku wewnętrznego oraz w praktyce realizacji rynkowych swobód gospodarczych. Ten pozytywny efekt działalności orzeczniczej Trybunału jest określany mianem „negatywnej harmonizacji” lub „negatywnej integracji” [Zawidzka-Łojek 2013, s. 8]. Określenia te charakteryzują szczególną rolę Trybunału w procesie eliminowania różnych regulacji krajowych, których stosowanie w praktyce może oznaczać ograniczenia w realizacji swobód gospodarczych rynku wewnętrznego. Należy podkreślić w tym kontekście, że w orzecznictwie Trybunału widoczna jest tendencja oznaczająca z jednej strony rozszerzającą interpretację zakazów ustanowionych w traktatach oraz zawężającą interpretację wyjątków od tych zakazów – z drugiej.

Na tle takiej konstatacji należy zaprezentować problematykę możliwości i przesłanek ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych

orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W związku z przyjęciem przez traktat lizboński w art. 19 TUE nowego nazewnictwa odnośnie do tej najważniejszej instytucji sądowej Unii Europejskiej, przedmiotem rozważań będą orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości (wcześniej Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości).

W świetle postanowień art. 26 ust. 2 TFUE, które znajdujemy w części trzeciej (*Polityki i działania wewnętrzne Unii Europejskiej*), w tytule I (*Rynek wewnętrzny*) tego traktatu, swoboda przedsiębiorczości, aczkolwiek niewymieniona *expressis verbis*, razem z innymi swobodami gospodarczymi składa się na pojęcie rynku wewnętrznego jako obszaru bez granic wewnętrznych. Ustanowienie i funkcjonowanie tak określonego rynku wewnętrznego jest jednym z najważniejszych celów Unii, określonym w art. 3 ust. 3 TUE. Rynek ten został wyodrębniony ze wspólnego rynku, utworzonego między państwami członkowskimi Wspólnot Europejskich. Kluczowe znaczenie dla sprawnego funkcjonowania wspólnego rynku miały swobody gospodarcze oraz wspólna polityka określona przez traktaty założycielskie [Wróbel 2005, s. II-6]. Wraz z wejściem w życie w 1987 r. Jednolitego Aktu Europejskiego i w konsekwencji przyjęcia przez Komisję Europejską w 1985 r. białej księgi o utworzeniu rynku wewnętrznego, co oznaczało realizację idei pogłębienia procesu integracji gospodarczej, dotychczasowy wspólny rynek został przekształcony w rynek wewnętrzny [Muszyński, Harasimiuk i Kozak 2012, s. 251]. W istocie rzeczy oznaczało to wyodrębnienie ze wspólnego rynku jego zasadniczej części składowej, a więc swobód gospodarczych, i określenie takiego rynku mianem rynku wewnętrznego. Pojęcie rynku wewnętrznego jest jedynym uprawnionym pojęciem w kontekście postanowień traktatu lizbońskiego, a zwłaszcza postanowień tytułu I i IV w ramach części trzeciej TFUE [Zawidzka-Łojek 2013, s. 1].

W literaturze podkreśla się, że rozgraniczenie pomiędzy wspólnym rynkiem i rynkiem wewnętrznym nie jest jednoznaczne i budzi oczywiste spory. Dla niektórych wspólny rynek był tylko etapem przejściowym w procesie tworzenia rynku wewnętrznego UE. Inni wskazują na wyraźnie szerszy zakres przedmiotowy wspólnego rynku wzbogaconego w stosunku do rynku wewnętrznego o wspólną politykę. Jeszcze inni podkreślają, że nie ma istotnej różnicy zarówno jakościowej, jak i ilościowej pomiędzy wspólnym rynkiem a rynkiem wewnętrznym [Wróbel 2005, s. II-8].

Określając pojęcie i istotę rynku wewnętrznego, należy pamiętać o tym, że w rozumieniu postanowień art. 4 ust. 2 TFUE rynek wewnętrzny należy do kompetencji dzielonych pomiędzy Unię i jej państwa członkowskie. Kompetencje dzielone, wprowadzone przez traktat nicejski, a określane

wcześniej w doktrynie jako konkurencyjne, definiuje art. 2 ust. 2 TFUE [Wyrozumski 2004, s. 336]. Należy je rozumieć w następujący sposób. Jeżeli traktaty przyznają Unii w określonej dziedzinie kompetencje dzielone z państwami członkowskimi, to zarówno Unia, jak i państwa mogą stanowić prawo i przyjmować akty prawnie wiążące w tej dziedzinie. W takich sytuacjach pierwszeństwo działania jest zastrzeżone dla Unii Europejskiej. Wtedy dopiero, gdy Unia nie wykonuje swojej kompetencji, realizują ją państwa członkowskie i to tylko w takim zakresie, w jakim nie wykonała jej Unia. Zgodnie bowiem z postanowieniami Protokołu nr 25 w sprawie wykonywania kompetencji dzielonych, jeżeli Unia prowadzi działania w określonej dziedzinie, zakres wykonywania przez nią kompetencji dzielonych obejmuje wyłącznie elementy regulowane przedmiotowym aktem Unii, a więc nie obejmuje całej dziedziny. Tak określone i rozumiane pierwszeństwo działania Unii Europejskiej przestaje obowiązywać w sytuacji, w której postanowi ona zaprzestać wykonywania swojej kompetencji, a to powoduje, że państwa członkowskie ponownie realizują swoje kompetencje w tym zakresie. Stąd rodzaju wyróżnik tej kategorii kompetencji, a więc utrata kompetencji państw na skutek wykonania kompetencji przez Unię Europejską, jest zwykle określany w literaturze jako skutek prekluzyjny lub efekt zajętego pola (*pre-emption*) [Saganek 2010, s. I-77]. Kompetencje, przy których taki efekt zajętego pola nie występuje, były dotychczas określane w literaturze jako kompetencje równoległe, ale w postanowieniach traktatu lizbońskiego takie kompetencje nie występują. Katalog dziedzin współpracy objętych kompetencjami dzielonymi określa art. 4 TFUE.

W literaturze spotyka się nie tylko różne klasyfikacje swobód gospodarczych rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, ale nawet różne nazwy przyjmowane dla określenia poszczególnych swobód. Swoboda przedsiębiorczości, która będzie przedmiotem rozważań w niniejszym tekście, jest określana równoległe mianem swobody prowadzenia działalności gospodarczej [Galster 2010, s. 502]. W literaturze polskiej znajdujemy jeszcze inne pojęcia na określenie tej swobody, np. wolność przedsiębiorczości, swoboda zakładania przedsiębiorstw, swoboda zakładania i prowadzenia przedsiębiorstw [Gawrysiak-Zabłocka 2013, s. 192]. W istocie rzeczy jest ona częścią składową swobody przepływu osób, którą zwykle rozpatruje się w dwóch aspektach, a więc jako swobodę przepływu pracowników i jako swobodę przedsiębiorczości.

Szczegółowe regulacje określające swobodę przedsiębiorczości zostały sformułowane w tytule IV (*Swobodny przepływ osób, usług i kapitału*), w art. 49–55. Dla realizacji tej swobody gospodarczej w praktyce istotne

znaczenie mają również akty prawa wtórnego, ustanawiane albo na podstawie przepisów kompetencyjnych, które znajdujemy w rozdziale 2 (*Prawo o przedsiębiorczości*) wspomnianego wyżej tytułu IV, albo na podstawie przepisów stanowiących bardziej ogólne delegacje, jak np. art. 114 ust. 1 i art. 115 TFUE. Problematykę tę regulują również w określonym zakresie umowy międzynarodowe, np. układy stowarzyszeniowe.

1. Swoboda przedsiębiorczości – pojęcie i istota

Wskazane wyżej regulacje prawne nie formułują legalnej definicji pojęcia przedsiębiorczości. Można jednak przyjąć, że gwarantowana przez TFUE obywatelom państw członkowskich, a więc zarazem obywatelom Unii Europejskiej, swoboda przedsiębiorczości oznacza dla nich uprawnienie do podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej na własny rachunek w państwach członkowskich Unii innych niż ich państwo pochodzenia na takich samych warunkach, jakie te państwa przewidują dla własnych obywateli [Szwarc-Kuczer 2012, s. 855]. Podstawowy w tym zakresie i najczęściej powoływany przepis art. 49 TFUE (dawny art. 43 TWE) stanowi, że ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego państwa członkowskiego na terytorium innego państwa członkowskiego są zakazane, a zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego państwa członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego państwa członkowskiego. Uzupełnia on dalej, że z zastrzeżeniem postanowień rozdziału dotyczącego kapitału, swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie przedsiębiorstw, a zwłaszcza spółek w rozumieniu artykułu 54 akapit drugi, i zarządzanie nimi na warunkach określonych przez ustawodawstwo państwa przyjmującego dla własnych obywateli.

Postanowienia art. 49 TFUE określające swobodę przedsiębiorczości są adresowane do państw członkowskich i ich organów. Nakładają na państwa obowiązki w zakresie zapewnienia swobody przedsiębiorczości obywatelom innych państw członkowskich, oznaczające konieczność umożliwienia im podejmowania i prowadzenia takiej działalności na tych samych warunkach co własnym obywatelom, jak również konieczność likwidowania wszelkich ograniczeń odnośnie do takiej działalności. Oznacza to bezpośredni skutek wertykalny tych przepisów, a więc art. 49 jest bezpośrednio skuteczny w relacjach pomiędzy jednostką a państwem członkowskim ze wszystkimi

konsekwencjami wynikającymi z zasady bezpośredniej skuteczności prawa Unii Europejskiej.

Traktatowe sformułowanie treści art. 49 TFUE uprawnia bez wątpienia do szerokiego pojmowania pojęcia przedsiębiorczości, co znajduje potwierdzenie w reprezentatywnym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS). W najczęściej powoływanej sprawie C-213/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame (No 2), Trybunał przyjął, że chodzi o samodzielne i rzeczywiste wykonywanie działalności gospodarczej za pomocą trwałego urządzenia w innym państwie członkowskim na czas nieokreślony [ECR 1991a]. Komentarze do tego orzeczenia eksponują trzy zasadnicze elementy pojęcia swobody przedsiębiorczości, a więc: samodzielność działalności gospodarczej o charakterze zarobkowym, transgraniczny charakter tej działalności oraz wymóg jej stałości.

Pojęcie samodzielnej działalności zarobkowej jest interpretowane dosyć szeroko i, jak podkreślił ETS w sprawie C-55/94 Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, obejmuje prowadzenie działalności każdego rodzaju, ustanawianie i prowadzenie przedsiębiorstw, jak również tworzenie agencji, filii przedsiębiorstw lub spółek córek na terytorium innego państwa członkowskiego [ECR 1995; Barcz 2005, s. II-95]. W świetle powołanych wyżej regulacji traktatowych oraz orzecznictwa, w ramach tak pojmowanej swobody przedsiębiorczości należy rozróżniać pierwotne i wtórne prowadzenie działalności gospodarczej, co jest niekiedy określane jako pierwotna i wtórna swoboda przedsiębiorczości. W przypadku pierwotnej swobody przedsiębiorczości (akapit 1 zdanie 1 art. 49 TFUE) konkretny podmiot podejmuje nową działalność w innym państwie członkowskim i rezygnuje z takiej działalności w państwie pochodzenia (np. sprawa C-9/02 Hughes Lasteyrie du Saillant v. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, [ECR 2004a]). Natomiast w przypadku wtórnej swobody przedsiębiorczości (akapit 1 zd. 2 art. 49 TFUE) istnieje możliwość przeniesienia do innego państwa członkowskiego i założenia tam na nowo części przedsiębiorstwa bez konieczności zaprzestania przy tym działalności podstawowej, co oznacza w praktyce możliwość podjęcia działalności przez przedsiębiorstwo działające w jednym państwie członkowskim również na terytorium innego państwa członkowskiego [Gawrysiak-Zabłocka 2010, s. XVI-4].

Kolejnym elementem pojęcia swobody przedsiębiorczości w świetle powołanego wyżej orzeczenia w sprawie Factorame jest element obcy określany jako element transgraniczny, który jest niezbędny dla korzystania z tej swobody na terytorium Unii. Wynika on również wprost ze wskazanych

wyżej postanowień art. 49 TFUE, które stanowią, że swoboda przedsiębiorczości obejmuje działalność gospodarczą wykonywaną na terytorium innego państwa członkowskiego. Taka konstrukcja ma zapewnić swobodę wyboru miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium każdego państwa członkowskiego. W literaturze podkreśla się w związku z tym możliwość zaistnienia tzw. „dyskryminacji odwrotnej”, czyli dyskryminacji na tym tle własnych obywateli i przedsiębiorstw. Trybunał wypracował w związku z tym możliwość powoływania się na swobodę przedsiębiorczości wobec własnego państwa. W najbardziej reprezentatywnym w zakresie tej problematyki orzeczeniu w sprawie 115/78 *Knoors v. Secretary of State for Economic Affairs* Trybunał potwierdził możliwość odwoływania się obywatela zamierzającego skorzystać z gwarancji swobody przedsiębiorczości wobec własnego państwa, a więc z gwarancji przewidzianych w postanowieniach dawnego art. 43 TWE (art. 49 TFUE) wtedy, kiedy w danej sprawie występuje element obcy, a więc wspólnotowy [ECR 1979].

Istotnym elementem pojęcia swobody przedsiębiorczości, wskazanym przez Trybunał w powołanym już wyżej wyroku w sprawie *Factorame*, jest stałość działalności gospodarczej. Kryterium stałości takiej działalności jest zwykle podnoszone jako cecha pozwalająca odróżnić swobodę przedsiębiorczości od swobody świadczenia usług, uregulowanej w postanowieniach art. 56 i n. TFUE [Barcz 2005, s. II-97]. Swoboda przedsiębiorczości i swoboda świadczenia usług wykluczają się wzajemnie, a więc ich reżimy prawne nie mogą być jednocześnie zastosowane [Gawrysiak-Zabłocka 2013, s. 203]. W fundamentalnym w tym zakresie, powołanym już wyżej orzeczeniu w sprawie C-55/94 *Gebhard*, Europejski Trybunał Sprawiedliwości skonkretyzował wymóg „stałości” w stwierdzeniu, że obywatel państwa członkowskiego, który w sposób stały i ciągły prowadzi w innym państwie członkowskim działalność zawodową, podlega postanowieniom Traktatu o swobodzie przedsiębiorczości. Trybunał podkreślił, że pojęcie wykonywania działalności gospodarczej jest ujmowane w postanowieniach TWE szeroko, w sposób umożliwiający podmiotom gospodarczym udział w życiu gospodarczym państwa członkowskiego, innego niż państwo pochodzenia, jak również uzyskiwanie tam dochodów z tego tytułu. Taka więc personalna przyczynia się do wzmocnienia powiązań gospodarczych i społecznych w ramach Wspólnoty w zakresie działalności podejmowanej i prowadzonej na własny rachunek [ECR 1995].

W rozumieniu art. 49 TFUE beneficjentami tak rozumianej swobody przedsiębiorczości są przede wszystkim osoby fizyczne – obywatele innego państwa członkowskiego. Warunki uzyskiwania obywatelstwa państwowego

określa prawo każdego państwa, przy uwzględnieniu standardów formułowanych w tym zakresie przez prawo międzynarodowe. Potwierdza to wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie C-369/90 Micheletti (Mario Vincente) and Others v. Delegacion del Gobierno en Cantabria [ECR 1992]. Miejsce stałego zamieszkania osoby fizycznej – obywatela UE – nie ma w tym kontekście znaczenia, gdy chodzi o podejmowanie pierwotnej działalności gospodarczej. Natomiast podejmowanie wtórnej działalności gospodarczej jest możliwe wtedy, gdy osoba fizyczna – obywatel UE – ma nie tylko obywatelstwo, ale i miejsce stałego zamieszkania w jednym z państw członkowskich. Beneficjentami swobody przedsiębiorczości są także przedsiębiorstwa, a zwłaszcza spółki. W świetle postanowień art. 54 akapit 2 TFUE przez spółki rozumie się spółki prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem tych, których działalność nie jest nastawiona na osiągnięcie zysku. W praktyce pojęcie spółki jest interpretowane dosyć szeroko, co pozwala na gruncie polskim zaliczyć do tej kategorii podmiotów nie tylko wszystkie spółki handlowe, ale również spółdzielnie, stowarzyszenia i fundacje, jeżeli prowadzą one działalność w celu osiągnięcia zysku. Dla realizacji przez takie podmioty działalności w zakresie swobody przedsiębiorczości muszą być spełnione łącznie dwa warunki: muszą być one założone zgodnie z ustawodawstwem państwa członkowskiego i muszą mieć swoją statutową siedzibę, zarząd lub główne przedsiębiorstwo w obrębie Unii.

2. Ograniczenia swobody przedsiębiorczości

Postanowienia TUE zakazują wszelkich ograniczeń swobody przedsiębiorczości, także takich, które mają ograniczony zakres i małe znaczenie. Jak podkreśla A. Gawrysiak-Zabłocka [2012, s. XVI-26], nie ma tu zastosowania znana z innych dziedzin prawa zasada *de mini mis non curat pretor*. Dokończy ona też klasyfikacji potencjalnie możliwych ograniczeń swobody przedsiębiorczości, opierając się na dwóch różnych kryteriach. Po pierwsze – jest to podział ze względu na kryterium charakteru regulacji powodującej ograniczenia, co pozwala wyróżnić ograniczenia dyskryminujące i ograniczenia niedyskryminujące. Po drugie – jest to podział takich ograniczeń ze względu na kryterium źródła ich pochodzenia, co z kolei pozwala wyróżnić ograniczenia pochodzące od państwa i ograniczenia pochodzące od podmiotów innych niż państwa.

Ograniczenia dyskryminujące są związane z zakazem zarówno bezpośredniej, jak i pośredniej dyskryminacji. Z postanowień art. 49 TFUE wynika zasada traktowania narodowego, która wyklucza każdą formę dyskryminacji i oznacza, że podmioty gospodarcze pochodzące z innych państw członkowskich Unii muszą być traktowane nie gorzej niż podmioty krajowe. O dyskryminacji bezpośredniej mówimy wtedy, gdy określona regulacja prawna nakazuje odmienne traktowanie podmiotów gospodarczych różniących się przynależnością państwową, czyli obywatelstwem (osoba fizyczna – obywatel państwa członkowskiego i zarazem obywatel Unii) lub siedzibą (spółka). Natomiast o dyskryminacji pośredniej mówimy wtedy, gdy regulacja prawna jest skierowana do wszystkich adresatów – podmiotów gospodarczych – i nie różnicuje ich formalnie ze względu na przynależność państwową, chociaż w wymiarze faktycznym prowadzi do takich następstw, jak klasyczna dyskryminacja wynikająca z państwowej przynależności.

Takie rozróżnienie pomiędzy dyskryminacją bezpośrednią i dyskryminacją pośrednią ma duże znaczenie z punktu widzenia określenia ewentualnych wyjątków, które mogą usprawiedliwiać dyskryminację, o czym będzie mowa niżej. Dyskryminacja bezpośrednia może więc być usprawiedliwiona wyłącznie na podstawie konkretnego wyjątku, spośród wskazanych *explicit*e w postanowieniach TFUE (art. 51 i 52). Natomiast dyskryminacja pośrednia, podobnie jak środki o charakterze niedyskryminującym, może być usprawiedliwiona na podstawie konkretnego wyjątku, spośród wskazanych *explicit*e w postanowieniach TFUE, ale również ze względu na interes publiczny [Szwarc-Kuczer 2012, s. 855].

Każda sytuacja ograniczenia swobody przedsiębiorczości oznacza, że ciężar przeprowadzenia dowodu legalności takiego ograniczenia spoczywa po stronie podmiotu ograniczającego, czyli zwykle państwa członkowskiego. Uzasadnienie takiego ograniczenia może być oparte zwłaszcza na odpowiednich regulacjach traktatowych, jak również na przesłankach określonych w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Poniżej wskazane zostaną odpowiednie regulacje traktatowe w tym zakresie oraz związane z ich interpretacją ważniejsze orzeczenia Trybunału.

Po pierwsze, traktatowe ograniczenia swobody przedsiębiorczości są związane z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej. Z treści art. 51 TFUE (dawny art. 45 ust. 1 TWE) wynika jednoznacznie, że postanowienia rozdziału 2 (Prawo przedsiębiorczości) nie mają zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej. W związku z tym Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą,

mogą wyłączyć niektóre rodzaje działalności ze stosowania postanowień tego rozdziału. Pojęcie władzy publicznej nie zostało określone w traktatach, a jego rozumienie jest oparte przede wszystkim na orzeczeniu w sprawie C-2/74 *Reyners (Jean) v. Belgium State* [ECR 1974]. Przygotowując tę sprawę, rzecznik generalny K. Mauras podkreślił, że władza publiczna wyłania się z suwerenności i majestatu państwa, a temu, kto ją wykonuje, daje możliwości sięgania do uprawnień specjalnych i przywilejów związanych ze stosowaniem takiej władzy, jak również stosowania środków przymusu wobec obywateli [Barcz 2005, s. II-115]. Trybunał przyjął, że wyjątek ten (dawny art. 45 ust. 1 TWE) należy interpretować restryktywnie. Pomimo że o zakresie pojęcia władzy publicznej decydują państwa, jednocześnie granice tych działań wyznacza prawo wspólnotowe, w związku z tym działania państw na podstawie tego przepisu nie mogą prowadzić do osłabienia efektywności TWE. Ten restrykcyjny charakter interpretacji wyjątku związanego z wykonywaniem prerogatyw władzy publicznej został później powiązany przez Trybunał z wymogiem respektowania zasady proporcjonalności. W wyroku w sprawie 147/86 *Komisja v. Greece* Trybunał, powołując art. 45 ust. 1 TWE jako uzasadnienie wyjątku od zasady swobody przedsiębiorczości, podkreślił, że państwa członkowskie, ustalając treść i zakres pojęcia wykonywania władzy publicznej, muszą się ograniczyć wyłącznie do tego, co jest niezbędne i konieczne dla ochrony interesów państwa [ECR 1988].

Po drugie, traktatowe ograniczenia swobody przedsiębiorczości są przewidziane względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego. Z treści art. 52 TFUE (dawny art. 46 ust. 1 TWE) wynika jednoznacznie, że postanowienia rozdziału 2 oraz środki podjęte na ich podstawie nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. W związku z tym Parlament Europejski i Rada, stanowiąc zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą, uchwalają dyrektywy w celu koordynacji powyższych postanowień.

Taka dyrektywa została uchwalona w 1964 roku jako dyrektywa w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego [Dyrektywa Rady 64/221/EWG]. Została ona zastąpiona nową Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/38/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich. Dyrektywa ta konkretyzuje

i ujednolici zakres możliwości odwoływania się przez państwa do klauzuli porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, wzmacniając jej restryktywną interpretację [Kaczorowska 2013, s. 747]. Z jej postanowień wynika, że podstawę do podjęcia i zastosowania środków mających na celu ochronę porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego może stanowić jedynie osobiste zachowanie podmiotu oraz to, że zachowanie takie będzie stanowić rzeczywiste, bezpośrednie i wystarczająco poważne zagrożenie dla podstawowego interesu publicznego. Nieuprawnione będzie więc na przykład uzasadnienie podyktowane względami prewencji generalnej.

Postanowienia te mają istotne znaczenie również dlatego, że w regulacjach traktatowych nie znajdujemy definicji takich pojęć, jak porządek publiczny czy bezpieczeństwo publiczne. Do tych pojęć odwoływał się w swoich wyrokach Trybunał Sprawiedliwości. Stał on na stanowisku, że pojęcia te pozostają pojęciami prawa UE, ale swobodę przy określaniu, co wchodzi w zakres porządku publicznego czy bezpieczeństwa publicznego, mają same państwa (sprawy: 115/81 i 116/81, *Andoui (Rezugia) v. Belgia i Cornuaille (Dominique) v. Belgian State* [ECR 1982]). Trybunał podkreślał też, że pojęcie bezpieczeństwa publicznego jest dosyć pojemne, jako że obejmuje zarówno bezpieczeństwo wewnętrzne, jak i zewnętrzne państwa (sprawa 367/89 *Richardt (Aime) (Criminal Proceedings Against Aime Richardt)*, [ECR 1991b]). W orzeczeniach Trybunału znajdujemy wiele odniesień do postanowień wymienionej wyżej dyrektywy w zakresie przesłanek powoływania się przez państwo na klauzulę porządku publicznego. Jeżeli w postanowieniach tej dyrektywy znajdujemy odwołanie do takich zachowań, które mogą stanowić poważne zagrożenie dla porządku i bezpieczeństwa publicznego, to do takiego samego zagrożenia nawiązują orzeczenia Trybunału. Jako przykład można w tym miejscu powołać wyrok w sprawie 30/77 *Regina v. Pierre Bouchereau* [ECR 1977]. W cytowanych już wyżej połączonych sprawach 115/81 i 116/81 Trybunał stwierdził jednak, że interesy o charakterze czysto ekonomicznym nie uzasadniają powołania się przez państwo na klauzulę porządku publicznego. Charakteryzując zagrożenie dla podstawowego interesu publicznego, dyrektywa wymaga, aby było ono rzeczywiste, bezpośrednie i wystarczająco poważne. W podobny sposób określał to zagrożenie Trybunał, a przykładem jego stanowiska w tym zakresie jest wyrok w sprawie 114/97 *Commission v. Spain* [ECR 1998]. Zauważalna jest przy tym analogia pomiędzy stanowiskiem Trybunału a postanowieniami art. 27 ust. 2 dyrektywy 2004/38/WE odnośnie do sposobu pojmowania kwalifikowanego charakteru zagrożenia. Należy jeszcze pamiętać o kolejnej

analogii w tym zakresie, odnoszącej się do wymogu proporcjonalności, wynikającego z postanowień art. 27 ust. 2 tej dyrektywy. Środek zastosowany w kontekście zagrożenia porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego musi być konieczny do osiągnięcia celu, jakim jest zapewnienie takiego porządku i bezpieczeństwa i tylko wtedy, kiedy cel ten nie może zostać osiągnięty innymi środkami, które byłyby środkami mniej restrykcyjnymi. Klasyfikującym orzeczeniem Trybunału Sprawiedliwości, które w taki sam sposób interpretuje wymóg proporcjonalności, jest orzeczenie w sprawie C-36/02 *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs – GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn* [ECR 2004b].

Artykuł 52 TFUE odwołuje się również do względów ochrony zdrowia publicznego jako przesłanki umożliwiającej traktatowe ograniczenie swobody przedsiębiorczości. Podobnie jak w przypadku wskazanych wyżej dwóch pierwszych przesłanek, a więc porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego, ani prawo pierwotne, ani prawo wtórne nie definiują pojęcia zdrowia publicznego. Natomiast art. 29 dyrektywy 2004/38/WE (Zdrowie publiczne) określa, że chorobami, które uzasadniają wprowadzenie środków ograniczających swobodę przemieszczania się (także swobodę przedsiębiorczości), są potencjalne choroby epidemiczne określone w regulacjach WHO, jak również inne choroby zakaźne, jeżeli są przedmiotem przepisów ochronnych stosowanych wobec obywateli przyjmującego państwa członkowskiego. Ochrona zdrowia publicznego może w praktyce powodować ogólny zakaz prowadzenia działalności gospodarczej określonego rodzaju lub zakaz adresowany do konkretnej kategorii podmiotów zamierzających podjąć bądź prowadzących działalność gospodarczą. Autorzy prezentujący interpretację szczegółowych postanowień dyrektywy 2004/38/WE, również w kontekście orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, zwracają uwagę na warunki ograniczania swobody przedsiębiorczości z uwagi na względy zdrowia publicznego podobne do tych, które zostały wskazane wyżej w kontekście porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego. Podkreślają, że zagrożenie zdrowia publicznego musi godzić w podstawowy interes publiczny dalej, aby było ono rzeczywiste, bezpośrednie i poważne z punktu widzenia podstawowego interesu publicznego, a ponadto aby zastosowany środek spełniał wymogi proporcjonalności [Gawrysiak-Zablocka 2010, s. XVI-38].

Po trzecie, poza wskazanymi wyżej traktatowymi ograniczeniami swobody przedsiębiorczości, powoływanymi często w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości, dodatkowym uzasadnieniem takich ograniczeń mogą być wymogi konieczne z punktu widzenia interesu ogólnego, określane inaczej jako nadrzędne (bezwzględne) wymogi interesu publicznego. Są to

ograniczenia, których nie formułuje ani pierwotne, ani wtórne prawo Unii Europejskiej. Znajdujemy je natomiast w reprezentatywnym orzecznictwie Trybunału. Autorzy komentujący to orzecznictwo wychodzą tradycyjnie od omówienia powołanego wyżej wyroku w sprawie C-55/94 Gebhard [ECR 1995]. Na podstawie tego wyroku formułuje się zwykle tezę, że uregulowania krajowe, które mogą utrudniać korzystanie ze swobody przedsiębiorczości, muszą spełniać następujące warunki:

- muszą być stosowane w sposób niedyskryminujący;
- muszą być uzasadnione bezwzględnymi wymogami dobra ogólnego (interesu publicznego);
- muszą zapewnić osiągnięcie celu, do którego realizacji służą;
- nie mogą wykroczać poza to, co jest niezbędne do realizacji zamierzonego celu (zasada proporcjonalności) [Gawrysiak-Zabłocka 2013, s. 218; Muszyński, Harasimiuk i Kozak 2012, s. 283].

W swojej praktyce orzeczniczej Trybunał Sprawiedliwości powoływał najczęściej następujące wymogi konieczne:

- ochronę konsumentów (sprawa C-442/02 Caixa Bank France v. Minister de l'Economie, des Finances et de l'Industrie) [ECR 2004c];
- zachowanie spójności systemu podatkowego i zapewnienie zrównoważonego rozdziału kompetencji podatkowych (sprawa C-250/95 Furura Participatioons SA and Singer v. Administration des Contributions) [ECR 1997];
- ochronę własności przemysłowej (sprawa C-255/97 Pfeiffer Grosshandel GmbH v. Lowawarenhandel GmbH) [ECR 1999b];
- ochronę interesów wierzycieli, wspólników mniejszościowych i pracowników (sprawa C-167/01 Kramer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd) [ECR 2003];
- bezpieczeństwo w ruchu drogowym (sprawa C-55/93 Criminal Proceedings against Johannes Geritt Cornelis van Scheik) [ECR 1994].

Ponadto Trybunał Sprawiedliwości nawiązywał w swoich orzeczeniach do innych jeszcze sytuacji, w których podejmowane były przez państwa środki i działania oznaczające ograniczenie swobody przedsiębiorczości, przy czym były to działania oparte na jeszcze bardziej zróżnicowanych przesłankach pozatraktatowych, np. na obejściu prawa. Jednym z ciekawszych wyroków w tym kontekście był wyrok w sprawie C 212/97 Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen. W wyroku tym Trybunał stwierdził co prawda, że TWE zabrania państwom członkowskim odmowy rejestracji spółki, która została założona zgodnie z ustawodawstwem innego państwa członkowskiego, nawet jeżeli nie prowadzi ona w tym państwie żadnej działalności, ale uznał

zarazem, że władze danego państwa mogą przyjąć dowolny środek zapobiegający oszustwom przez wspólników, którzy w rzeczywistości zamierzają – poprzez założenie spółki – uniknąć wywiązania się ze zobowiązań wobec wierzycieli prywatnych lub publicznych mających siedzibę na terytorium tego państwa członkowskiego [ECR 1999a].

W jeszcze innych orzeczeniach Trybunał wypowiadał się w sprawie ograniczenia swobody przedsiębiorczości, rozstrzygając wątpliwość, czy konkretna regulacja prawa krajowego bądź działanie organów państwa mogą być oceniane pod kątem ograniczenia swobody przedsiębiorczości, czy wręcz pod kątem jej negacji. W wyroku w sprawie C-208/00 *Uberseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement* Trybunał zakwestionował odmowę uznania zdolności sądowej spółki założonej w sposób właściwy w innym państwie członkowskim i mającej w nim swoją statutową siedzibę i uznał ją za działanie równoznaczne z negacją zasady swobody przedsiębiorczości [ECR 2002].

Zakończenie

Problematyka swobody przedsiębiorczości dobrze obrazuje problematykę swobód gospodarczych rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. Dotyczy to zwłaszcza swobody przepływu osób, której jest integralną częścią. Swoboda przedsiębiorczości, podobnie jak pozostałe swobody gospodarcze UE, ma swoje podstawy traktatowe w prawie pierwotnym Unii Europejskiej, a zwłaszcza w postanowieniach rozdziału 2, w tytule IV TFUE (art. 49 i n.). Dopełnieniem tych regulacji traktatowych są regulacje prawa wtórnego UE, które zgodnie z postanowieniami art. 51 i 52 TFUE są uchwalane przez Parlament Europejski i Radę w drodze zwykłej procedury ustawodawczej w formie dyrektyw.

Dla sposobu rozumienia i stosowania w praktyce tych regulacji normatywnych niebagatelne znaczenie ma orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Bogate orzecznictwo Trybunału w sprawach swobody przedsiębiorczości wynika w dużej mierze stąd, że traktatowe sformułowanie treści art. 49 TFUE uprawnia do szerokiego pojmowania pojęcia przedsiębiorczości, a trzy zasadnicze elementy pojęcia swobody przedsiębiorczości, a więc samodzielność działalności gospodarczej o charakterze zarobkowym, transgraniczny charakter tej działalności oraz warunek jej stałości, wymagają w praktyce sądowej interpretacji. W orzecznictwie Trybunału dosyć widoczna jest tendencja oznaczająca zarówno rozszerzającą interpretację

zakazów ustanowionych w traktatach, jak i zawężającą interpretację wyjątków od tych zakazów.

Szczególnie reprezentatywne i wartościowe jest orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości odnoszące się do problematyki ograniczania swobody przedsiębiorczości na podstawie wcześniejszych „przedlizbońskich” postanowień art. 45 i 46 TWE. Postanowienia te, powtórzone w art. 51 i 52 TFUE, określają niejako klasyczne, traktatowe ograniczenia swobody przedsiębiorczości. W orzecznictwie Trybunału widoczna jest tendencja oznaczająca restryktywną interpretację przesłanek umożliwiających ograniczanie swobody przedsiębiorczości. Jest to zrozumiałe, zwłaszcza w kontekście konieczności zapewnienia realizacji swobód gospodarczych rynku wewnętrznego, jak również efektywności prawa Unii Europejskiej w ogóle. W sposób jeszcze bardziej zasadniczy Trybunał podchodzi do możliwości ograniczania swobody przedsiębiorczości z powodu tzw. wymogów koniecznych, których nie znajdujemy ani w traktatach, ani w regulacjach prawa wtórnego.

Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości przyczyniło się bez wątpienia do znaczącego doprecyzowania samego pojęcia przedsiębiorczości, swobody przedsiębiorczości i jej elementów składowych oraz przesłanek i warunków oznaczających możliwości jej ograniczania.

Bibliografia

Literatura

- Barcz, J., (red.), 2005, *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa.
- Galster, J., (red.), 2010, *Podstawy prawa Unii Europejskiej z uwzględnieniem Traktatu z Lizbony*, TNOiK, Toruń.
- Gawrysiak-Zabłocka, A., 2010, *Prawo przedsiębiorczości i prawo spółek*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa.
- Gawrysiak-Zabłocka, A., 2013, *Swoboda przedsiębiorczości*, w: Zawidzka-Łojek, A., Grzeszczak, R., (red.), *Prawo materialne Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa.
- Kaczorowska, A., 2013, *European Union Law*, 3rd. ed., Routledge, London, New York.
- Muszyński, M., Harasimiuk, D.E., Kozak, M., 2012, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Oficyna Wydawnicza Uczelnia Łazarskiego, Warszawa.
- Szwarc-Kuczer, M., 2012, *Swoboda przedsiębiorczości*, w: Wróbel, A., (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa.

- Saganek, P., 2010, *Podział kompetencji pomiędzy Unię Europejską a państwa członkowskie*, w: Barcz, J., (red.), *Ustrój Unii Europejskiej*, t. 1, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa.
- Wróbel, A., 2005, *Pojęcie wspólnego rynku i rynku wewnętrznego*, w: Barcz, J., (red.), *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa.
- Wyrozumska, A., 2004, *Państwa członkowskie a Unia Europejska*, w: Barcz, J., (red.), *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa.
- Zawidzka-Łojek, A., 2013, *Zasady prawa materialnego Unii Europejskiej*, w: Zawidzka-Łojek, A., Grzeszczak, R., (red.), *Prawo materialne Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy EuroPrawo, Warszawa.

Akty prawne

- Dyrektywy Rady 64/221/EWG z dnia 25 lutego 1964 r. w sprawie koordynacji specjalnych środków dotyczących przemieszczania się i pobytu cudzoziemców, uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego, Dz.Urz. WE L 56 z 1964 roku.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/38/WE z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, Dz.Urz. UE 2004 L 158.
- Traktat o Unii Europejskiej z dnia 7 lutego 1992 r. (traktat z Maastricht), Dz.U. 2004, nr 90, poz. 864.
- Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (tzw. traktat amsterdamski) – podpisany 2 października 1997 r. (wszedł w życie 1 maja 1999 r.) – Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864/31.
- Traktat z Nicei zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (tzw. traktat nicejski) – przyjęty 11 grudnia 2000 r. i podpisany 26 lutego 2001 r., Dz.U. z 2004 r. nr 90, poz. 864/32;
- Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (tzw. traktat lizboński); Dz.U. 2009, nr 203, poz. 1569.
- Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2007 r. Dz.Urz. UE C115 z 9 maja 2008 r. s. 47.

Orzecznictwo

- ECR, 1974, Sprawa C-2/74 Reyners (Jean) v. Belgium State, s. I-631.
- ECR, 1977, Sprawa C-30/77 Regina v. Pierre Bouchereau, s. I-1999.
- ECR, 1979, Sprawa C-115/78 Knoors v. Secretary of State for Economic Affairs, s. I-399.

- ECR, 1982, Sprawa łączone C-115/81 i C-116/81, Andoui (Rezugia) v. Belgia i Cornuaille (Dominique) v. Belgian State, s. I-1665.
- ECR, 1988, Sprawa C-147/86 Komisja v. Greece, s. I-637.
- ECR, 1991a, Sprawa C-213/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame (No 2), s. I-3905.
- ECR, 1991b, Sprawa C-367/89 Richardt (Aime) (Criminal Proceedings Against Aime Richardt), s. I-462.
- ECR, 1992, Sprawa C-369/90 Micheletti (Mario Vincente) and Others v. Delegacion del Gobierno en Cantabria, s. I-4239.
- ECR, 1994, Sprawa C-55/93 Criminal Proceedings against Johannes Geritt Cornelis van Scheik), s. I-4837.
- ECR, 1995, Sprawa C-55/94 Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano, s. I-4165.
- ECR, 1997, Sprawa C-250/95 Furura Participatioons SA and Singer v. Administration des Contributions), s. I-2471.
- ECR, 1998, Sprawa C-114/97 Commission v. Spain, s. I-6717.
- ECR, 1999a, Sprawa C 212/97 Centros Ltd v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen, s. I-1459.
- ECR, 1999b, Sprawa C-255/97 Pfeiffer Grosshandel GmbH v. Lowawarenhandel GmbH, s. I-2835.
- ECR, 2002, Sprawa C-208/00 Uberseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement, s. I-632.
- ECR, 2003, Sprawa C-167/01 Kramer van Koophandel en Fabriken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd), s. I-10155.
- ECR, 2004a, Sprawa C-9/02 Hughes Lasteyrie du Saillant v. Ministerie de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, s. I-2409.
- ECR, 2004b, Sprawa C-36/02 Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs – GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, s. I-9609.
- ECR, 2004c, Sprawa C-442/02 Caixa Bank France v. Minister de l'Economie, des Finances et de l'Industrie), s. I-8961.