

ANALIZA PRAWNA DOTYCZĄCA DRUKU SEJMOWEGO NR 2137.

MOŻLIWOŚCI WPROWADZENIA OGRANICZEŃ PRAWNYCH W ZAKRESIE SWOBODNY PRZEPIYW TOWARÓW, OSÓB, USŁUG I KAPITAŁU ORAZ WOLNOŚCI I SWOBODY DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W OCHRONIE ZDROWIA, W KONTEKŚCIE PRZEDSTAWIONYCH PROPOZYCJI ZMIAN W SYSTEMIE PAŃSTWOWEGO RATOWNICTWA MEDYCZNEGO.

I. PRZEDMIOT ANALIZY PRAWNEJ.

Przedmiotem niniejszej Analizy prawnej [dalej jako: „**Analiza**”] jest ocena możliwości wprowadzenia ograniczeń prawnych w zakresie swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia, w kontekście przedstawionej zmiany w systemie Państwowego Ratownictwa Medycznego [dalej jako: „**PRM**”], polegających na upaństwowieniu systemu PRM, na zasadach określonych w projekcie ustawy o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym oraz niektórych innych ustaw¹ (obecnie jako Druk Sejmowy numer 2137) [dalej jako: „**projekt ustawy o PRM**”].

II. ZAŁOŻENIA ANALIZY.

Niniejsza Analiza prawna opiera się na założeniu, iż:

- (1) Ograniczenie możliwości wykonywania świadczeń zdrowotnych w systemie PRM przyjmie kształt określony w **projekcie ustawy o PRM**, zgodnie z którym **art. 32 w ust. 1 pkt 2** otrzymuje brzmienie: **„Jednostkami systemu są 2) zespoły ratownictwa medycznego, w tym lotnicze zespoły ratownictwa, wchodzące w skład podmiotu leczniczego będącego samodzielnym publicznym zakładem opieki zdrowotnej albo jednostką budżetową, albo spółką kapitałową, w której co najmniej 51% udziałów albo akcji należy do Skarbu. Państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, lub publicznej uczelni medycznej.”**
- (2) Na dzień sporządzenia niniejszej Analizy brak jest wyników kontroli Ministerstwa Zdrowia, Najwyższej Izby Kontroli, Wojewody, Narodowego Funduszu Zdrowia lub innych podmiotów uprawnionych do przeprowadzania kontroli udzielania świadczeń zdrowotnych w systemie PRM, a także analiz, badań lub innych opracowań, które wskazywałyby na to, że:
 - (i) udział podmiotów, nie będących podmiotami publicznymi, w systemie PRM prowadzi do sytuacji zagrożenia działania tego systemu, w jakimkolwiek aspekcie jego funkcjonowania;
 - (ii) działanie polegające na określeniu ustawowego wymogu, aby dysponent zespołu ratownictwa medycznego (podmiot leczniczy), był podmiotem publicznym, prowadziło do poprawienia działania systemu PRM, w jakimkolwiek aspekcie jego funkcjonowania.

III. PODSTAWOWE WNIOSKI ANALIZY PRAWNEJ.

- (1) W ramach uzasadnienia oraz Oceny Skutków Regulacji [dalej jako: „**OSR Druku Sejmowego numer 2137 nie przedstawiono realnych argumentów** (wyników kontroli Ministerstwa Zdrowia, Najwyższej Izby Kontroli, Wojewody, Narodowego Funduszu Zdrowia lub innych podmiotów uprawnionych do przeprowadzania kontroli udzielania świadczeń zdrowotnych w systemie PRM, a także analiz, badań lub innych opracowań), które zgodnie z **testem adekwatności i proporcjonalności**

biuro@kpgz.pl

ul. Sienkiewicza 85/87 lokal 12.08, 90 – 057 Łódź
tel.+48 728 957 068, fax +48 42 209 49 73

ul. Grzybowska 87, 00 – 844 Warszawa
tel.+48 22 379 63 10, fax +48 22 203 41 54

m.modro@kpgz.pl
+48 606 290 101

a.banaszewska@kpgz.pl
+48 606 360 295

uzasadniały proponowaną zmianę treści art. 32 ust.1 pkt 2 ustawy o PRM², tj. istotne ograniczenie swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału [art. 26 ust. 2 TFUE³] oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia [art. 20 Konstytucji RP⁴ oraz art. 49 w związku z art. 54 TFUE], poprzez upaństwowienie systemu PRM, bowiem:

- (i) brak jest dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu **projektu ustawy o PRM**, że „Zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli - niezależnie od faktu, czy są on ubezpieczeni, czy też nie - nie może być związane z ewentualnością braku zabezpieczenia świadczeń, jakie niesie ze sobą mechanizm zawierania umów z podmiotami prywatnymi.”, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do zagrożenia bezpieczeństwa obywateli, ze strony podmiotów prywatnych**⁵;
 - (ii) brak dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu **projektu ustawy o PRM**, że „Powierzenie realizacji zadań z zakresu ratownictwa medycznego podmiotom z większościowym udziałem kapitału publicznego sprawi, że można będzie uniknąć sytuacji, w której jakkolwiek podmiot leczniczy realizujący te świadczenia odmówi zawarcia umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia.”, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do takiej sytuacji ze strony podmiotu prywatnego**;
 - (iii) brak jest dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu **projektu ustawy o PRM**, że „Natomiast tzw. podmioty niepubliczne nie są związane żadnym zobowiązaniem do realizacji świadczeń finansowanych ze środków publicznych - oczywiście poza umową z Narodowym Funduszem Zdrowia - i w każdej chwili mogą zrezygnować z działalności na danym obszarze, bez uzyskiwania jakiegokolwiek zgody.”, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do zagrożenia bezpieczeństwa obywateli ze strony podmiotów prywatnych**.
- (2) W ramach uzasadnienia oraz Oceny Skutków Regulacji do **projektu ustawy o PRM** nie przedstawiono informacji, że projekt dotyczy prawa Unii Europejskiej i prowadzi do naruszenia swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału [art. 26 ust. 2 TFUE] oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia [art. 49 w związku z art. 54 TFUE].
- (3) Zmiana art. 32 ust.1 pkt 2 ustawy o PRM, zgodnie projektem ustawy o PRM, prowadzi do naruszenia swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału [art. 26 ust. 2 TFUE] oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia [art. 20 Konstytucji RP oraz art. 49 w związku z art. 54 TFUE].

IV. WNIOSKI ANALIZY PRAWNEJ.

- (1) Art. 8 ust. 1 Konstytucji RP jednoznacznie gwarantuje postanowieniom Konstytucji RP status „najwyższego prawa Rzeczypospolitej Polskiej”.
- (2) Z punktu widzenia przedmiotu objętego niniejszą Analizą najistotniejsze są konstytucyjne zasady prawne obejmujące: (i) **wolność i równość wobec prawa**, tj. oparcie stosunków między państwem a jednostką na konstytucyjnym systemie praw podstawowych, nakierowanym przede wszystkim na zapewnienie równości oraz wolności osobistych; (ii) **związanie ustawodawcy normami**

² Ustawa z dnia 8 Września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. Nr 191, poz. 1410 z późn zm.) tj. z dnia 8 listopada 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2195).

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) Dziennik Urzędowy C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

⁵ 1) http://www2.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/sprawozdanie_z_kontroli_lpr_25102012.pdf 2)

http://www.lodz.uw.gov.pl/data/inspectionsFiles/informacja_o_wynikach_kontroli_1.pdf 3) Wystąpienie Pokontrolne NIK LLO.410.001.11.2017.

konstytucyjnymi, a władzy wykonawczej i sądowniczej – ustawą, wszystkich zaś organów normami pozakrajowymi, których państwo zobowiązało się przestrzegać; **(iii) pewność prawną, rozumianą jako trwałość prawa i przewidywalność państwowych rozstrzygnięć (ochrona zaufania obywatela do państwa)**, a także **(iv) zakaz podejmowania działań przez państwo ponad potrzebę.**

- (3)** Ustawodawca wprowadził do zasad naczelnych *Konstytucji RP*, zasadę wyrażoną w **art. 9 Konstytucji RP**, zgodnie z którą „*Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego*”. Prawną konsekwencją **art. 9 Konstytucji RP** jest konstytucyjne założenie, iż na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, obok norm (przepisów) stanowionych przez krajowego legislatora, obowiązują uregulowania (przepisy) kreowane poza systemem krajowych (polskich) organów prawodawczych⁶. Trybunał Konstytucyjny orzekł w związku z badaniem zgodności traktatu akcesyjnego⁷ z *Konstytucją RP*, że **o ile prawo wspólnotowe może mieć pierwszeństwo przed ustawami prawa krajowego, o tyle nie oznacza to, że ma automatycznie pierwszeństwo także przed Konstytucją RP**⁸. „[...] zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego jest silnie eksponowana przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Taki stan rzeczy jest uzasadniany celami integracji europejskiej oraz potrzebami tworzenia wspólnej europejskiej przestrzeni prawnej. Zasada ta stanowi niewątpliwie wyraz dążeń do zagwarantowania jednolitego stosowania i egzekucji prawa europejskiego. [...]”⁹ „[...] **Poprzez włączenie do wspólnotowego porządku prawnego wynikających z Traktatu praw i obowiązków, dotychczas unormowanych w prawie krajowym, państwa członkowskie trwale ograniczyły swoje suwerenne prawa i w konsekwencji nie mogą ustanawiać regulacji sprzecznych z istotą Wspólnoty. Stosowanie prawa wynikającego z Traktatu nie może być wyłączone przez przepisy krajowe, gdyż naruszałoby to wspólnotowy charakter tego prawa i podważałoby podstawy prawne funkcjonowania Wspólnoty.**”¹⁰
- (4)** Kraje członkowskie UE mają bardzo dużą swobodę w kształtowaniu organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej. Działania UE są prowadzone w poszanowaniu obowiązków państw członkowskich w zakresie określania ich polityki dotyczącej zdrowia, jak również organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej [art. 168 ust. 7 *TFUE*]. Działanie UE, które uzupełnia polityki krajowe, nakierowane jest na poprawę zdrowia publicznego, zapobieganie chorobom i dolegliwościom ludzkim oraz usuwanie źródeł zagrożeń dla zdrowia fizycznego i psychicznego. Działanie to obejmuje zwalczanie epidemii, poprzez wspieranie badań nad ich przyczynami, sposobami ich rozprzestrzeniania się oraz zapobiegania im, jak również informacji i edukacji zdrowotnej, a także monitorowanie poważnych transgranicznych zagrożeń dla zdrowia, wczesne ostrzeżenie w przypadku takich zagrożeń oraz ich zwalczanie. UE uzupełnia działania Państw Członkowskich w celu zmniejszenia szkodliwych dla zdrowia skutków narkomanii, włącznie z informacją i profilaktyką [art. 168 ust. 1 *TFUE*]. Oznacza to, że UE podejmuje w zakresie kształtowania organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej, działania polegające wyłączenie na **(i)**

⁶ B. Banaszak „*Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Wydanie 2.*” Warszawa 2012.

⁷ Traktat ateński – traktat podpisany 16 kwietnia 2003 r. w Atenach będący prawną podstawą przystąpienia (akcesji) 10 krajów Europy Środkowej i Południowej (Cypru, Czech, Estonii, Litwy, Łotwy, Malty, Polski, Słowacji, Słowenii i Węgier) do Unii Europejskiej. *Traktat pomiędzy Królestwem Belgii, Królestwem Danii, Republiką Federalną Niemiec, Republiką Grecką, Królestwem Hiszpanii, Republiką Francuską, Irlandią, Republiką Włoską, Wielkim Księstwem Luksemburga, Królestwem Niderlandów, Republiką Austrii, Republiką Portugalską, Republiką Finlandii, Królestwem Szwecji, Zjednoczonym Królestwem Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej (Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej) a Republiką Czeską, Republiką Estońską, Republiką Cypryjską, Republiką Łotewską, Republiką Litewską, Republiką Węgierską, Republiką Malty, Rzeczpospolitą Polską, Republiką Słowenii, Republiką Słowacką dotyczący przystąpienia Republiki Czeskiej, Republiki Estońskiej, Republiki Cypryjskiej, Republiki Łotewskiej, Republiki Litewskiej, Republiki Węgierskiej, Republiki Malty, Rzeczypospolitej Polskiej, Republiki Słowenii i Republiki Słowackiej do Unii Europejskiej*

⁸ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005, Sygn. akt K 18/04. OTK ZU 5A/2005, poz. 49. Dz.U. Nr 86, poz. 744 z dnia 17 maja 2005 r.

⁹ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005, Sygn. akt K 18/04. OTK ZU 5A/2005, poz. 49. Dz.U. Nr 86, poz. 744 z dnia 17 maja 2005 r.

¹⁰ Wyrok TSUE z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 - Flaminio Costa przeciwko ENEL.

uzupełnianiu polityki krajowej, **(ii)** zachęcaniu krajów UE, **(iii)** wydawaniu zaleceń dla krajów UE, iv. wspomaganie krajów UE [art. 168 ust. 1 *TFUE*].

- (5) Wniosek (4) nie oznacza to, że państwa członkowskie UE mają możliwość kształtowania organizacji i świadczenia usług zdrowotnych i opieki medycznej wedle swojego swobodnego przekonania bez żadnych ograniczeń w sferze prawa. Tymi ograniczeniami są podstawowe zasady prawne UE oraz podstawowe zasady prawne określone w Konstytucji RP.** Stosownie do podstawowych zasad prawnych UE rynek wewnętrzny obejmuje obszar bez granic wewnętrznych, w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami Traktatów [art. 26 ust. 2 *TFUE*], a także zapewnione są zasady swobody i wolności gospodarczej. Swoboda przedsiębiorczości obejmuje podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami [art. 49 w związku z art. 54 *TFUE*]. Zgodnie z przepisami *Konstytucji RP* społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej [art. 20 *Konstytucji RP*].
- (6) Ograniczenia swobody przedsiębiorczości obywateli jednego Państwa Członkowskiego na terytorium innego Państwa Członkowskiego są zakazane w ramach postanowień *TFUE*. Zakaz ten obejmuje również ograniczenia w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii przez obywateli danego Państwa Członkowskiego, ustanowionych na terytorium innego Państwa Członkowskiego [art. 49 *TFUE*]. W celu ustalenia zasadności ograniczenia wolności i swobody gospodarczej przeprowadza się test adekwatności i proporcjonalności. Test adekwatności i proporcjonalności polega na zadaniu określonych pytań tj.: **(i) czy celem ograniczenia prawnego jest ochrona zagrożonego istotnego interesu publicznego, (ii) czy zagrożenie interesu publicznego jest realne i rzeczywiste** (należy udowodnić, że zagrożenie interesu publicznego jest realne i rzeczywiste), **(iii) czy ograniczenia prawne są adekwatne z punktu widzenia osiągnięcia zamierzonego celu** (należy udowodnić, że zagrożenie interesu publicznego jest realne i rzeczywiste), **(iv) czy ograniczenia prawne są proporcjonalne, tj. nie wykraczają poza zakres niezbędny dla osiągnięcia celu.** Tylko w przypadku udzielania pozytywnej odpowiedzi na wszystkie postawione w teście adekwatności i proporcjonalności pytania można uznać, że naruszenie swobody działalności gospodarczej jest zgodne z prawem polskim i UE. Swoboda działania jednostek nie powinna być ograniczana poza zakres wymagany dla celów interesu publicznego [patrz: orzecznictwo TSUE]. Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny [art. 20 *Konstytucji RP*].**
- (7) W wielu wyrokach TSUE¹¹ wypowiedział się w sprawie dotyczącej ograniczenia swobody przedsiębiorczości w ochronie zdrowia.** W wyroku z dnia 12 lipca 2001 r. TSUE, C-157/99¹² wskazał, że „[...] Należy przypomnieć, jak to uczyniły wszystkie rządy, które przedstawiły uwagi w niniejszej sprawie, że Trybunał orzekł już w przeszłości, iż nie można wykluczyć, że ryzyko poważnego naruszenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego może należeć do nadrzędnych względów interesu ogólnego, zdolnych uzasadnić przeszkodę w swobodnym świadczeniu usług

¹¹ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w poprzednim stanie prawnym zwany potocznie: Europejski Trybunał Sprawiedliwości; ang. Court of Justice of the European Union, franc. Cour de justice de l'Union européenne, w skrócie TSUE) – instytucja sądownicza Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, z siedzibą w Luksemburgu. Obecnie składa się z dwóch organów sądowniczych: Trybunału Sprawiedliwości i Sądu.

¹² Wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 2001 r. B.S.M. Smits, małżonce Geraets, przeciwko Stichting Ziekenfonds VGZ i H.T.M. Peerbooms przeciwko Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym: Arrondissementsrechtbank te Roermond - Niderlandy. Swobodne świadczenie usług - Artykuł 59. Sprawa C-157/99.

(ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 41). [...]”. [...] Trybunał orzekł już również, iż – **jeżeli chodzi o cel polegający na utrzymaniu zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich służby medycznej i szpitalnej, nawet jeżeli taki cel jest nierozłącznie związany ze sposobem finansowania systemu zabezpieczenia społecznego - cel taki może również zaliczać się do odstępstw związanych ze zdrowiem publicznym na podstawie art. 56 traktatu WE (obecnie, po zmianie, art. 46 TFUE) w zakresie, w jakim przyczynia się do osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony** (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 50). [...]”. „[...] Trybunał wyjaśnił także, że **art. 56 traktatu pozwala państwom członkowskim ograniczyć swobodę świadczenia usług medycznych i szpitalnych w zakresie, w jakim utrzymanie możliwości przeprowadzania leczenia lub kwalifikacji medycznych na terytorium krajowym stanowi kwestię fundamentalną dla zdrowia publicznego, a nawet dla przetrwania populacji** (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 51). [...]”. Jak wskazał Minister Spraw Zagranicznych we własnej opinii z dnia 15 listopada 2016 r. „**Co prawda kompetencje w zakresie organizacji systemów zabezpieczenia społecznego, w tym przepisów regulujących organizację usług zdrowotnych nadal pozostają w gestii państw członkowskich, jednakże wykonując te kompetencje państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa UE, w tym postanowień traktatu dotyczących swobód rynku wewnętrznego. [...] brak jest informacji, na podstawie jakich danych/informacji wnioskodawca uznaje projektowane rozwiązanie za proporcjonalne do zamierzonego celu. Powodem uzasadniającym ograniczenie, na które może powoływać się państwo członkowskie, powinny bowiem towarzyszyć ocena właściwości oraz proporcjonalności środka ograniczającego przyjętego przez to państwo, a także precyzyjne dowody pozwalające na poparcie jego argumentacji.**”¹³

- (8)** W ramach uzasadnienia oraz Oceny Skutków Regulacji [dalej jako: „OSR”] **Druku Sejmowego numer 2137 nie przedstawiono realnych argumentów** (wyników kontroli Ministerstwa Zdrowia, Najwyższej Izby Kontroli, Wojewody, Narodowego Funduszu Zdrowia lub innych podmiotów uprawnionych do przeprowadzania kontroli udzielania świadczeń zdrowotnych w systemie PRM, a także analiz, badań lub innych opracowań), które zgodnie z **testem adekwatności i proporcjonalności uzasadniały proponowaną zmianę treści art. 32 ust.1 pkt 2 ustawy o PRM** ¹⁴, tj. **istotne ograniczenie swobody przepływu towarów, osób, usług i kapitału** [art. 26 ust. 2 TFUE ¹⁵] oraz **wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia** [art. 20 Konstytucji RP ¹⁶ oraz art. 49 w związku z art. 54 TFUE], **poprzez upaństwowienie systemu PRM**, bowiem:
- (i)** brak jest dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu **projektu ustawy o PRM**, że „Zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli - niezależnie od faktu, czy są on ubezpieczeni, czy też nie - nie może być związane z ewentualnością braku zabezpieczenia świadczeń, jakie niesie ze sobą mechanizm zawierania umów z podmiotami prywatnymi.”, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do zagrożenia bezpieczeństwa obywateli, ze strony podmiotów prywatnych**¹⁷;
 - (ii)** brak dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu **projektu ustawy o PRM**, że „Powierzenie realizacji zadań z zakresu ratownictwa medycznego podmiotom z większościowym

¹³ „Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej projekt ustawy o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym oraz niektórych innych ustaw wyrażona przez ministra w właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polski w Unii Europejskiej.”.

¹⁴ Ustawa z dnia 8 Września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. Nr 191, poz. 1410 z późn zm.) tj. z dnia 8 listopada 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2195).

¹⁵ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana) Dziennik Urzędowy C 326, 26/10/2012 P. 0001 – 0390.

¹⁶ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483).

¹⁷ **1)** http://www2.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/sprawozdanie_z_kontroli_lpr_25102012.pdf **2)**

http://www.lodz.uw.gov.pl/data/inspectionsFiles/informacja_o_wynikach_kontroli_1.pdf **3)** Wystąpienie Pokontrolne NIK LLO.410.001.11.2017.

udziałem kapitału publicznego sprawi, że można będzie uniknąć sytuacji, w której jakkolwiek podmiot leczniczy realizujący te świadczenia odmówi zawarcia umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia.”, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do takiej sytuacji ze strony podmiotu prywatnego;**

- (iii) brak jest dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu **projektu ustawy o PRM**, że „Natomiast tzw. podmioty niepublicznie nie są związane żadnym zobowiązaniem do realizacji świadczeń finansowanych ze środków publicznych - oczywiście poza umową z Narodowym Funduszem Zdrowia - i w każdej chwili mogą zrezygnować z działalności na danym obszarze, bez uzyskiwania jakiegokolwiek zgody.”, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do zagrożenia bezpieczeństwa obywateli ze strony podmiotów prywatnych.**
- (9) W ramach uzasadnienia oraz Oceny Skutków Regulacji do **projektu ustawy o PRM** nie przedstawiono informacji, że projekt dotyczy prawa Unii Europejskiej i prowadzi do naruszenia swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału [art. 26 ust. 2 TFUE] oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia [art. 49 w związku z art. 54 TFUE].
- (10) Zmiana art. 32 ust.1 pkt 2 ustawy o PRM, zgodnie projektem ustawy o PRM, prowadzi do naruszenia swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału [art. 26 ust. 2 TFUE] oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia [art. 20 Konstytucji RP oraz art. 49 w związku z art. 54 TFUE].

Ad. (1)

Zgodnie z art. 87 ust. 1 Konstytucji RP „Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia”.

Dla funkcjonowania systemu prawnego i wypełniania przez prawo funkcji regulatora stosunków społecznych i gospodarczych istotne znaczenie ma konstytucyjna regulacja źródeł prawa nie tylko w aspekcie ich hierarchii, ale też w aspekcie określenia co jest, a co nie jest źródłem prawa ¹⁸.

Konstytucja RP ustanawia zamknięty system źródeł prawa. Jest to taki system, który został ukształtowany stosownie do zasad konstytucyjnych i który wyklucza dowolność jego uzupełniania formami konstytucyjnie nieprzewidzianymi i nieznanymi legitymacji na gruncie konstytucyjnie formułowanych założeń prawodawstwa ¹⁹.

„Zamknięcie” systemu źródeł prawa nie ma charakteru całościowego. Jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny dotyczy tylko systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego ²⁰.

W ramach systemu źródeł prawa powszechnie obowiązującego „zamknięcie” systemu źródeł prawa dotyczy form aktów, w których można je stanowić oraz katalogu podmiotów uprawnionych do ich wydawania²¹.

Na podstawie art. 87 ust. 1 Konstytucji RP można określić tzw. hierarchię źródeł prawa. Hierarchia źródeł prawa, w kolejności to od aktów o najwyższej mocy prawnej przedstawia się następująco: 1) Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej; 2) umowy międzynarodowe ratyfikowane za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie; 3) ustawy; 4) rozporządzenia.

¹⁸ B. Banaszak Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...

¹⁹ B. Banaszak Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...

²⁰ B. Banaszak Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...

²¹ B. Banaszak Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...

Art. 8 ust. 1 *Konstytucji RP* jednoznacznie gwarantuje postanowieniom *Konstytucji RP* status „najwyższego prawa Rzeczypospolitej Polskiej”.

Ad. (2)

Zgodnie z **art. 2** *Konstytucji RP* „*Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym, urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej.*”

Jak wskazuje prof. dr hab. Bogusław Banaszak z treści **art. 2** *Konstytucji RP*, w powiązaniu z innymi przepisami *Konstytucji RP* można wywieść określone, tzw. **konstytucyjne zasady prawne**, tj.: **(i)** suwerenność narodu – podstawa demokratycznej legitymizacji władzy państwowej i demokratycznego systemu tworzenia prawa oraz instytucji określających odpowiedzialność organów państwowych; **(ii) wolność i równość wobec prawa**, tj. oparcie stosunków między państwem a jednostką na konstytucyjnym systemie praw podstawowych, nakierowanym przede wszystkim na zapewnienie równości oraz wolności osobistych i politycznych, a w przypadku tych ostatnich na stworzenie jednostce możliwości wpływu na kształtowanie woli państwa; **(iii)** konstytucja jako zasadniczy porządek prawny i najwyższa rangą norma prawna w państwie stanowiąca podstawę całego systemu prawa; **(iv) prawo jako podstawa i granica wszystkich działań państwa, tj. związanie ustawodawcy normami konstytucyjnymi**, a władzy wykonawczej i sądowniczej - ustawą, wszystkich zaś organów normami pozakrajowymi, których państwo zobowiązało się przestrzegać; **(v) patrząc natomiast od strony jednostki - pewność prawna, rozumiana jako trwałość prawa i przewidywalność państwowych rozstrzygnięć (ochrona zaufania obywatela do państwa)**; **(vi)** podział władz jako przyporządkowanie funkcji państwowych i wzajemna kontrola władz; ochrona sądowa – zapewnienie pełnej i efektywnej ochrony prawnej, przede wszystkim w odniesieniu do aktów publicznoprawnych (także działań państwa w drodze ustawy), przez system niezależnych i niezawisłych sądów, opierających swą procedurę na ustawie; **(vii) odpowiedzialność organów państwa za błędne działania (również odszkodowawcza)**; **(viii) zakaz podejmowania działań przez państwo ponad potrzebę**²².

Z punktu widzenia przedmiotu objętego niniejszą Analizą najistotniejsze są konstytucyjne zasady prawne obejmujące: **(i) wolność i równość wobec prawa**, tj. oparcie stosunków między państwem a jednostką na konstytucyjnym systemie praw podstawowych, nakierowanym przede wszystkim na zapewnienie równości oraz wolności osobistych, **(ii) związanie ustawodawcy normami konstytucyjnymi**, a władzy wykonawczej i sądowniczej – ustawą, wszystkich zaś organów normami pozakrajowymi, których państwo zobowiązało się przestrzegać, **(iii) pewność prawną, rozumianą jako trwałość prawa i przewidywalność państwowych rozstrzygnięć (ochrona zaufania obywatela do państwa)**, a także **(iv) zakaz podejmowania działań przez państwo ponad potrzebę**.

Stosownie do treści **art. 5** *Konstytucji RP* „*Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju.*”

Należy zgodzić się z prof. dr hab. Bogusławem Banaszkiem, że zapewnienie wolności i praw człowieka i obywatela to działalność władz publicznych mająca na celu realizację tych wolności i praw poprzez zabezpieczenie przed ich naruszeniem oraz przeciwdziałanie ich zagrożeniom²³.

Zgodnie z **art. 31** *Konstytucji* „*1. Wolność człowieka podlega ochronie prawnej. 2. Każdy jest obowiązany szanować wolności i prawa innych. Nikogo nie wolno zmuszać do czynienia tego, czego*

²² B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

²³ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

prawo mu nie nakazuje. 3. Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.”

Stosownie do treści **art. 32 Konstytucji RP** „**1. Wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne. 2. Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiejkolwiek przyczyny.**”

„**1. Kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji. 2. Wyjątki od tej zasady, odnoszące się do cudzoziemców, określa ustawa.**”
[patrz: **art. 37 Konstytucji RP**].

Zgodnie z **art. 20 Konstytucji RP** „*Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.*”

Powszechnie uznaje się jednak, że **prawo do swobody działalności gospodarczej jest tak prawem podmiotowym, jak i zasadą prawa. Podejście takie implikuje z jednej strony zobowiązanie państwa do nieingerowania w sferę tego prawa jako prawa podmiotowego, z drugiej strony określa obowiązek tworzenia pozytywnego porządku chroniącego to prawo jako zasady ustrojowej.** Państwo ma więc możliwość reglamentacji tego prawa, jednak w myśl **art. 22 Konstytucji** „*Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny*”²⁴.

O ile można uznać, że *Konstytucja RP* jest źródłem prawa do swobody działalności gospodarczej, to określenie jego ram pozostawia prawodawstwu zwykłemu.

Zgodnie z **art. 6 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej**²⁵ „**Podejmowanie, prowadzenie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa**” Jest to zapis odzwierciedlający zasady zawarte w **art. 20** i **art. 22 Konstytucji RP**.

Według utrwalonego w nauce prawa stanowiska zasada wolności gospodarczej oznacza swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w dowolnie wybranych formach prawnych oraz na zasadzie samodzielności, chociaż bez naruszenia interesów publicznych. Wolność ta obejmuje więc co do istoty wolność wyboru rodzaju działalności gospodarczej oraz wolność wykonywania (i zaprzestania wykonywania) wybranej działalności gospodarczej²⁶.

Trybunał Konstytucyjny²⁷ stoi na stanowisku, że **art. 21** „*nie może [...] stanowić wyłącznej podstawy do konstruowania prawa podmiotowego, a zatem nie jest właściwym wzorcem kontroli w przypadku skargi konstytucyjnej. Znajduje się on w Rozdziale I Konstytucji, w którym ustrojodawca umieścił najbardziej ogólne i najważniejsze zasady ustroju RP. Zasada społecznej gospodarki rynkowej, jako zasada ustroju RP ma - jak to ujął Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej - inny, "szerszy" wymiar i inny stopień abstrakcji niż wolności i prawa konstytucyjne, wskazane w Rozdziale II Konstytucji*”²⁸.

²⁴ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

²⁵ Ustawa z dnia 2 Lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn zm.) tj. z dnia 8 listopada 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2168).

²⁶ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

²⁷ Trybunał Konstytucyjny (TK) – polski sąd konstytucyjny, organ władzy sądowniczej. Został utworzony w 1982 i rozpoczął działalność orzeczniczą w 1986. Jego podstawowym zadaniem jest sądowa kontrola konstytucyjności prawa: kontrolowanie zgodności norm prawnych niższego rzędu (rangi ustawowej lub podustawowej) z normami prawnymi wyższego rzędu, przede wszystkim z Konstytucją i niektórymi umowami międzynarodowymi (tzw. sąd prawa).

²⁸ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* wyrok z 17.11.2010 r., SK 23/07, OTK-A 2010, Nr 9, poz. 103.

Konstytucja RP nie różnicuje działalności gospodarczej ze względu na podmiot, który ją prowadzi. Zakres podmiotowy zasady wolności gospodarczej rodzi wobec tego kontrowersje w polskiej nauce prawa. Najogólniej rzecz biorąc, wykształciły się w niej dwa przeciwstawne stanowiska ²⁹.

Pierwszy z tych poglądów zakłada, że podmiotem zasady wolności gospodarczej są tylko prywatne podmioty gospodarcze (przedsiębiorcy). Uzasadnia się to następująco: **„Wśród podstaw ustroju gospodarczego RP (art. 20) Konstytucja obok własności prywatnej nie wskazuje własności publicznej, co jest doniosłą decyzją ustrojową i stanowi istotną wskazówkę interpretacyjną. Nie zakłada też swobód gospodarczych podmiotów publicznych, nawiązując jedynie do wolności gospodarczej człowieka”** ³⁰. Odpowiada temu stwierdzenie Trybunału Konstytucyjnego, że adresatami zasady wolności gospodarczej są **„osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi”** oraz że **„formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych państwowych (też gospodarczych) jednostek organizacyjnych w szerokim tego słowa znaczeniu. Nie są one bowiem adresatami konstytucyjnych gwarancji wolności działalności gospodarczej”** ³¹.

Drugi z tych poglądów zakłada, że podmiotem zasady wolności gospodarczej są oprócz prywatnych podmiotów gospodarczych także podmioty publiczne, włączając w to organy władzy publicznej ³².

Ponadto niektórzy, uznając jednostki samorządu terytorialnego za należące do zakresu podmiotowego omawianej zasady, twierdzą, że obowiązuje wobec nich specyficzna samorządowa zasada wolności gospodarczej ³³.

Zgodnie z poglądami zwolenników tego stanowiska, którzy wydają się w literaturze przedmiotu przeważać, traktować należy w taki sam sposób wszystkie podmioty, które działalność gospodarczą prowadzą lub rozpoczynają. Nie można ich różnicować ze względu na przynależność do określonych kategorii zależnych od formy własności. Ku temu stanowisku przychylił się też ustawodawca w *ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*. **Również swobody dotyczące sfery działalności gospodarczej w prawie unijnym dotyczą zarówno podmiotów prywatnych, jak i publicznych, gdyż adresat odpowiednich norm prawnych jest najczęściej nieoznaczony rodzajowo** ³⁴.

Jednym z najważniejszych gwarantów wolności gospodarczej jest wolna konkurencja. W orzecnictwie wielokrotnie podkreśla się związek między wolnością działalności gospodarczej, a „równością konkurencji” ³⁵. **„Gdy chodzi o wzajemną relację przepisów art. 20, 21 oraz 64 Konstytucji RP uznać trzeba, że nie polega ona na stosunku uzupełniania się, lecz ujęciu sformułowanych w nich gwarancji ochrony prawa własności w zupełnie innych kategoriach. Rozdzielenie tych przepisów odpowiada przyjętemu w konstytucjonalizmie innych państw tzw. obiektywnemu i subiektywnemu ujęciu własności. W ujęciu obiektywnym określa ona ogólną zasadę ustrojową, wyznaczając kierunek interpretacji innych przepisów Konstytucji, zaś w ujęciu subiektywnym własność ujmuje się w kategorii prawa podmiotowego jednostki”** ³⁶.

²⁹ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

³⁰ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ... **zob. także** K. Pawłowicz, *Konstytucyjne a ustawowe pojęcie przedsiębiorcy*, Przegląd Legislacyjny 2007, Nr 2.

³¹ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ... **zob. także** Wyrok z 7.5.2001 r., K 19/00, OTK 2001, Nr 4, poz. 82.

³² B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ... **zob. także** M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca. Wybrane zagadnienia prawne*. Kraków 1998.

³³ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ... **zob. także** L. Kieres, *Wolność gospodarcza w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] *Instytucje współczesnego prawa administracyjnego*. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka, Kraków 2001.

³⁴ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

³⁵ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ... **zob. także** wyrok NSA z 13.5.2009 r., II GSK 911/08, Legalis.

³⁶ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ... **zob. także** S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003.

Ad. (3)

Ustawodawca wprowadził do zasad naczelnych *Konstytucji RP*, zasadę wyrażoną w **art. 9 *Konstytucji RP***, zgodnie z którą „*Rzeczpospolita Polska przestrzega wiążącego ją prawa międzynarodowego*”. Prawną konsekwencją **art. 9 *Konstytucji RP*** jest konstytucyjne założenie, iż na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, **obok norm (przepisów) stanowionych przez krajowego legislatora, obowiązują uregulowania (przepisy) kreowane poza systemem krajowych (polskich) organów prawodawczych** ³⁷. Ustawodawca świadomie więc przyjął, że system prawa obowiązujący na terytorium Rzeczypospolitej mieć będzie charakter wieloskładnikowy. Obok aktów prawnych, **stanowionych przez krajowe (polskie) organy prawodawcze, w Polsce obowiązują i są stosowane także akty prawa międzynarodowego** ³⁸.

Zgodnie z **art. 90 ust. 1 *Konstytucji*** „*Rzeczpospolita Polska może na podstawie umowy międzynarodowej przekazać organizacji międzynarodowej lub organowi międzynarodowemu kompetencje organów władzy państwowej w niektórych sprawach.*”

Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny przekazanie kompetencji „*w niektórych sprawach*” rozumiane musi być zarówno jako **zakaz przekazania ogółu kompetencji danego organu, przekazania kompetencji w całości spraw w danej dziedzinie, jak i jako zakaz przekazania kompetencji co do istoty spraw określających gestię danego organu władzy państwowej** ³⁹.

Należy pamiętać, że Trybunał Konstytucyjny nie jest upoważniony do dokonywania samoistnej oceny konstytucyjności prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Taka kompetencja służy mu natomiast wobec Traktatu akcesyjnego jako ratyfikowanej umowy międzynarodowej [patrz: **art. 188 pkt 1 *Konstytucja***] ⁴⁰. Przyznana Trybunałowi Konstytucyjnemu w **art. 188 pkt 1 *Konstytucji RP*** właściwość do orzekania w sprawach „*zgodności ustaw i umów międzynarodowych z *Konstytucją**” nie różnicuje wskazanych uprawnień Trybunału w zależności od trybu wyrażania zgody na ratyfikację ⁴¹.

Trybunał Konstytucyjny, wskazał że brak jest podstaw do założenia, zgodnie z którym dla dochowania tego wymogu wystarczyłoby zachowanie w kilku sprawach, choćby dla pozoru, kompetencji w gestii organów konstytucyjnych. Działania, w wyniku których przeniesienie kompetencji podważałoby sens istnienia bądź funkcjonowania któregośkolwiek z organów Rzeczypospolitej, pozostawałyby nadto w wyraźnej kolizji z **art. 8 ust. 1 *Konstytucji RP*** ⁴².

W świetle wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 nie może budzić wątpliwości, że zagwarantowane w **art. 91 ust. 2 *Konstytucji RP*** pierwszeństwo stosowania umów międzynarodowych, ratyfikowanych na podstawie upoważnienia ustawowego lub podjętego w trybie ogólnokrajowego referendum upoważniającego [patrz: **art. 90 ust. 3 *Konstytucji RP***], w tym: umów o przekazaniu kompetencji „*w niektórych sprawach*” – przed postanowieniami ustaw niedających się współstosować – **nie prowadzi wprost (i to w żadnym zakresie) do uznania analogicznego pierwszeństwa tychże umów przed postanowieniami *Konstytucji RP*. *Konstytucja RP* pozostaje zatem – z racji swej szczególnej mocy – „*prawem najwyższym Rzeczypospolitej Polskiej*” w stosunku do wszystkich wiążących Rzeczpospolitą Polską umów międzynarodowych. Dotyczy to także**

³⁷ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

³⁸ A. Wasilkowski, *Prawo krajowe – prawo wspólnotowe – prawo międzynarodowe. Zagadnienia wstępne*, [w:] *Prawo międzynarodowe i wspólnotowe w wewnętrznym porządku prawnym*. Warszawa 1997.

³⁹ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego].

⁴⁰ Ibidem Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego].

⁴¹ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego]. **zob. także** M. Masternak-Kubiak, *Umowa międzynarodowa w prawie konstytucyjnym*. Warszawa 1997. **oraz** M. Jabłoński, *Konstytucyjnoprawne aspekty przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Unii Europejskiej*, [w:] „Humanistyczne Zeszyty Naukowe” nr 5(13)/1998.

⁴² Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego].

ratyfikowanych umów międzynarodowych o przekazaniu kompetencji „w niektórych sprawach”. Z racji wynikającej z art. 8 ust. 1 Konstytucji RP nadrzędności mocy prawnej korzysta ona na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z pierwszeństwa obowiązywania i stosowania ⁴³.

Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że ani **art. 90 ust. 1**, ani też **art. 91 ust. 3** nie mogą stanowić podstawy do przekazania organizacji międzynarodowej (czy też jej organowi) upoważnienia do stanowienia aktów prawnych lub podejmowania decyzji, które byłyby sprzeczne z *Konstytucją RP*. W szczególności wskazane tu unormowania nie mogą posłużyć do przekazania kompetencji w zakresie, który powodowałby, iż Rzeczpospolita Polska nie może funkcjonować jako państwo suwerenne i demokratyczne ⁴⁴. W tym zakresie Trybunał Konstytucyjny odwołał się do stanowiska Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec ⁴⁵ oraz Sądu Najwyższego Królestwa Danii ⁴⁶.

Trybunał Konstytucyjny przyjmując jako wiążącą zasadę współistnienia dwóch porządków prawnych tj., iż na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, obok norm (przepisów) stanowionych przez krajowego legislatora, obowiązują uregulowania (przepisy) kreowane poza systemem krajowych (polskich) organów prawodawczych, uznaje, że „[...] Wykładnia „przyjazna dla prawa europejskiego” ma swoje granice. W żadnej sytuacji nie może ona prowadzić do rezultatów sprzecznych z wyraźnym brzmieniem norm konstytucyjnych i niemożliwych do uzgodnienia z minimum funkcji gwarancyjnych, realizowanych przez Konstytucję. Trybunał Konstytucyjny nie uznaje więc możliwości zakwestionowania mocy obowiązującej normy konstytucyjnej przez sam fakt wprowadzenia do systemu prawa europejskiego sprzecznej z nią regulacji wspólnotowej. Trybunał Konstytucyjny stwierdza, że nadrzędność Konstytucji w stosunku do całego porządku prawnego [...]” ⁴⁷.

Trybunał Konstytucyjny wskazał jednocześnie, że „[...] **zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego jest silnie eksponowana przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich. Taki stan rzeczy jest uzasadniany celami integracji europejskiej oraz potrzebami tworzenia wspólnej europejskiej przestrzeni prawnej. Zasada ta stanowi niewątpliwie wyraz dążeń do zagwarantowania jednolitego stosowania i egzekucji prawa europejskiego.** [...]” ⁴⁸.

Po raz pierwszy TSUE⁴⁹ zajął stanowisko w sprawie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego w wyroku z dnia 5 marca 1963 r. sprawie 26/621, Van Gend en Loos. TSUE przyjął we wskazanym wyroku, że „[...] **Wspólnota stanowi nowy porządek prawnomiędzynarodowy, na rzecz którego państwa członkowskie ograniczyły w określonym zakresie swoje suwerenne prawa. Podmiotami tego porządku prawnego są zarówno państwa członkowskie, jak i ich obywatele. 2. Art. 25 TWE⁵⁰ zawiera wyraźny i bezwarunkowy zakaz, którego przestrzeganie nie jest uzależnione od przyjęcia przez państwa członkowskie jakiegokolwiek regulacji prawnej stanowiącej jego implementację. W konsekwencji przepis**

⁴³ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego].

⁴⁴ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego].

⁴⁵ Wyrok z 12 października 1993 r. w sprawie 2BvR 2134, 2159/92 Maastricht.

⁴⁶ Wyrok z 6 kwietnia 1998 r. w sprawie I 361/1997 Carlsen przeciwko premierowi Danii.

⁴⁷ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego].

⁴⁸ Wyrok TK z dnia 11 maja 2005 r. Sygn. akt K 18/04 [uwaga: orzeczenie w sprawie konstytucyjności tzw. Traktatu akcesyjnego].

⁴⁹ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (w poprzednim stanie prawnym zwany potocznie: Europejski Trybunał Sprawiedliwości; ang. Court of Justice of the European Union, franc. Cour de justice de l'Union européenne, w skrócie TSUE) – instytucja sądownicza Unii Europejskiej i Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej, z siedzibą w Luksemburgu. Obecnie składa się z dwóch organów sądowniczych: Trybunału Sprawiedliwości i Sądu.

⁵⁰ **Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską.** Traktaty rzymskie – ogólna nazwa dwóch umów międzynarodowych, podpisanych przez Francję, Republikę Federalną Niemiec, Włochy, Belgię, Holandię i Luksemburg 25 marca 1957. Uroczystość miała miejsce w sali Horacjuszy i Kuriacjuszy w Palazzo dei Conservatori na Kapitolu w Rzymie. Pierwsza z umów (w latach 1958-1992) nosiła nazwę Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą. Traktat z Maastricht (Traktat o Unii Europejskiej) przekształcił EWG we Wspólnotę Europejską, w związku z czym dokument ten otrzymał nazwę Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Obecną nazwę (Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) nadał dokumentowi Traktat lizboński.

ten jest bezpośrednio skuteczny i kreuje prawa podmiotowe, które powinny być chronione przez sądy narodowe.”⁵¹

Kolejny orzeczeniem, jaki zapadł w przedmiocie zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego, był wyrok TSUE w sprawie Costa przeciwko ENEL⁵². We wskazanym wyroku TSUE przyjął, że „[...] **Poprzez włączenie do wspólnotowego porządku prawnego wynikających z Traktatu praw i obowiązków, dotychczas unormowanych w prawie krajowym, państwa członkowskie trwale ograniczyły swoje suwerenne prawa i w konsekwencji nie mogą ustanawiać regulacji sprzecznych z istotą Wspólnoty. Stosowanie prawa wynikającego z Traktatu nie może być wyłączone przez przepisy krajowe, gdyż naruszałoby to wspólnotowy charakter tego prawa i podważałoby podstawy prawne funkcjonowania Wspólnoty.”⁵³**

Trybunał wytłumaczył przy tym, że w odróżnieniu od zwykłych umów międzynarodowych Traktat ustanawiający EWG⁵⁴ (obecnie nazywa się on Traktatem o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej) **stworzył własny porządek prawny, który został włączony do porządków prawnych państw członkowskich i musi być stosowany przez ich sądy. Ponieważ państwa członkowskie przeniosły na Wspólnotę część praw zwierzchnich, prawo wspólnotowe tworzy autonomiczne - niezależne od krajowych systemów prawnych - źródło prawa⁵⁵.**

TSUE wielokrotnie potwierdzał tę zasadę pierwszeństwa prawa wspólnotowego w stosunku do prawa krajowego, w wielu innych wyrokach.

*„Prawo wspólnotowe wynikające z Traktatu, jako niezależnego źródła prawa, ze względu na swą istotę nie może być uchylone przez przepisy prawa krajowego, i to niezależnie od ich rangi. Ważność działań instytucji Wspólnoty lub skutki takich działań w państwie członkowskim nie mogą być podważane ze względu na niezgodność z prawami podstawowymi wynikającymi z konstytucji państwa członkowskiego. 2. Odwołanie się do zasad i koncepcji prawa krajowego w celu oceny ważności środków przyjętych przez instytucje Wspólnoty miałyby niekorzystny wpływ na jednolitość i skuteczność prawa wspólnotowego. Ważność takich środków może być oceniana wyłącznie w świetle prawa wspólnotowego. 3. **Poszanowanie praw podstawowych stanowi integralną część zasad ogólnych prawa wspólnotowego, podlegających ochronie sprawowanej przez TSUE ochrona praw podstawowych, choć inspirowana tradycjami konstytucyjnymi państw członkowskich, musi być gwarantowana w ramach struktury i celów Wspólnoty.”⁵⁶***

*„Przepisy prawa wspólnotowego są bezpośrednim źródłem praw i obowiązków dla tych wszystkich, do których się odnoszą, to jest dla państw członkowskich oraz podmiotów prywatnych będących stronami stosunków prawnych na podstawie prawa wspólnotowego. Dotyczy to również każdego sądu krajowego, którego zadaniem – jako organu państwa członkowskiego – jest ochrona praw podmiotowych przyznanych przez prawo wspólnotowe. 2. **Zgodnie z zasadą pierwszeństwa prawa wspólnotowego postanowienia Traktatu i bezpośrednio obowiązujące akty prawne wydane przez instytucje wspólnotowe po ich wejściu w życie nie tylko automatycznie wyłączają stosowanie jakichkolwiek sprzecznych z nimi aktów prawa krajowego, ale również wykluczają przyjęcie przez parlament państwa członkowskiego nowych ustaw, które byłyby niezgodne z przepisami prawa***

⁵¹ Wyrok TSUE z dnia 5 marca 1963 r. w sprawie 26/621, Van Gend en Loos.

⁵² Wyrok TSUE z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 - Flaminio Costa przeciwko ENEL. [pytanie prejudycjalne].

⁵³ Wyrok TSUE z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 - Flaminio Costa przeciwko ENEL. [pytanie prejudycjalne].

⁵⁴ Wspólnota Europejska, WE (fr. Communauté Européenne, CE; ang. European Community, EC) – powołana do życia 1 stycznia 1958 na mocy traktatów rzymskich jako Europejska Wspólnota Gospodarcza (EWG), a istniejąca do 30 listopada 2009 historyczna organizacja ponadnarodowa. Pierwszy filar Unii Europejskiej wraz z Europejską Wspólnotą Energii Atomowej (Euratom), a do 2002 również z Europejską Wspólnotą Węgla i Stali[1]. W 1992 na podstawie traktatu z Maastricht zmieniono nazwę EWG na Wspólnota Europejska, miał to być wyraz pragnienia państw narodowych rozszerzenia współpracy na obszary inne niż tylko gospodarka.

⁵⁵ Wyrok TSUE z dnia 15 lipca 1964 r. w sprawie 6/64 - Flaminio Costa przeciwko ENEL. [pytanie prejudycjalne].

⁵⁶ Wyrok TSUE z dnia 17 grudnia 1970 r. w sprawie 11/704 Internationale Handelsgesellschaft.

wspólnotowego. 3. Sąd krajowy, który stosuje prawo wspólnotowe, ma obowiązek zapewnić pełną jego skuteczność, a gdy jest to konieczne – odmówić zastosowania przepisów krajowych niezgodnych z prawem wspólnotowym nawet wówczas, gdy zostały przyjęte później niż akt prawa wspólnotowego. 4. **Nie do pogodzenia z wymogami wynikającymi z samej natury prawa wspólnotowego byłyby przepisy krajowe, jak również praktyka legislacyjna, administracyjna lub sądowa, które prowadziłyby do zmniejszenia skuteczności prawa wspólnotowego, pozbawiając sąd krajowy orzekający w sprawie i stosujący prawo wspólnotowe możliwości uczynienia wszystkiego, co konieczne, aby uchylić stosowanie prawa krajowego stojącego na przeszkodzie (nawet tymczasowo) pełnej skuteczności norm wspólnotowych.** 5. Z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia, gdyby – w przypadku niezgodności między prawem wspólnotowym a późniejszym prawem krajowym – rozstrzygnięcie konfliktu należało do organu innego, niż orzekający w sprawie sąd, na którym ciąży obowiązek zapewnienia pełnej skuteczności prawu wspólnotowemu. Nie zmienia powyższej oceny tymczasowy charakter przeszkody w zapewnieniu prawu wspólnotowemu pełnej skuteczności.”⁵⁷

Ad. (5)

Zgodnie z **art. 20** Konstytucji PR „Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.”

Powszechnie uznaje się jednak, że prawo do swobody działalności gospodarczej jest tak prawem podmiotowym, jak i zasadą prawa. Podejście takie implikuje z jednej strony zobowiązanie państwa do nieingerowania w sferę tego prawa jako prawa podmiotowego, z drugiej strony określa obowiązek tworzenia pozytywnego porządku chroniącego to prawo jako zasady ustrojowej. Państwo ma więc możliwość reglamentacji tego prawa, jednak w myśl **art. 22** Konstytucji „Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny”⁵⁸.

O ile można uznać, że Konstytucja RP jest źródłem prawa do swobody działalności gospodarczej, to określenie jego ram pozostawia prawodawstwu zwykłemu.

Zgodnie z **art. 6 ust. 1** ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. „**Podejmowanie, prowadzenie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach, z zachowaniem warunków określonych przepisami prawa**” Jest to zapis odzwierciedlający zasady zawarte w **art. 20** i **art. 22** Konstytucji RP.

Według utrwalonego w nauce prawa stanowiska zasada wolności gospodarczej oznacza swobodę podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej w dowolnie wybranych formach prawnych oraz na zasadzie samodzielności, chociaż bez naruszenia interesów publicznych. Wolność ta obejmuje więc co do istoty wolność wyboru rodzaju działalności gospodarczej oraz wolność wykonywania (i zaprzestania wykonywania) wybranej działalności gospodarczej⁵⁹.

Trybunał Konstytucyjny stoi na stanowisku, że **art. 21** „nie może [...] stanowić wyłącznej podstawy do konstruowania prawa podmiotowego, a zatem nie jest właściwym wzorcem kontroli w przypadku skargi konstytucyjnej. Znajduje się on w Rozdziale I Konstytucji, w którym ustrojodawca umieścił najbardziej ogólne i najważniejsze zasady ustroju RP. Zasada społecznej gospodarki rynkowej, jako zasada ustroju RP ma - jak to

⁵⁷ Wyrok TSUE z dnia 9 marca 1978 r., w sprawie 106/776 Simmenthal [uwaga: pytanie prejudycjalne].

⁵⁸ B. Banaszak Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...

⁵⁹ B. Banaszak Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...

ujął Trybunał Konstytucyjny w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej - inny, "szerszy" wymiar i inny stopień abstrakcji niż wolności i prawa konstytucyjne, wskazane w Rozdziale II Konstytucji" ⁶⁰.

Konstytucja RP nie różnicuje działalności gospodarczej ze względu na podmiot, który ją prowadzi. Zakres podmiotowy zasady wolności gospodarczej rodzi wobec tego kontrowersje w polskiej nauce prawa. Najogólniej rzecz biorąc, wykształciły się w niej dwa przeciwstawne stanowiska ⁶¹.

Pierwszy z tych poglądów zakłada, że podmiotem zasady wolności gospodarczej są tylko prywatne podmioty gospodarcze (przedsiębiorcy). Uzasadnia się to następująco: **„Wśród podstaw ustroju gospodarczego RP (art. 20) Konstytucja obok własności prywatnej nie wskazuje własności publicznej, co jest doniosłą decyzją ustrojową i stanowi istotną wskazówkę interpretacyjną. Nie zakłada też swobód gospodarczych podmiotów publicznych, nawiązując jedynie do wolności gospodarczej człowieka”** ⁶². Odpowiada temu stwierdzenie Trybunału Konstytucyjnego, że adresatami zasady wolności gospodarczej są **„osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi”** oraz że **„formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych państwowych (też gospodarczych) jednostek organizacyjnych w szerokim tego słowa znaczeniu. Nie są one bowiem adresatami konstytucyjnych gwarancji wolności działalności gospodarczej”** ⁶³.

Drugi z tych poglądów zakłada, że podmiotem zasady wolności gospodarczej są oprócz prywatnych podmiotów gospodarczych także podmioty publiczne, włączając w to organy władzy publicznej ⁶⁴.

Ponadto niektórzy, uznając jednostki samorządu terytorialnego za należące do zakresu podmiotowego omawianej zasady, twierdzą, że obowiązuje wobec nich specyficzna samorządowa zasada wolności gospodarczej ⁶⁵.

Zgodnie z poglądami zwolenników tego stanowiska, którzy wydają się w literaturze przedmiotu przeważać, traktować należy w taki sam sposób wszystkie podmioty, które działalność gospodarczą prowadzą lub rozpoczynają. Nie można ich różnicować ze względu na przynależność do określonych kategorii zależnych od formy własności. Ku temu stanowisku przychylił się też ustawodawca w **ustawie o swobodzie działalności gospodarczej Również swobody dotyczące sfery działalności gospodarczej w prawie unijnym dotyczą zarówno podmiotów prywatnych, jak i publicznych, gdyż adresat odpowiednich norm prawnych jest najczęściej nieoznaczony rodzajowo** ⁶⁶.

Jednym z najważniejszych gwarantów wolności gospodarczej jest wolna konkurencja. W orzecznictwie wielokrotnie podkreśla się związek między wolnością działalności gospodarczej, a „**równością konkurencji**” ⁶⁷. **„Gdy chodzi o wzajemną relację przepisów art. 20, 21 oraz 64 Konstytucji RP uznać trzeba, że nie polega ona na stosunku uzupełniania się, lecz ujęciu sformułowanych w nich gwarancji ochrony prawa własności w zupełnie innych kategoriach. Rozdzielenie tych przepisów odpowiada przyjętemu w konstytucjonalizmie innych państw tzw. obiektywnemu i subiektywnemu ujęciu własności. W ujęciu obiektywnym określa ona ogólną zasadę ustrojową, wyznaczając kierunek interpretacji innych**

⁶⁰ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* wyrok z 17.11.2010 r., SK 23/07, OTK-A 2010, Nr 9, poz. 103.

⁶¹ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

⁶² B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* K. Pawłowicz, *Konstytucyjne a ustawowe pojęcie przedsiębiorcy*, Przegląd Legislacyjny 2007, Nr 2.

⁶³ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* wyrok z 7.5.2001 r., K 19/00, OTK 2001, Nr 4, poz. 82.

⁶⁴ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca. Wybrane zagadnienia prawne*. Kraków 1998.

⁶⁵ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* L. Kieres, *Wolność gospodarcza w działalności jednostek samorządu terytorialnego*, [w:] Instytucje współczesnego prawa administracyjnego. Księga jubileuszowa Profesora zw. dra hab. Józefa Filipka, Kraków 2001.

⁶⁶ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

⁶⁷ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... także* wyrok NSA z 13.5.2009 r., II GSK 911/08, Legalis.

przepisów Konstytucji, zaś w ujęciu subiektywnym własność ujmuje się w kategorii prawa podmiotowego jednostki”⁶⁸.

Problematyka swobody przedsiębiorczości dobrze obrazuje problematykę swobód gospodarczych rynku wewnętrznego Unii Europejskiej. 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 następane *TFUE*). 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 dyrektyw⁶⁹.

Zgodnie z treścią swobody przedsiębiorczości osoby fizyczne i prawne mają prawo wyboru miejsca oraz formy działalności gospodarczej w ramach Unii Europejskiej. Jest to o tyle istotne, iż pozwala prowadzić przedsiębiorstwo w kraju, w którym w ramach danego rodzaju działalności uzyskuje ono najdogodniejsze warunki prawne, inwestycyjne, środowiskowe czy finansowe. Innymi słowy, przedsiębiorca ma prawo działać tam, gdzie uzna to za korzystniejsze.

Istotą tej zasady jest umożliwienie przedsiębiorcom przenoszenia swojej działalności w ramach terytorium jednolitego rynku lub jej ekspansji na nowe rynki krajowe.

Jest zatem niezbędnym uzupełnieniem swobód przepływu osób, kapitału i usług oraz w oparciu o nie skonstruowana.

Swoboda przedsiębiorczości nie jest wymieniona pośród czterech głównych swobód wskazanych w artykule 26 ust. 2 *TFUE*, co uzasadnia się chęcią podkreślenia osobowego charakteru tej swobody, czyli podobieństwa do swobody przepływu pracowników. Jednak pamiętać należy, iż jest ona nieodzownym elementem wspólnego rynku, o czym świadczy poświęcenie jej odrębnego rozdziału *TFUE* oraz wyodrębnianie jej w orzeczeniach TSUE.

Swoboda przedsiębiorczości zapisana została w art. 49 – 55 *TFUE* w tytule czwartym „Swobodny przepływ osób, usług i kapitału”, w rozdziale drugim „Prawo przedsiębiorczości”.

Swoboda działalności gospodarczej została znacząco doprecyzowana w orzecznictwie TSUE. Z jednej strony konieczne było zapewnienie minimum ochrony dla pracowników, akcjonariuszy i innych interesariuszy przedsiębiorstwa, z drugiej zaś uniemożliwienie państwom dyskryminacji podmiotów unijnych (tzn. podmiotów zagranicznych korzystających ze swobody przedsiębiorczości) na swoim terytorium.

Pozostawiono jednak państwom możliwość ograniczenia stosowania art. 49 *TFUE* w szczególnych przypadkach z zachowaniem zasad określonych w *TFUE* oraz przez TSUE w wyroku w sprawie *Gebhard* [Sprawa C – 55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell’Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano*, Zb. Orz. 1995, s. I-4165].

Art. 49 *TFUE* definiuje swobodę przedsiębiorczości, która odnosi się głównie do osób fizycznych, lecz również do spółek w rozumieniu art. 54 *TFUE* i obejmuje „podejmowanie i wykonywanie działalności prowadzonej na własny rachunek, jak również zakładanie i zarządzanie przedsiębiorstwami, a zwłaszcza spółkami”. Artykuł ten ustanawia też ogólny zakaz ograniczania swobody przedsiębiorczości, ze szczególnym wskazaniem na zakaz ograniczania „w tworzeniu agencji, oddziałów lub filii”. Art. 50 *TFUE* stwierdza, iż w obszarze swobody przedsiębiorczości Rada podejmuje dyrektywy „zgodnie ze zwykłą procedurą ustawodawczą i po konsultacji z Komitetem Ekonomiczno-Społecznym”.

⁶⁸ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* S. Jarosz-Żukowska, *Konstytucyjna zasada ochrony własności*, Kraków 2003.

⁶⁹ Tadeusz Gadkowski Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, Studium Prawa. *Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*. *Studia Oeconomica Posnaniensia* 2015, vol. 3, no. 3.

W najczęściej powoływanej sprawie C-213/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame (No 2), TSUE przyjął, że **chodzi o samodzielne i rzeczywiste wykonywanie działalności gospodarczej za pomocą trwałego urzędnika w innym państwie członkowskim na czas nieokreślony** [ECR 1991a] ⁷⁰.

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 ⁷¹.

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 rozróżnić pierwotne i wtórne prowadzenie działalności gospodarczej, co jest niekiedy określane jako pierwotna i wtórna swoboda przedsiębiorczości** ⁷².

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** ⁷³.

Natomiast w przypadku wtórnej swobody przedsiębiorczości [akapit 1 zdanie 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 ⁷⁴.

Kolejnym elementem pojęcia swobody przedsiębiorczości w świetle powołanego wyżej orzeczenia w sprawie C-213/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame (No 2) **jest element obcy określany jako element transgraniczny, który jest niezbędny dla korzystania z tej swobody na terytorium Unii** ⁷⁵.

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. TSUE 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 *Knors v. Secretary of State for Economic Affairs* [ECR 1979] TSUE **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* (obecnie art. 49 *TFUE*) wtedy, kiedy w danej sprawie występuje element obcy, a więc wspólnotowy.**

⁷⁰ T. Gadkowski. *Ograniczenia ...*

⁷¹ T. Gadkowski. *Ograniczenia ...*

⁷² T. Gadkowski. *Ograniczenia ...*

⁷³ T. Gadkowski. *Ograniczenia ...zob. także* Sprawa C-9/02 *Hughes Lasteyrie du Saillant v. Ministerie de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*, [ECR 2004a]).

⁷⁴ T. Gadkowski. *Ograniczenia ...*

⁷⁵ T. Gadkowski. *Ograniczenia ...*

Istotnym elementem pojęcia swobody przedsiębiorczości, wskazanym przez TSUE w powołanym już wyżej wyroku w sprawie C-213/89 R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factorame (No 2) **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 następane TFUE** ⁷⁶.

W fundamentalnym w tym zakresie, powołanym już wyżej orzeczeniu w sprawie C-55/94 Gebhard [ECR 1995], TSUE 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. TSUE **podkreślił, że pojęcie wykonywania działalności gospodarczej jest ujmowane w postanowieniach Traktatu 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.**

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 TSUE w sprawie C-369/90 Micheletti (Mario Vincente) and Others v. Delegacion del Gobierno en Cantabria [ECR 1992] ⁷⁷.

Ad. (6)

W zakresie konstytucyjnego zakazu naruszania istoty prawa, w tym praw podstawowych Trybunał Konstytucyjny wskazał na kryterium wyłączające konstytucyjność ograniczeń, tj. zasadę proporcjonalności ⁷⁸. Na podobnym stanowisku stoi NSA, stwierdzając: *„zasada proporcjonalności nie jest jednoznacznie definiowana. Na gruncie literatury przedmiotu można wszakże skonstatować, że zasada ta jest postrzegana jako dyrektywa adresowana do organów stanowiących prawo, zgodnie z którą organy te czyniąc użytek z przyznaných kompetencji nie powinny ustanawiać nadmiernych ograniczeń w korzystaniu przez jednostkę z podstawowych praw i wolności”* ⁷⁹.

W tak rozumianej zasadzie proporcjonalności chodzi o to, aby ingerencja ustawodawcy w zakres prawa lub wolności konstytucyjnej nie była nadmierna. Oznacza to, że *„spośród możliwych środków działania należy wybierać możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu.”* ⁸⁰.

„[...] Istotne w takim stanie rzeczy wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytania:

- 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna dla ukształtowaniu ładu prawnego [...],*
- 2) czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw których dotyczy;*
- 3) czy regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego (powszechnego), z którym jest powiązana (na który powołuje się art. 1 Protokołu Nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności),*

⁷⁶ T. Gadkowski. *Ograniczenia ...*

⁷⁷ T. Gadkowski. *Ograniczenia ...*

⁷⁸ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

⁷⁹ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* wyrok z 16.12.2009 r., II FSK 1172/08, Legalis..

⁸⁰ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* wyrok z 25.2.1999 r., K 23/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 25.

4) *czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela*"⁸¹.

*„W działalności organów prawodawczych [...] powinno się respektować tzw. wymaganie proporcjonalności (adekwatności); spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu”*⁸².

Przełomową rolę w uznaniu proporcjonalności jako podstawy do ogólnej oceny działań Wspólnoty, odegrało orzeczenie z 17 grudnia 1970 r. w sprawie *Internationale Handelsgesellschaft GmbH przeciwko Einfuhr- und Vorratstelle für Getriebe und Futtermittel*⁸³. W sprawie *Internationale Handelsgesellschaft*, która dotyczyła licencjonowania importu i eksportu, w ramach Wspólnej Polityki Rolnej, Trybunał zauważył, że *„swoboda działania jednostek nie powinna być ograniczana poza zakres wymagany dla celów interesu publicznego”*.

W ten sposób zasada proporcjonalności została powiązana z koncepcją praw podstawowych – TSUE wprowadził ją do sfery praw jednostek⁸⁴.

Podobnie w rozstrzygnięciu z 18 września 1986 r. w sprawie *Commission przeciwko Federal Republic of Germany* stwierdził, że: *„zasada proporcjonalności wymaga, aby środki nakładane przez instytucje wspólnotowe były odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu i nie przekraczały zakresu koniecznego do jego osiągnięcia”*⁸⁵.

Kluczowym elementem jest zatem wykazanie związku między charakterem i zakresem podejmowanych działań (ewentualnie zaniechań) a celem, któremu mają one służyć. Stosowany tutaj test proporcjonalności ma charakter dwustopniowy, bowiem Trybunał bada najpierw kryterium odpowiedniości środka, a następnie kryterium konieczności⁸⁶.

Najszerszą definicję proporcjonalności przedstawił TSUE w orzeczeniu z 13 listopada 1990 r. w sprawie *The Queen przeciwko Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others*. Czytamy tam, że: *„Zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest jedną z ogólnych zasad prawa wspólnotowego, legalność zakazu działalności gospodarczej podlega ocenie z punktu widzenia warunku, iż środki są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów wskazanych w przepisach prawnych; należy to rozumieć w ten sposób, że jeśli istnieje wybór między kilkoma odpowiednimi środkami należy zastosować ten, który jest najmniej uciążliwy, a niekorzystne skutki, które za sobą pociąga, nie mają być nieproporcjonalne do wskazanego celu”*⁸⁷.

⁸¹ Wyrok z 25.2.1999 r., K 23/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 25.

⁸² B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ... zob. także* S. Wronkowska, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995.

⁸³ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym* http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/1-2006_Maliszewska.pdf

⁸⁴ A. Wyrozumska, *Państwa członkowskie a Unia Europejska w: Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2002, **zob. także** J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady...*

⁸⁵ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady...* **zob. także** wyrok C-116/82, ECR 1986, s.2519. **Uwaga:** podobne ujęcie zastosowano m. in. w orzeczeniu z 14 stycznia 1987 r. w sprawie *Zuckerfabrik Bedburg AG and others przeciwko Council and Commission*, C-281/84, ECR 1987, s.49 oraz z 9 listopada 1995 r. w sprawie *Federal Republic of Germany przeciwko Council of the European Union*, C-426/93, ECR 1995, s.I-3723.

⁸⁶ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady...*

⁸⁷ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady...* **uwaga:** Należy zauważyć, że podobne ujęcie zostało zastosowane przez Trybunał już wcześniej – w orzeczeniu z 11 lipca 1989 r. w sprawie *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Gronau*, C-265/87, ECR 1989, s.2237. Jednakże tam Trybunał odniósł się jedynie do „środków nakładających opłaty finansowe na przedsiębiorców”. Ta szeroka definicja proporcjonalności była potem powtarzana w kilku rozstrzygnięciach – por. np. orzeczenie z 5 października 1994 r. w sprawie *Antonio Crispolti przeciwko Fattoria Autonoma Tabacchi and Giuseppe Natale and Antonio Pontillo przeciwko Donatab Srl*, sprawy połączone C-133/93, 300/93 i 362/93, ECR 1994, s.I-4863, pkt 40 oraz z 16 grudnia 1999 r. w sprawie *Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH przeciwko Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft eV*, C-101/98, ECR 1999, s.I-8841, pkt 30.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw”.

Jak wskazuje Banaszek w komentarzu *Konstytucja RP* nie pozostawia ustawodawcy pełnej swobody w ustalaniu ograniczeń gwarantowanych w niej praw i wolności⁸⁸.

Ustawowe ograniczenia praw i wolności konstytucyjnych są więc, jak stwierdził Trybunał Konstytucyjny: **„dopuszczalne, o ile są konieczne dla ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP”.** Badanie konstytucyjności ograniczeń ustawowych wszak **„nie sprowadza się do zagadnień prawnej dopuszczalności wprowadzenia ograniczeń jako takich, ale do kwestii dochowania konstytucyjnych ram, w jakich podlegające ochronie konstytucyjnej prawo może być ograniczane.”**⁸⁹.

„Z tych względów Trybunał uznał, iż potwierdzony zarzut nieproporcjonalnego naruszenia sfery prywatności, w rozumieniu art. 31 ust. 3 konstytucji stanowi samodzielną podstawę dla stwierdzenia niekonstytucyjności zaskarżonych przepisów, bez potrzeby powołania się na art. 2 konstytucji. Art. 31 ust. 3 jest bowiem szczegółowym rozwinięciem gwarancji praw jednostki o charakterze materialnym, które to gwarancje w uprzednim stanie konstytucyjnym mieściły się w generalnej klauzuli demokratycznego państwa prawnego⁹⁰. Ze względu na powyższe Trybunał uznał, iż nie zachodzi potrzeba badania zgodności zaskarżonych przepisów z art. 2 konstytucji – co znalazło odbicie w pkt. II sentencji wyroku.”⁹¹.

Do konstytucyjnego zakazu naruszania istoty prawa Trybunał Konstytucyjny (podobnie jak wiele innych sądów konstytucyjnych) dodał jeszcze jedno kryterium wyłączające konstytucyjność ograniczeń – zasadę proporcjonalności⁹².

Na podobnym stanowisku stoi NSA, stwierdzając: **„zasada proporcjonalności nie jest jednoznacznie definiowana. Na gruncie literatury przedmiotu można wszakże skonstatować, że zasada ta jest postrzegana jako dyrektywa adresowana do organów stanowiących prawo, zgodnie z którą organy te czyniąc użytek z przyznanych kompetencji nie powinny ustanawiać nadmiernych ograniczeń w korzystaniu przez jednostkę z podstawowych praw i wolności”**⁹³.

W tak rozumianej zasadzie proporcjonalności chodzi o to, aby ingerencja ustawodawcy w zakres prawa lub wolności konstytucyjnej nie była nadmierna. Oznacza to, że **„spośród możliwych środków działania należy wybierać możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu.”**⁹⁴.

Badając, czy zasada proporcjonalności nie została naruszona przez ustawodawcę, Trybunał Konstytucyjny uwzględnia specyfikę poszczególnych praw jednostki i stwierdza: **„z istoty tych praw powinny wynikać granice dopuszczalnych ograniczeń”**⁹⁵.

„Ingerencja ustawodawcy jest więc w konstytucyjnie określonych przypadkach dopuszczalna, nie może być jednak nadmierna, to znaczy sprzeczna z zasadą proporcjonalności. Zasada

⁸⁸ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

⁸⁹ Wyrok TK z 27.1.1998 r., K 1/98, OTK 1999, Nr 1, poz. 3, s. 34.

⁹⁰ wyrok TK z dnia 25 listopada 1997 r., K. 26/97

⁹¹ Wyrok TK z 27.1.1998 r., K 1/98, OTK 1999, Nr 1, poz. 3, s. 34.

⁹² B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*...

⁹³ 1) Wyrok z 16.12.2009 r., II FSK 1172/08, Legalis. 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

⁹⁴ 1) Wyrok TK z 25.2.1999 r., K 23/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 25. 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

⁹⁵ 1) Wyrok TK z 25.2.1999 r., K 23/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 25. 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

proporcjonalności jest niewątpliwie znaczącą zasadą państwa prawnego. W świetle dotychczasowego orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego spośród możliwych środków działania należy wybierać możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu. Trybunał Konstytucyjny nie widzi potrzeby odstąpienia od dotąd prezentowanego stanowiska. W sprawie K. 11/94 (także w sprawie K. 3/96) Trybunał stwierdził m.in., iż rozważanie czy zakaz ten nie został naruszony przez ustawodawcę uwzględniać powinno specyfikę poszczególnych praw jednostki. Z istoty tych praw powinny wynikać granice dopuszczalnych ograniczeń. Istotne w takim stanie rzeczy wydaje się udzielenie odpowiedzi na pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza służy i jest konieczna dla ukształtowaniu ładu prawnego w sferze stosunków własnościowych, 2) czy zamierzony przez ustawodawcę cel jest możliwy do osiągnięcia bez naruszenia podstawowych standardów prawnych wyrażających istotę praw których dotyczy; 3) czy regulacja jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego (powszechnego), z którym jest powiązana (na który powołuje się art. 1 Protokołu Nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności), 4) czy efekt wprowadzonej regulacji pozostaje w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela”⁹⁶.

Jak wynika z powyższego zasada proporcjonalności jest jedną z podstawowych zasad konstytucyjnych.

W odniesieniu zaś do regulacji nie dotyczących sfery praw i wolności jednostki Trybunał Konstytucyjny wyprowadza zasadę proporcjonalności z pojęcia demokratycznego państwa prawnego. Zasada ta nie jest w sposób wyraźny ani dorozumiany wyrażona w art. 2 Konstytucji RP. Stanowi ona wyraz dokonanej przez Trybunał Konstytucyjny wykładni art. 2 Konstytucji RP. Brak jest jednak w jej wypadku przesłanek wyraźnie określonych przez ustawę zasadniczą⁹⁷.

Trybunał stwierdził że „państwo prawne opiera się na założeniu racjonalności prawodawcy, a warunkiem koniecznym realizacji tego założenia jest przestrzeganie proporcjonalności w procesie stanowienia prawa. Racjonalny prawodawca stanowi prawo sprawiedliwe, stąd w zasadzie sprawiedliwości należy też upatrywać podstaw obowiązywania zasady proporcjonalności”⁹⁸.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego z zasady proporcjonalności wypływa przyjmowanie danej regulacji tylko wówczas, gdy jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana, oraz nakaz kształtowania danej regulacji w sposób zapewniający osiągnięcie zamierzonych skutków, a także wymóg zachowania proporcji między efektami wprowadzonej regulacji a ciężarami względnie niedogodnościami wynikającymi z niej dla obywateli⁹⁹.

Należy zgodzić się ze zdaniem S. Wronkowskiej „W działalności organów prawodawczych [...] powinno się respektować tzw. wymaganie proporcjonalności (adekwatności); spośród możliwych (i zarazem legalnych) środków oddziaływania należałoby wybierać środki skuteczne dla osiągnięcia celów założonych, a zarazem możliwie najmniej uciążliwe dla podmiotów, wobec których mają być zastosowane, lub dolegliwe w stopniu nie większym niż jest to niezbędne dla osiągnięcia założonego celu”¹⁰⁰.

Zasada proporcjonalności, jak już wspomniano, została wprowadzona do wspólnotowego porządku prawnego przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości¹⁰¹.

⁹⁶ Wyrok z 25.2.1999 r., K 23/98, OTK 1999, Nr 2, poz. 25.

⁹⁷ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

⁹⁸ Orzeczenie z 31.1.1996 r., K 9/95, OTK 1996, Nr 1, poz. 2.

⁹⁹ Wyrok TK z 26.4.1995 r., K 11/94, OTK 1995, Nr 1, poz. 12. B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

¹⁰⁰ 1) S. Wronkowska, [w:] S. Wronkowska (red.), *Polskie dyskusje o państwie prawa*, Warszawa 1995, s. 74). 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

¹⁰¹ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym* http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/1-2006_Maliszewska.pdf

Pierwsze odniesienie do niej znajdujemy w orzeczeniu z 29 listopada 1956 r. w sprawie Fédération Charbonnière de Belgique przeciwko High Authority ¹⁰². TSUE stwierdził tam, że „**zgodnie z ogólnie przyjętą zasadą prawa, taka pośrednia reakcja Wysokiej Władzy na sprzeczne z prawem działania przedsiębiorstw musi być proporcjonalna do rozmiarów tych działań**”.

Z kolei w orzeczeniu z 12 czerwca 1958 r. w sprawie Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse przeciwko High Authority, TSUE podkreślił, iż Wysoka Władza ma obowiązek działania z należytą ostrożnością, kiedy porównuje różne, sprzeczne ze sobą interesy, ograniczając zarazem, na ile to możliwe, przewidywalną szkodę po stronie osób trzecich ¹⁰³.

Przełomową rolę w uznaniu proporcjonalności jako podstawy do ogólnej oceny działań Wspólnoty, odegrało orzeczenie z 17 grudnia 1970 r. w sprawie Internationale Handelsgesellschaft GmbH przeciwko Einfuhr- und Vorratstelle für Getriebe und Futtermittel ¹⁰⁴. W sprawie Internationale Handelsgesellschaft, która dotyczyła licencjonowania importu i eksportu, w ramach Wspólnej Polityki Rolnej, Trybunał zauważył, że „**swoboda działania jednostek nie powinna być ograniczana poza zakres wymagany dla celów interesu publicznego**”.

W ten sposób zasada proporcjonalności została powiązana z koncepcją praw podstawowych – Trybunał wprowadził ją do sfery praw jednostek ¹⁰⁵.

W orzeczeniu z 20 lutego 1979 r. w sprawie Buitoni przeciwko Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles¹¹ w odniesieniu do art. 3 rozporządzenia 499/76, Trybunał uznał karę tam nałożoną „trzeba uznać za nadmiernie surową w odniesieniu do celu, jakim jest skuteczność administracyjna w ramach systemu licencji eksportowych i importowych” ¹⁰⁶. **Rozstrzygnięcie to należy uznać za szczególnie ważne, bowiem potwierdziło zastosowanie zasady proporcjonalności także w odniesieniu do kar nakładanych przez instytucje wspólnotowe** ¹⁰⁷.

Już na wczesnych etapach rozwoju orzecznictwa Trybunał wyjaśnił, że państwa nie mogą wykorzystywać derogacji od podstawowych swobód, jeśli nie jest to absolutnie potrzebne ¹⁰⁸.

W swoich kolejnych orzeczeniach Trybunał rozwijał ogólną koncepcję zasady proporcjonalności ¹⁰⁹.

Jedną z najczęściej cytowanych definicji odnajdziemy w rozstrzygnięciu z 23 lutego 1983 roku w sprawie Fromançais SA przeciwko Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA)¹¹⁰. Zgodnie z tym ujęciem: „**W celu stwierdzenia, czy postanowienie prawa wspólnotowego jest zgodne z zasadą proporcjonalności należy ustalić, po pierwsze, czy środki, które przewiduje się dla osiągnięcia celu odpowiadają wadze tego celu, a po drugie, czy są konieczne do jego osiągnięcia**” ¹¹¹. **W tej definicji Trybunał nie odwołał się wprost do kryterium odpowiedniości środka. W kolejnych sprawach można je jednak odnaleźć.**

¹⁰² C-8/55, ECR 1954-56, s.292. Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój [...] Ibidem*.

¹⁰³ C-15/57, ECR 1957-58, s.211

¹⁰⁴ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

¹⁰⁵ A.Wyrozumska, *Państwa członkowskie a Unia Europejska w: Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J.Barcz, Warszawa 2002, s. 299. Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

¹⁰⁶ C-114/76, ECR 1977, s.1211. Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

¹⁰⁷ C-122/78, ECR 1979, s.677. Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

¹⁰⁸ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

¹⁰⁹ **1)** Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...* **2)** Orzeczenie Trybunału z 20 lutego 1979 r. w sprawie Rewe-Zentral AG przeciwko Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, C-120/78, ECR 1979, s.649.

¹¹⁰ **1)** Wyrok TSUE C-66/82, ECR 1983, s.395. **2)** Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój zasady proporcjonalności w europejskim prawie wspólnotowym* http://www.ce.uw.edu.pl/pliki/pw/1-2006_Maliszewska.pdf

¹¹¹ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój...* Taka definicja była potem powtarzana w wielu sprawach Trybunału, np. w orzeczeniu z 1 października 1985 r. w sprawie Office belge de l'économie et de l'agriculture (OBEA) przeciwko SA Nicolas Corman et fils, C-125/83, ECR 1985, s.3039, czy z 27 listopada 1991 r. w sprawie Italtrade SpA przeciwko Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo (AIMA), C-199/90, ECR 1991, s.I-5545, pkt 12.

W orzeczeniu z 17 maja 1984 r. w sprawie Denkavit Nederland BV przeciwko Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten Trybunał wskazał, że: **„zgodnie z zasadą proporcjonalności środki przyjęte przez instytucje wspólnotowe nie mogą przekraczać tego, co jest odpowiednie i konieczne do osiągnięcia wskazanego celu”**¹¹².

Podobnie w rozstrzygnięciu z 18 września 1986 r. w sprawie Commission przeciwko Federal Republic of Germany stwierdził, że: **„zasada proporcjonalności wymaga, aby środki nakładane przez instytucje wspólnotowe były odpowiednie do osiągnięcia zamierzonego celu i nie przekraczały zakresu koniecznego do jego osiągnięcia”**¹¹³.

Kluczowym elementem jest zatem wykazanie związku między charakterem i zakresem podejmowanych działań (ewentualnie zaniechań) a celem, któremu mają one służyć. **Stosowany tutaj test proporcjonalności ma charakter dwustopniowy, bowiem Trybunał bada najpierw kryterium odpowiedniości środka, a następnie kryterium konieczności**¹¹⁴.

Najszerzą definicję proporcjonalności przedstawił Trybunał w orzeczeniu z 13 listopada 1990 r. w sprawie The Queen przeciwko Minister of Agriculture, Fisheries and Food and Secretary of State for Health, ex parte: Fedesa and others. Czytamy tam, że: **„Zgodnie z zasadą proporcjonalności, która jest jedną z ogólnych zasad prawa wspólnotowego, legalność zakazu działalności gospodarczej podlega ocenie z punktu widzenia warunku, iż środki są odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celów wskazanych w przepisach prawnych; należy to rozumieć w ten sposób, że jeśli istnieje wybór między kilkoma odpowiednimi środkami należy zastosować ten, który jest najmniej uciążliwy, a niekorzystne skutki, które za sobą pociąga, nie mają być nieproporcjonalne do wskazanego celu”**¹¹⁵.

W stosunku do wcześniejszych koncepcji, następuje tu rozszerzenie elementów, które należy brać pod uwagę. Dodatkowo trzeba bowiem sprawdzić, czy nie istnieją inne sposoby osiągnięcia danego celu, a jeśli tak, to wybrać środek najmniej ingerujący w swobodę działania jednostki (jest to szerokie ujęcie kryterium konieczności). Ponadto instytucje wspólnotowe powinny również brać pod uwagę ewentualne skutki wynikające z ich działań. One również nie mogą być nieproporcjonalne do celu, który ma zostać zrealizowany (proporcjonalność sensu stricto). Nie ma jednak wątpliwości, że akcent jest tu położony na ocenę środków, z których korzystają instytucje, a nie na samą potrzebę podjęcia działania¹¹⁶.

Analiza orzecznictwa Trybunału prowadzi do wniosku, że nie stosuje on jednej koncepcji proporcjonalności. Szeroka i węższa jej definicja stosowane są równolegle w zależności od tego, jaka sprawa jest przedmiotem rozstrzygnięcia. Na przykład, przy ocenie działań państw członkowskich mających wpływ na podstawowe swobody Rynku Wewnętrznego, Trybunał poza ogólną oceną

¹¹² 1) Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...* 2) Wyrok TSUE C-15/83, ECR 1984, s.2171. Podobna wykładnia została później zastosowana w orzeczeniu z 13 maja 1986 r. w sprawie Bilka - Kaufhaus GmbH przeciwko Karin Weber von Hartz, C-170/84, ECR 1986, s.1607 oraz z 24 września 1985 r. w sprawie The Queen, ex parte E. D. & F. Man (Sugar) Ltd przeciwko Intervention Board for Agricultural, C-181/84, ECR 1985, s.2889.

¹¹³ 1) Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...* 2) Wyrok TSUE C-116/82, ECR 1986, s.2519. Podobne ujęcie zastosowano m. in. w orzeczeniu z 14 stycznia 1987 r. w sprawie Zuckerfabrik Bedburg AG and others przeciwko Council and Commission, C-281/84, ECR 1987, s.49 oraz z 9 listopada 1995 r. w sprawie Federal Republic of Germany przeciwko Council of the European Union, C-426/93, ECR 1995, s.I-3723.

¹¹⁴ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

¹¹⁵ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...* 2) Wyrok TSUE C-331/88, ECR 1990, s.I-4023. Należy zauważyć, że podobne ujęcie zostało zastosowane przez Trybunał już wcześniej – w orzeczeniu z 11 lipca 1989 r. w sprawie Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG przeciwko Hauptzollamt Gronau, C-265/87, ECR 1989, s.2237. Jednakże tam Trybunał odniósł się jedynie do „środków nakładających opłaty finansowe na przedsiębiorców”. Ta szeroka definicja proporcjonalności była potem powtarzana w kilku rozstrzygnięciach – por. np. orzeczenie z 5 października 1994 r. w sprawie Antonio Crispolti przeciwko Fattoria Autonoma Tabacchi and Giuseppe Natale and Antonio Pontillo przeciwko Donatab Srl, sprawy połączone C-133/93, 300/93 i 362/93, ECR 1994, s.I-4863, pkt 40 oraz z 16 grudnia 1999 r. w sprawie Union Deutsche Lebensmittelwerke GmbH przeciwko Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft eV, C-101/98, ECR 1999, s.I-8841, pkt 30.

¹¹⁶ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

proporcjonalności nakazuje brać jeszcze pod uwagę inne dostępne środki i wybierać ten z nich, który jest najmniej uciążliwy ¹¹⁷.

Traktat z Maastricht z 7 lutego 1992 r. powołał do życia Unię Europejską jako „nowy etap w procesie tworzenia coraz ściślejszego związku między narodami Europy, w którym decyzje są podejmowane w sposób jak najbardziej jawny i na szczeblu jak najbliższym obywatelowi” [art. 1, ust. 2 TUE ¹¹⁸]. To ogólne sformułowanie znalazło swoje rozwinięcie w bardziej szczegółowych postanowieniach traktatowych, także tych, które włączono do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Jednym z nich jest właśnie art. 3b TUE, który w kolejnych ustępach reguluje trzy zasady ważne dla podziału kompetencji między Wspólnotą a państwami członkowskimi: zasadę kompetencji powierzonych, subsydiarności i proporcjonalności. W art. 3b ust. 3 TUE przewiduje się wyraźnie, że „*Żadne działanie Wspólnoty nie wykracza poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów określonych w niniejszym Traktacie*”. W literaturze podkreśla się, że wpisując zasadę proporcjonalności do Traktatu z Maastricht państwa nie tylko uznały ją w sposób urzędowy. Nadały jej również bardziej ogólny zasięg – ma ona na celu nie tylko ochronę podmiotów gospodarczych, lecz również uniemożliwienie Wspólnocie nadmiernego wkraczania w dziedzinę swobody państw ¹¹⁹.

Jednocześnie zasada proporcjonalności została podniesiona do rangi fundamentalnej zasady leżącej u podstaw prawno-instytucjonalnego porządku Wspólnot Europejskich, stanowiącej część prawa pierwotnego. Taki wniosek można wyprowadzić z jej umiejscowienia w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską (część I „Zasady”) ¹²⁰.

Kiedy podpisywano Traktat Amsterdamski, nie zdecydowano się na wprowadzenie zmian do postanowienia art. 3b TUE. W rezultacie zasada proporcjonalności jest zdefiniowana w taki sam sposób, jak przewidywał Traktat z Maastricht. Zmianie uległa jedynie numeracja artykułów – obecnie zasada proporcjonalności jest określona w przepisie art. 5 ust. 3 TUE.

Istotny dla określenia istoty zasady proporcjonalności jest wyrok z dnia 12 lipca 2001 r. Trybunał Sprawiedliwości, C-157/99: B.S.M. Smits, małżonka Geraets, a Stichting Ziekenfonds VGZ oraz między H.T.M. Peerbooms, a Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen, zgodnie z którym:

- 1) „[...] Należy przypomnieć, jak to uczyniły wszystkie rządy, które przedstawiły uwagi w niniejszej sprawie, że Trybunał orzekł już w przeszłości, iż nie można wykluczyć, że ryzyko poważnego naruszenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego może należeć do nadrzędnych względów interesu ogólnego, zdolnych uzasadnić przeszkodę w swobodnym świadczeniu usług (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 41). [...]”,
- 2) „[...] Trybunał orzekł już również, iż – jeżeli chodzi o cel polegający na utrzymaniu zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich służby medycznej i szpitalnej, nawet jeżeli taki cel jest nierozłącznie związany ze sposobem finansowania systemu zabezpieczenia społecznego – cel taki może również zaliczać się do odstępstw związanych ze zdrowiem publicznym na podstawie art. 56 traktatu WE (obecnie, po zmianie, art. 46 WE) w zakresie, w jakim przyczynia się do osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 50). [...]”,

¹¹⁷ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ... Ibidem*. Tak było np. w orzeczeniu z 10 listopada 1982 r. w sprawie Walter Rau Lebensmittelwerke przeciwko De Smedt PVBA, C-261/81, ECR 1982, s.3961, w której Trybunał podkreślił, że: „(...) takie regulacje mają być proporcjonalne do wskazanego celu. Jeśli zatem państwo członkowskie ma wybór między różnymi środkami służącymi osiągnięciu tego samego celu, powinno wybrać ten środek, który w najmniejszym stopniu ogranicza swobodę przepływu towarów”.

¹¹⁸ *Traktat o Unii Europejskiej*. Traktaty rzymskie – ogólna nazwa dwóch umów międzynarodowych, podpisanych przez Francję, Republikę Federalną Niemiec, Włochy, Belgię, Holandię i Luksemburg 25 marca 1957. Uroczystość miała miejsce w sali Horacjuszy i Kuriacjuszy w Palazzo dei Conservatori na Kapitolu w Rzymie. Pierwsza z umów (w latach 1958-1992) nosiła nazwę Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą. Traktat z Maastricht (Traktat o Unii Europejskiej) przekształcił EWG we Wspólnotę Europejską, w związku z czym dokument ten otrzymał nazwę Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Obecną nazwę (Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) nadał dokumentowi Traktat lizboński.

¹¹⁹ 1) Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...* 2) J.D.Mouton, Ch Soulard, Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich, Lublin 2000, s.87. 25

¹²⁰ Justyna Maliszewska-Nienartowicz, *Rozwój ...*

3) „[...] Trybunał wyjaśnił także, że art. 56 traktatu pozwala państwom członkowskim ograniczyć swobodę świadczenia usług medycznych i szpitalnych w zakresie, w jakim utrzymanie możliwości przeprowadzania leczenia lub kwalifikacji medycznych na terytorium krajowym stanowi kwestię fundamentalną dla zdrowia publicznego, a nawet dla przetrwania populacji (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 51). [...]”

4) „[...] Należy zatem ustalić, czy rozpatrywane sporne uregulowanie krajowe może rzeczywiście być uzasadnione takimi nadrzędnymi względami, a jeśli tak, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, upewnić się, że nie wykracza ono poza to, co jest obiektywnie konieczne w tym celu, i czy taki rezultat nie może być uzyskany przy pomocy mniej restrykcyjnych przepisów (patrz wyroki: z dnia 4 grudnia 1986 r. w sprawie 205/84 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. 3755, pkt 27 i 29; z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-180/89 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-709, pkt 17 i 18 oraz z dnia 20 maja 1992 r. w sprawie C-106/91 Ramrath, Rec. str. I-3351, pkt 30 i 31).”

Zgodnie art. 22 Konstytucji RP „**Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny**”.

Działalność gospodarcza może być ograniczona wyłącznie ustawowo. Łączy się z tym zasada ochrony wolności działalności gospodarczej, która implikuje „zakazy (oraz a contrario nakazy) adresowane do obligatoryjnych korporacji (samorządów) zawodowych i innych, dysponujących pewnym władztwem publicznym wobec prowadzących działalność gospodarczą”¹²¹.

W literaturze prawniczej aprobeuje się ponadto połączenie ochrony wolności działalności gospodarczej nie tyle z nakazem równouprawnienia podmiotów gospodarczych, co z zakazem ich arbitralnej dyskryminacji¹²².

Z takim rozumieniem wolności działalności gospodarczej koresponduje orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, według którego podmiot korzystający z tej wolności podejmuje podstawowe decyzje w kilku kwestiach. W szczególności decyduje o: podjęciu działalności w określonej dziedzinie; o sprecyzowaniu przedmiotu działalności; doborze i kształtowaniu formy prawno-organizacyjnej działalności; sposobach i zakresie prowadzenia działalności, w tym działalności w sferach: kontraktowej, konkurencyjnej, koncentracji i inwestowania; ograniczeniu, zawieszeniu albo zaprzestaniu prowadzenia działalności¹²³.

Trybunał zwraca ponadto uwagę, że na konstytucyjną wolność działalności gospodarczej składa się nie tylko swoboda podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej, lecz także swoboda konkurencyjnej z innymi podmiotami. **Przedsiębiorcy prywatni i przedsiębiorcy publiczni (w tym przedsiębiorstwa państwowe) uczestniczą w obrocie gospodarczym na równych prawach. Dlatego też wszelkie różnicowanie w tym zakresie, jeśli jest wprowadzane przez ustawodawcę, nie może przybierać cech dyskryminacji. W szczególności zakaz dyskryminacji dotyczy życia gospodarczego [art. 32 ust. 2 Konstytucji RP].** W świetle konstytucyjnej zasady równości nie wolno tworzyć prawa różnicującego sytuację prawną podmiotów, których sytuacja faktyczna jest taka sama. Sprawiedliwość wymaga, aby różnicowanie prawne podmiotów (ich kategorii) pozostawało w odpowiedniej relacji do różnic w ich sytuacji faktycznej jako adresatów danych norm prawnych¹²⁴.

Ograniczenia wolności działalności gospodarczej wynikać muszą z obowiązku spełnienia przewidzianych prawem warunków prowadzenia działalności gospodarczej, dotyczących ochrony

¹²¹ 1) J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 363).

2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

¹²² 1) J. Ciapała, *Konstytucyjna wolność działalności gospodarczej w Rzeczypospolitej Polskiej*, Szczecin 2009, s. 168).

2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

¹²³ 1) Wyrok z 19.1.2010 r., SK 35/08, OTK-A 2010, Nr 1, poz. 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

¹²⁴ 1) Wyrok TK z 26.3.2007 r., K 29/06, OTK-A 2007, Nr 3, poz. 30. 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej* ...

przed zagrożeniem życia i zdrowia ludzkiego, a także innych warunków określonych w przepisach budowlanych, sanitarnych, przeciwpożarowych i w przepisach dotyczących ochrony środowiska.

Trybunał Konstytucyjny podkreślił, że ograniczenia działalności gospodarczej mają w zasadzie charakter przedmiotowy z nielicznymi wyjątkami wprowadzającymi obowiązek posiadania odpowiednich kwalifikacji, które nie mają charakteru uniemożliwiającego podjęcie takiej działalności, oczywiście po ich uprzednim uzyskaniu. Ograniczają więc jedynie bezpośrednie podjęcie tej działalności. Wprowadzenie takich wymogów ma na celu zapewnienie nie tylko ochrony państwu, ale i pozostałym podmiotom uczestniczącym w obrocie gospodarczym, w szczególności konsumentom ¹²⁵.

Trybunał podkreślił też że wprowadzenie ograniczeń w swobodzie działalności gospodarczej nie oznacza jeszcze zgodności takiej regulacji z *Konstytucją RP*. Ustanawiając ustawową formę ograniczeń, przepis ten zakłada dopuszczalność jedynie wymagań minimalnych. **Takie ograniczenie musi być zatem na tyle merytorycznie uzasadnione, by w konflikcie z zasadą swobodnej działalności gospodarczej warunek aksjologiczny zwyciężył na korzyść ograniczenia. W założeniu więc celowe wprowadzanie na gruncie ustawy pewnych ograniczeń stanowić ma gwarancje prawidłowego funkcjonowania państwa i ochrony prawnej jego obywateli** ¹²⁶.

Zasadność ograniczeń wolności gospodarczej uzasadnia ważny interes publiczny. *Konstytucja RP* go nie definiuje, ale w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego i w nauce powszechnie przyjmuje się, że pojęcie to obejmuje bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowia publicznego oraz moralności publicznej ¹²⁷.

Jak wskazuje Banaszek w literaturze przedmiotu słusznie podkreśla się, że „ciężar oceny, czy ograniczenie wolności gospodarczej odpowiada przyjętemu w konstytucji kryterium, spoczywa na organach projektujących i tworzących ustawy oraz kontrolujących ich konstytucyjność. W związku z tym wyłania się obawa, że dla podmiotów tworzących ustawy ograniczające wolność gospodarczą kryterium to może okazać się zbyt trudne” ¹²⁸. Brak zaś występowania tego kryterium wyznacza zgodnie z orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego granice ograniczeń wolności gospodarczej w płaszczyźnie materialnej.

Zakres dopuszczalnych ograniczeń jest tu szerszy, niż zakres ograniczeń sformułowanych w art. 31 ust. 3. Trybunał Konstytucyjny podkreśla równocześnie, że w świetle systemowej wykładni *Konstytucji* klauzula generalna „**ważnego interesu publicznego**”, o której mowa w art. 22 *Konstytucji*, **nie jest zwykłym potwierdzeniem materialnoprawnych przesłanek ograniczania wolności i praw konstytucyjnych, zawartych w art. 31 ust. 3 *Konstytucji RP*.**

Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny z klauzuli tej wynikać mogą także, wychodzące poza art. 31 ust. 3 *Konstytucji RP*, materialnoprawne przesłanki ustawowego ograniczenia wolności działalności gospodarczej. (...) **inne przesłanki materialnoprawne, mogące stanowić „ważny interes publiczny” w rozumieniu art. 22 *Konstytucji RP*, niewymienione w art. 31 ust. 3 *Konstytucji* – również powinny posiadać legitymację konstytucyjną** ¹²⁹. Trybunał zwraca jednak uwagę, że nie jest to wówczas legitymacja konstytucyjna bezpośrednia. Przesłanki takie nie są bowiem określone w przepisach *Konstytucji*. Są określone przez ustawodawcę, który winien uzasadnić, na gruncie wartości lub norm *Konstytucji*” 9Wyrok z 13.10.2010 r., KP 1/09, OTK-A 2010, Nr 8, poz. 74).

¹²⁵ 1) Wyrok z 9.4.1991 r., K 9/90, OTK 1991, Nr 1, poz. 9, s. 147. 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

¹²⁶ Uchwała z 9.12.1992 r., W 10/92, OTK 1992, Nr 2, poz. 37, s. 150.

¹²⁷ L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, PiP 2001, z. 10, s. 5 i n.

¹²⁸ 1) C. Kosikowski, *Zasady ustroju społeczno-gospodarczego*, [w:] K. Działocha (red.), *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Raport wstępny*, Warszawa 2004, s. 34). 2) B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

¹²⁹ Wyrok z 14.6.2004 r., SK 21/03, OTK-A 2004, Nr 6, poz. 56.

Dla uznania zasadności proponowanych w ustawach ograniczeń wolności gospodarczej z punktu widzenia najczęściej powoływanych w tym przypadku zasad i dóbr konstytucyjnych – tzn. zasad sprawiedliwości społecznej oraz zrównoważonego rozwoju, ochrony konsumenta, ochrony godności człowieka, życia i zdrowia ludzi, ochrony środowiska – konieczne są każdorazowo wnikliwe badania stanu faktycznego przeprowadzone w skali makroekonomicznej przez różne niezależne ośrodki ¹³⁰.

Tytułem przykładu można wskazać, że dopiero stwierdzenie faktycznych nierówności mających charakter strukturalny mogłoby stanowić przesłankę działania ustawodawcy i jego ingerencję w procesy rynkowe i gospodarcze mającą na celu realizację zasady sprawiedliwości społecznej traktowanej jako pierwszoplanową. To z kolei umożliwiłoby na tej podstawie ograniczenie praw określonych grup podmiotów. Z nadużyciem rozumienia interesu publicznego mamy do czynienia, gdy dobra chronione nie mogą stanowić kryterium jednoznacznie wskazującego na przyjęty w ustawie sposób ograniczeń wolności gospodarczej i tym samym trudno uznać, że go uzasadniają. Dla ich ochrony można by przyjąć inne rozwiązania zapewniające realizację zadań ochrony tych samych dóbr ¹³¹.

Jak wskazuje Tadeusz Gadkowski Postanowienia *TUE* zakazują wszelkich ograniczeń swobody przedsiębiorczości, także takich, które mają ograniczony zakres i małe znaczenie ¹³².

Tadeusz Gadkowski wskazuje na klasyfikację dokonana przez Gawrysiak – Zabłocką 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 ¹³³.

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) ¹³⁴.

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 ¹³⁵.

Takie rozróżnienie pomiędzy dyskryminacją bezpośrednią i dyskryminacją pośrednią ma duże znaczenie z punktu widzenia określenia ewentualnych wyjątków, które mogą usprawiedliwiać dyskryminację.

¹³⁰ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

¹³¹ B. Banaszak *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej ...*

¹³² Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w świetle wybranych orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej”, Uniwersytet Ekonomiczny w Poznaniu, Studium Prawa STUDIA OECONOMICA POSNANIENSIA 2015, vol. 3, no. 3., str. 85.

¹³³ **1)** Gawrysiak-Zabłocka, A., 2013, *Swoboda przedsiębiorczości*, w: Zawidzka-Łojek, A., Grzeszczak, R., (red.), *Prawo materialne Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy Euro Prawo, Warszawa. [2012, s. XVI-26]. **2)** Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w [...]”. *Ibidem*.

¹³⁴ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości w ...” vol. 3, no. 3., str. 85 – 86.

¹³⁵ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...” vol. 3, no. 3., str. 86.

Dyskryminacja bezpośrednia może więc być usprawiedliwiona wyłącznie na podstawie konkretnego wyjątku, spośród wskazanych *explicite* w postanowieniach *TFUE* (art. 51 i art. 52) ¹³⁶.

Natomiast dyskryminacja pośrednia, podobnie jak środki o charakterze niedyskryminującym, może być usprawiedliwiona na podstawie konkretnego wyjątku, spośród wskazanych *explicite* w postanowieniach *TFUE*, ale również ze względu na interes publiczny ¹³⁷.

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 *TSUE* ¹³⁸.

Jak wskazuje Tadeusz Gadkowski 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. 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 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 ¹³⁹.

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

¹³⁶ 1) Szwarc-Kuczer, M., 2012, *Swoboda przedsiębiorczości*, w: Wróbel, A., (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. 1, Wolters Kluwer, Warszawa. [Szwarc-Kuczer 2012, s. 855]. 2) Tadeusz Gadkowski „*Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...* vol. 3, no. 3., str. 86.

¹³⁷ 1) Szwarc-Kuczer, M., 2012, *Swoboda przedsiębiorczości ...* 2) Tadeusz Gadkowski „*Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...* vol. 3, no. 3., str. 86.

¹³⁸ Tadeusz Gadkowski „*Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...* vol. 3, no. 3., str. 86.

¹³⁹ Tadeusz Gadkowski „*Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...* vol. 3, no. 3., str. 86.

cudzoziemców, uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego ¹⁴⁰.

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 TSUE. 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 ¹⁴¹.

TSUE podkreślał też, że pojęcie bezpieczeństwa publicznego jest dosyć pojemne, jako że obejmuje zarówno bezpieczeństwo wewnętrzne, jak i zewnętrzne państwa ¹⁴². W orzeczeniach TSUE 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 TSUE. 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** ¹⁴³.

W podobny sposób określał to zagrożenie TSUE, 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 TSUE, a postanowieniami **art. 27 ust. 2 Dyrektywy 2004/38/WE** odnośnie do sposobu pojmowania kwalifikowanego charakteru zagrożenia ¹⁴⁴.

Jak wskazuje Gadkowski Należy jeszcze pamiętać o kolejnej, bowiem **art. 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** ¹⁴⁵.

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 ¹⁴⁶.

Jak podkreśla Gadkowski oraz inni autorzy prezentujący interpretację szczegółowych postanowień Dyrektywy 2004/38/WE, również w kontekście orzecznictwa TSUE, zwracają uwagę, że warunki ograniczania swobody przedsiębiorczości z uwagi na względy zdrowia publicznego podobne do tych, które zostały wskazane wyżej w kontekście porządku publicznego i bezpieczeństwa

¹⁴⁰ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ... vol. 3, no. 3., str. 86.

¹⁴¹ **1) Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ... vol. 3, no. 3., str. 86.vol. 3, no. 3., str. 87. 2) TSUE sprawy: 115/81 i 116/81, Andoui (Rezugia) v. Belgia i Cornuaille (Dominique) v. Belgian State [ECR 1982].**

¹⁴² **1) Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ... vol. 3, no. 3., str. 86. vol. 3, no. 3., str. 87. 2) TSUE sprawa 367/89 Richardt (Aime) (Criminal Proceedings Against Aime Richardt), [ECR 1991b].**

¹⁴³ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ... vol. 3, no. 3., str. 86. vol. 3, no. 3., str. 88.

¹⁴⁴ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ... vol. 3, no. 3., str. 86.vol. 3, no. 3., str. 88.

¹⁴⁵ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ... vol. 3, no. 3., str. 86. vol. 3, no. 3., str. 89.

¹⁴⁶ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ... vol. 3, no. 3., str. 86.vol. 3, no. 3., str. 89.

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 ¹⁴⁷.

Jak wskazuje Gadkowski poza wskazanymi wyżej traktatowymi ograniczeniami swobody przedsiębiorczości, powoływanymi często w orzecznictwie TSUE, **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 orzecznictwie TSUE ¹⁴⁸.

Zgodnie z wyrokiem TSUE w sprawie C-55/94 Gebhard [ECR 1995] 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) ¹⁴⁹.

W swojej praktyce orzeczniczej TSUE powoływał najczęściej następujące okoliczności uzasadniające wprowadzenie ograniczenia swobody (wolności) prowadzenia działalności gospodarczej:

- **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 Proceedigs against Johannes Geritt Cornelis van Scheik) [ECR 1994] ¹⁵⁰.

W jeszcze innych orzeczeniach TSUE **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** ¹⁵¹.

W wyroku sprawie C-208/00 Uberseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement TSUE **zakwestionował odmowę uznania zdolności sądowej spółki założonej w sposób właściwy w**

¹⁴⁷ 1) Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...” vol. 3, no. 3., str. 86. vol. 3, no. 3., str. 89. 2) Gawrysiak-Zabłocka, A., 2010, *Prawo przedsiębiorczości i prawo spółek*, Instytut Wydawniczy Euro Prawo, Warszawa. s. XVI-38.

¹⁴⁸ 1) Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...” vol. 3, no. 3., str. 86. vol. 3, no. 3., str. 89. 2) Wyrok TSUE w sprawie C-55/94 Gebhard [ECR 1995].

¹⁴⁹ 1) Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...” vol. 3, no. 3., str. 86. vol. 3, no. 3., str. 89. 2) Wyrok TSUE w sprawie C-55/94 Gebhard [ECR 1995]. 3. Gawrysiak-Zabłocka, A., 2013, *Swoboda przedsiębiorczości*, w: Zawadzka-Łojek, A., Grzeszczak, R., (red.), *Prawo materialne Unii Europejskiej*, Instytut Wydawniczy Euro Prawo, Warszawa. [2012, s. XVI-26].

¹⁵⁰ Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...” vol. 3, no. 3., str. 86. vol. 3, no. 3., str. 89.

¹⁵¹ 1) Tadeusz Gadkowski „Ograniczenia swobody przedsiębiorczości ...” vol. 3, no. 3., str. 89. 2) Wyrok TSUE w sprawie C-208/00 Uberseering BV v. NCC Nordic Construction Company Baumanagement [ECR 2002].

innym państwie członkowskim i mającej w nim swoją statutową siedzibę i uznał ją za działanie równoznaczne z negacją zasady swobody przedsiębiorczości.

Ad. (7)

W wielu wyrokach TSUE wypowiadał się w sprawie dotyczącej ograniczenia swobody przedsiębiorczości w ochronie zdrowia.

W wyroku z dnia 12 lipca 2001 r. TSUE, C-157/99 wskazał, że „[...] *Należy przypomnieć, jak to uczyniły wszystkie rządy, które przedstawiły uwagi w niniejszej sprawie, że Trybunał orzekł już w przeszłości, iż nie można wykluczyć, że ryzyko poważnego naruszenia równowagi finansowej systemu zabezpieczenia społecznego może należeć do nadrzędnych względów interesu ogólnego, zdolnych uzasadnić przeszkodę w swobodnym świadczeniu usług* (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 41). [...]”.

„[...] Trybunał orzekł już również, iż – *jeżeli chodzi o cel polegający na utrzymaniu zrównoważonej i dostępnej dla wszystkich służby medycznej i szpitalnej, nawet jeżeli taki cel jest nierozłącznie związany ze sposobem finansowania systemu zabezpieczenia społecznego - cel taki może również zaliczać się do odstępstw związanych ze zdrowiem publicznym na podstawie art. 56 traktatu WE (obecnie, po zmianie, art. 46 TFUE) w zakresie, w jakim przyczynia się do osiągnięcia wysokiego poziomu ochrony* (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 50). [...]”.

„[...] Trybunał wyjaśnił także, że *art. 56 traktatu pozwala państwom członkowskim ograniczyć swobodę świadczenia usług medycznych i szpitalnych w zakresie, w jakim utrzymanie możliwości przeprowadzania leczenia lub kwalifikacji medycznych na terytorium krajowym stanowi kwestię fundamentalną dla zdrowia publicznego, a nawet dla przetrwania populacji* (ww. wyrok w sprawie Kohll, pkt 51). [...]”.

Uwzględniając powyższe w wyroku z dnia 12 lipca 2001 r. TSUE, C-157/99 uznał, że „[...] *Należy zatem ustalić, czy rozpatrywane sporne uregulowanie krajowe może rzeczywiście być uzasadnione takimi nadrzędnymi względami, a jeśli tak, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, upewnić się, że nie wykracza ono poza to, co jest obiektywnie konieczne w tym celu, i czy taki rezultat nie może być uzyskany przy pomocy mniej restrykcyjnych przepisów* (zob. wyroki: z dnia 4 grudnia 1986 r. w sprawie 205/84 Komisja przeciwko Niemcom, Rec. str. 3755, pkt 27 i 29; z dnia 26 lutego 1991 r. w sprawie C-180/89 Komisja przeciwko Włochom, Rec. str. I-709, pkt 17 i 18 oraz z dnia 20 maja 1992 r. w sprawie C-106/91 Ramrath, Rec. str. I-3351, pkt 30 i 31).”

Jak wskazał Minister Spraw Zagranicznych we własnej opinii z dnia 15 listopada 2016 r. „*Co prawda kompetencje w zakresie organizacji systemów zabezpieczenia społecznego, w tym przepisów regulujących organizację usług zdrowotnych nadal pozostają w gestii państw członkowskich, jednakże wykonując te kompetencje państwa członkowskie powinny przestrzegać prawa UE, w tym postanowień traktatu dotyczących swobód rynku wewnętrznego. [...] brak jest informacji, na podstawie jakich danych/informacji wnioskodawca uznaje projektowane rozwiązanie za proporcjonalne do zamierzonego celu. Powodom uzasadniającym ograniczenie, na które może powoływać się państwo członkowskie, powinny bowiem towarzyszyć ocena właściwości oraz proporcjonalności środka ograniczającego przyjętego przez to państwo, a także precyzyjne dowody pozwalające na poparcie jego argumentacji.*”¹⁵²

¹⁵² „Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej projekt ustawy o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym oraz niektórych innych ustaw wyrażona przez ministra w właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polski w Unii Europejskiej.”.

¹⁵² Ustawa z dnia 8 Września 2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym (Dz.U. Nr 191, poz. 1410 z późn zm.) tj. z dnia 8 listopada 2017 r. (Dz.U. z 2017 r. poz. 2195)..

Ad. (8)

Nieodzownym elementem opracowania każdego projektu ustawy jest również obowiązek sporządzenia do niego uzasadnienia. Uzasadnienie sporządza organ uprawniony do opracowania projektu ustawy. Składa się ono z „części właściwej” oraz z Oceny skutków regulacji [dalej jako: „OSR”].¹⁵³

Zasady jakie, należy stosować w zakresie przeprowadzania oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych regulacji oraz konsultacji publicznych projektów aktów normatywnych i projektów założeń projektów ustaw określa uchwała nr 190 Rady Ministrów Regulamin Pracy Rady Ministrów ¹⁵⁴ [dalej jako: Regulamin Pracy Rady Ministrów].

*„Przed rozpoczęciem prac nad opracowaniem projektu dokumentu rządowego, o którym mowa w § 19 ust. 1, zwanego dalej „projektem aktu normatywnego”, oraz projektu założeń projektu ustawy organ wnioskujący **dokonuje oceny przewidywanych skutków społeczno-gospodarczych. Oceny dokonuje się zgodnie z wytycznymi w zakresie jej dokonywania, jeżeli zostały ustalone przez Radę Ministrów lub jej organ pomocniczy. Zakres dokonywania oceny ustala się w zależności od rodzaju dokumentu oraz przedmiotu i zasięgu oddziaływania projektowanych regulacji.**” (§ 24 ust. 3 Regulaminu Pracy Rady Ministrów).*

Zgodnie z § 36 ust. 1 Regulaminu Pracy Rady Ministrów „Organ wnioskujący, **biorąc pod uwagę** treść projektu założeń projektu ustawy, **projektu ustawy** lub projektu rozporządzenia, **a także uwzględniając inne okoliczności, w tym znaczenie projektu oraz przewidywane skutki społeczno-gospodarcze, stopień jego złożoności** oraz jego pilność, przedstawia projekt do konsultacji publicznych, w tym może skierować projekt do organizacji społecznych lub innych zainteresowanych podmiotów albo instytucji w celu przedstawienia ich stanowiska, uwzględniając wytyczne w zakresie prowadzenia konsultacji publicznych, jeżeli zostały ustalone przez Radę Ministrów lub jej organ pomocniczy.”

Przed rozpoczęciem prac nad projektem ustawy podmiot uprawniony do jego opracowania dokonuje oceny przewidywanych skutków społeczno – gospodarczych w związku z wejściem w życie proponowanych rozwiązań. Ocena ta dokonywana jest w oparciu o wytyczne ustalone przez Radę Ministrów lub jej organ pomocniczy.¹⁵⁵ Powyższy dokument zawiera informacje jak krok po kroku stworzyć rzetelną ocenę skutków regulacji projektowanych rozwiązań. Warto podkreślić, że sporządzana ocena skutków społeczno – gospodarczych stanowi instrument pomocny przy podejmowaniu decyzji o zasadności podjęcia prac legislacyjnych i o kierunku tych prac.¹⁵⁶

Istotne znaczenie w tym zakresie mają „Wytyczne do Przeprowadzenia Oceny Wpływu Oraz Konsultacji Publicznych W Ramach Rządowego Procesu Legislacyjnego”¹⁵⁷.

Zgodnie z powołanym dokumentem „**Ocena wpływu jest to proces analityczny wspomagający podejmowanie decyzji w zakresie rozwiązań regulacyjnych poprzez dostarczenie możliwie pełnej informacji na temat wariantów rozwiązań konkretnego problemu oraz potencjalnych skutków (kosztów i korzyści) ich wprowadzenia.**” Ocena wpływu rozpoczyna się jeszcze przed opracowaniem założeń projektu aktu normatywnego od identyfikacji i analizy problemu. W ramach oceny dokonuje się, przy współudziale interesariuszy, **analizy potencjalnych skutków społeczno-gospodarczych proponowanych rozwiązań (ocena ex ante), jak również oceny funkcjonowania obowiązujących regulacji (ocena ex**

¹⁵³ <http://www.rcj.gov.pl/opisy/book/314-opracowanie-projektu-i-uzasadnienia>

¹⁵⁴ Uchwała nr 190 Rady Ministrów Regulamin Pracy Rady Ministrów z dnia 29 października 2013 r. (M.P. z 2013 r. poz. 979) tj. z dnia 11 października 2016 r. (M.P. z 2016 r. poz. 1006).

¹⁵⁵ „Wytyczne do przeprowadzenia oceny wpływu oraz konsultacji publicznych w ramach rządowego procesu legislacyjnego” opracowane przez Ministerstwo Gospodarki we współpracy z Kancelarią Prezesa Rady Ministrów zgodnie z § 24 ust. 3 uchwały nr 190 Rady Ministrów z 29 października 2013 r. - Regulamin pracy Rady Ministrów konsultacje.gov.pl/sites/default/files/file-attachments/3596/08a778f37929aec.docx.

¹⁵⁶ <http://www.rcj.gov.pl/opisy/book/313-czynno%C5%9Bci-poprzedzaj%C4%85ce-opracowanie-projektu>

¹⁵⁷ „Wytyczne do przeprowadzenia oceny wpływu ...

post). Integralną częścią oceny wpływu jest współpraca z obywatelami, umożliwiająca włączenie ich w proces tworzenia prawa, a także rozszerzająca zakres i jakość wykorzystywanych informacji.¹⁵⁸

Ocena wpływu ma na celu dostarczenie informacji pozwalającej na uzasadnienie potrzeby wprowadzanej regulacji prawnej, w tym na temat przyczyn wprowadzanej regulacji prawnej, problemu, który wymaga rozwiązania, innych możliwych opcji działania, które były brane pod uwagę podczas przeprowadzania oceny, istoty i celu projektowanego rozwiązania oraz szacowanych skutków społecznych, gospodarczych i finansowych (w tym w miarę możliwości skwantyfikowanych kosztów i korzyści) jego wprowadzenia. **Ocena ta pozwala odpowiedzialnie ocenić potrzebę wprowadzenia regulacji (względnie jej zaniechania).** W przypadku oceny dokonywanej w zakresie uregulowań już funkcjonujących, ma ona dostarczyć informacji na temat stopnia osiągnięcia zakładanych celów, faktycznych skutków regulacji, problemów związanych z jej funkcjonowaniem oraz rekomendacji w zakresie ewentualnych działań korygujących.¹⁵⁹

Przy sporządzaniu oceny wpływu stosuje się określone zasady, tj.: **(i) zasadę proporcjonalności – zakres dokonywania oceny określa się w zależności od przedmiotu i zasięgu oddziaływania (skali kosztów i korzyści) danego rozwiązania (projektowanego aktu normatywnego)** – zasada ta nie warunkuje, czy ocena wpływu powinna zostać przeprowadzona, lecz określa skalę nakładu pracy i środków, wymaganego do jej przeprowadzenia (pogłębione analizy powinny być przeprowadzane dla projektów priorytetowych, o znacznych przewidywanych skutkach); **(ii) zasadę obiektywizmu – wyboru sposobu działania należy dokonywać po przeprowadzeniu, opartej na różnych źródłach, rzetelnej analizy, przy wykorzystaniu np. ekonomicznych metod pomiaru kosztów i korzyści proponowanych rozwiązań;** **(iii) zasadę przejrzystości i jawności** – wymóg przeprowadzania konsultacji i przedstawiania ich wyników, informowania o źródłach informacji, a także prezentowania aktu prawnego na każdym etapie prac; **(iv) zasadę pomocniczości (subsydiarności)** – każdy szczebel władzy powinien realizować tylko te zadania, które nie mogą być skutecznie zrealizowane przez szczebel niższy lub same jednostki działające w ramach społeczeństwa.¹⁶⁰

Uwzględniając powyższe **należy uznać, że uzasadnienie oraz OSR zgodnie z projektem ustawy o PRM, nie zostały przygotowane z w sposób prawidłowy.** W ramach uzasadnienia oraz Oceny Skutków Regulacji do **projektu ustawy o PRM nie przedstawiono realnych argumentów** (wyników kontroli Ministerstwa Zdrowia, Najwyższej Izby Kontroli, Wojewody, Narodowego Funduszu Zdrowia lub innych podmiotów uprawnionych do przeprowadzania kontroli udzielania świadczeń zdrowotnych w systemie PRM, a także analiz, badań lub innych opracowań), które zgodnie z **testem adekwatności i proporcjonalności uzasadniały proponowaną zmianę treści art. 32 ust.1 pkt 2 ustawy o PRM, tj. istotne ograniczenie swobody przepływ towarów, osób, usług i kapitału [art. 26 ust. 2 TFUE] oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia [art. 20 Konstytucji RP oraz art. 49 w związku z art. 54 TFUE], poprzez upaństwowienie systemu PRM, bowiem: (i) brak jest dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu do projektu ustawy o PRM, że „Zapewnienie bezpieczeństwa zdrowotnego obywateli - niezależnie od faktu, czy są on ubezpieczeni, czy też nie - nie może być związane z ewentualnością braku zabezpieczenia świadczeń, jakie niesie ze sobą mechanizm zawierania umów z podmiotami prywatnymi.”¹⁶¹, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lata funkcjonowania systemu****

¹⁵⁸ „Wytyczne do przeprowadzenia oceny wpływu ...

¹⁵⁹ „Wytyczne do przeprowadzenia oceny wpływu ...

¹⁶⁰ „Wytyczne do przeprowadzenia oceny wpływu ...

¹⁶¹ Autopoprawka z dnia 28.11.17 do projektu ustawy o PRM, PRL.0214.156.2016.JS/RS(2) <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12290955/katalog/12384420#12384420>

PRM doszło do zagrożenia bezpieczeństwa obywateli, ze strony podmiotów prywatnych¹⁶²; (ii) brak dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu do **projektu ustawy o PRM**, że „Powierzenie realizacji zadań z zakresu ratownictwa medycznego podmiotom z większościowym udziałem kapitału publicznego sprawi, że można będzie uniknąć sytuacji, w której jakikolwiek podmiot leczniczy realizujący te świadczenia odmówi zawarcia umowy z Narodowym Funduszem Zdrowia.”¹⁶³, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do takiej sytuacji ze strony podmiotu prywatnego**; (iii) brak jest dowodów na prawdziwość argumentu zawartego w uzasadnieniu do **projektu ustawy o PRM**, że „Natomiast tzw. podmioty niepublicznie nie są związane żadnym zobowiązaniem do realizacji świadczeń finansowanych ze środków publicznych - oczywiście poza umową z Narodowym Funduszem Zdrowia - i w każdej chwili mogą zrezygnować z działalności na danym obszarze, bez uzyskiwania jakiegokolwiek zgody.”¹⁶⁴, **bowiem nie wykazano, aby przez ostatnie 11 lat funkcjonowania systemu PRM doszło do zagrożenia bezpieczeństwa obywateli ze strony podmiotów prywatnych.**

W ramach uzasadnienia oraz Oceny Skutków Regulacji do **projektu ustawy o PRM** nie przedstawiono informacji, że projekt dotyczy prawa Unii Europejskiej i prowadzi do naruszenia swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału [art. 26 ust. 2 *TFUE*] oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia [art. 49 w związku z art. 54 *TFUE*].

Ad. (9)

Uwzględniając przeprowadzoną Analizę art. 32 ust.1 pkt 2 ustawy o PRM, zgodnie z projektem ustawy o PRM, **prowadzi do naruszenia swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału** [art. 26 ust. 2 *TFUE*] **oraz wolności i swobody działalności gospodarczej w ochronie zdrowia** [art. 20 *Konstytucji RP* oraz art. 49 w związku z art. 54 *TFUE*].

Z A Ł Ą C Z N I K I :

1. „Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej projekt ustawy o zmianie ustawy o Państwowym Ratownictwie Medycznym oraz niektórych innych ustaw wyrażona przez ministra w właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polski w Unii Europejskiej.”.

Warszawa, dnia 26 stycznia 2018 r. Michał Modro i Anna Banaszewska.

¹⁶² 1) http://www2.mz.gov.pl/wwwfiles/ma_struktura/docs/sprawozdanie_z_kontroli_lpr_25102012.pdf 2) http://www.lodz.uw.gov.pl/data/inspectionsFiles/informacja_o_wynikach_kontroli_1.pdf 3) Wystąpienie Pokontrolne NIK LLO.410.001.11.2017.

¹⁶³ Autopoprawka z dnia 28.11.17 do projektu ustawy o PRM, PRL.0214.156.2016.JS/RS(2) <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12290955/katalog/12384420#12384420>

¹⁶⁴ Autopoprawka z dnia 28.11.17 do projektu ustawy o PRM, PRL.0214.156.2016.JS/RS(2) <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12290955/katalog/12384420#12384420>