Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MACIEJA SZPUNARA
przedstawiona w dniu 18 maja 2017 r.[1]

Sprawy połączone C-360/15 i C-31/16

College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort
przeciwko
X BV

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów)]

Dyrektywa 2006/123/WEZakres zastosowaniaArtykuł 2 ust. 2 lit. c)Artykuł 2 ust. 3
Działalność związana z dostarczaniem sieci łączności elektronicznejDyrektywa 2002/20Artykuł 13

i

Visser Vastgoed Beleggingen BV
przeciwko
Raad van de gemeente Appingedam

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Raad van State (rada stanu, Niderlandy)]

Dyrektywa 2006/123/WE – Przedsiębiorczość usługodawców – Zakres zastosowania – Motyw 9 – Artykuł 4 ust. 1 – Pojęcie usługi – Handel detaliczny – Gminny plan zagospodarowania przestrzennego – Artykuł 15 ust. 2 lit. a) – Ograniczenia terytorialne – Artykuł 15 ust. 3 – Ochrona środowiska miejskiego

Spis treści

I. Wprowadzenie 3

II. Ramy prawne 5

A. Prawo Unii 5

1. Dyrektywa 2006/123 dotycząca usług na rynku wewnętrznym 5

2. Przepisy prawa UE w sprawie opłat administracyjnych pozostających w związku z instalacją sieci łączności elektronicznej 7

1 Język oryginału: angielski.

B. Prawo niderlandzkie 9

1. Wybrane przepisy niderlandzkiego kodeksu telekomunikacyjnego 9

2. „Leges” w gminie Amersfoort 10

3. Przepisy regulujące plany zagospodarowania przestrzennego terytorium Niderlandów oraz gminy Appingedam 10

III. Przebieg postępowania głównego i pytania prejudycjalne 10

A. C-360/15, X 10

B. C-31/16, Visser 12

IV. Postępowanie przed Trybunałem 13

V. Analiza 13

A. Sprawa C-360/15, X 13

1. W przedmiocie zakresu zastosowania dyrektywy 2006/123 (pytania 1–3) 13

a) Artykuł 2 dyrektywy 2006/123 (pytanie 1) 13

1) W przedmiocie art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/123 14

2) W przedmiocie art. 2 ust. 3 dyrektywy 2006/123 17

b) W przedmiocie motywu 9 dyrektywy 2006/123 (pytanie 3) 17

c) W przedmiocie sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym (pytanie 2) 17

2. Pytania 4 i 5 18

B. Sprawa C-31/16, Visser 18

1. W przedmiocie art. 4 ust. 1 dyrektywy 2006/123 (pytanie 1) 18

a) Działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek [...] świadczona za wynagrodzeniem 18

b) ...zgodnie z art. 57 TFUE 19

c) Wykładnia zawężająca ze względu na prawo pierwotne? 21

1) W przedmiocie swobody przedsiębiorczości 21

2) Swoboda przepływu towarów 21

i) Szukanie środka ciężkości 22

ii) Stosowanie równoległe 23

iii) Stosowanie szeregowe 23

3) Sprawa Rina Services i in. 23

d) Dalsze rozważania 24

e) Wniosek 25

2. W przedmiocie sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym (pytanie 4) 25

3. W przedmiocie możliwych elementów transgranicznych (pytanie 3) 28

4. Plan zagospodarowania przestrzennego w świetle dyrektywy 2006/123 (pytania 2 i 5) 29

a) W przedmiocie zezwoleń 29

b) W przedmiocie wymogów 30

c) W przedmiocie motywu 9 dyrektywy 2006/123 30

d) W przedmiocie art. 14 pkt 5 dyrektywy 2006/123 32

e) W przedmiocie art. 15 dyrektywy 2006/123 32

5. W przedmiocie art. 34 TFUE i 49 TFUE (pytanie 6) 34

VI. Wnioski 34

I. Wprowadzenie

1. Rynek wewnętrzny wraz z jego podstawowymi swobodami nie tylko stanowi historyczno-prawną podwalinę traktatów oraz ich centralną zasadę organizacyjną, ale także, już od samego początku procesu integracji, cechował się swoistą dynamiką. Stanowi on jeden z zadeklarowanych celów Unii [2] i zajmuje eksponowane miejsce w tytule I części trzeciej TFUE. Zdefiniowany w Jednolitym akcie europejskim jako „obszar […], w którym jest zapewniony swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału, zgodnie z postanowieniami niniejszego traktatu” [3] ma gwarantować swobodny przepływ produktów i środków produkcji w obrębie Unii, w oparciu o gospodarczą koncepcję kosztów komparatywnych [4].

2. Choć nie chcę posuwać się za daleko, utrzymując, jakoby rynek wewnętrzny stanowił „żywy instrument” [5], można jednak stwierdzić, że, nawet w większym stopniu niż w przypadku większości z pozostałych dziedzin prowadzonej przez Unię polityki, prawo rynku wewnętrznego stanowi ruchomy obiekt, gdyż jest umiejscowione na styku dwóch płyt tektonicznych: swobód rynkowych oraz dążności państw członkowskich do przyjęcia uregulowań mających chronić ich interesy o charakterze pozagospodarczym, którymi mogą różnić się ustroje polityczne poszczególnych krajów. Twórcy

2 Zobacz art. 3 ust. 3 TUE.

3 Zobacz art. 26 ust. 2 TFUE.

4 Zobacz P.Ch. Müller-Graff, Die Verfassungsziele der Europäischen Union, pkt 113, w: M.A. Dauses, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Band 1, EL 31*, C.H. Beck, Munich, 2016.

5 Również z tego względu, że nie chcę być posądzony o plagiat przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który, jak wiadomo, stosuje taką terminologię w swojej wykładni EKPC począwszy od wyroku z dnia 25 kwietnia 1978 r., Tyrer/Zjednoczone Królestwo, ECLI:CE:ECHR:1978:0425JUD000585672, § 31.

traktatów zdawali sobie z tego sprawę: decydując się na przyjęcie polityki horyzontalnej, która w praktyce nakłada się na każdy inny obszar polityki (krajowej) i wywiera na niego wpływ[6], ustanowili dynamikę, która, wraz z powiązanymi z nią czynnikami destrukcyjnymi, wpisana jest w DNA rynku wewnętrznego.

3. Trybunał jednak na przestrzeni lat rozmaicie odnosił się do tej dynamiki: czasem ją podsycał[7], a czasem hamował[8]. Zawsze jednak interpretował postanowienia traktatu w sposób odzwierciedlający rzeczywistość gospodarczą i społeczną w danej chwili (wydania wyroku)[9].

4. Historycznie rzecz ujmując, najistotniejsza część orzecznictwa Trybunału odnosi się do swobodnego przepływu towarów i tu też należy upatrywać genezy większości pojęć. Do ich przykładów należą ustalenia, o których wspomniano powyżej, takie jak to, że swobody, co do zasady[10], są skierowane do państw członkowskich i że nie mają one zastosowania w sytuacjach o charakterze czysto wewnętrznym[11]. Co się tyczy oceny środków krajowych potencjalnie naruszających więcej niż jedną ze swobód traktatowych, można zauważyć tendencję do rozstrzygania tego typu spraw pod szyldem „przepływu towarów". Przedsiębiorczość i usługi przez długi czas pozostawały w cieniu tego orzecznictwa. Niemniej jednak na przestrzeni lat w tego typu sprawach nagromadziło się dość bogate orzecznictwo, czy to w przypadkach bezpośredniego stosowania tych swobód w kontekście odesłań prejudycjalnych, czy też w ramach postępowań o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego.

5. Prawodawca unijny uznał, że takie podejście wypracowane na podstawie poszczególnych przypadków jest niewystarczające do tego, aby rzeczywiście usunąć bariery stojące na przeszkodzie swobodzie przedsiębiorczości usługodawców w państwach członkowskich, a także – swobodnemu przepływowi usług między państwami członkowskimi, oraz aby zagwarantować usługobiorcom i usługodawcom pewność prawa niezbędną do realizowania w praktyce tych dwóch podstawowych swobód zapisanych w TFUE[12]. W związku z tym przyjęto dyrektywę 2006/123/WE[13], co jednak poprzedziła długotrwała procedura, w trakcie której wprowadzono liczne poprawki do pierwotnego wniosku[14].

6 W istocie na każdy obszar polityki postrzeganej jako uzasadnienie dla ograniczenia, czy to wymienionej wprost w TFUE, czy też wypracowanej przez Trybunał Sprawiedliwości jako „obligatoryjny wymóg" (czy też „nadrzędny wymóg" lub „nadrzędny wzgląd interesu ogólnego").

7 Przykładowo – uznając, że ograniczenia podstawowych swobód wychodzą poza zakres zastosowania zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową jako taką; zob. w odniesieniu do towarów – wyrok z dnia 11 lipca 1974 r., Dassonville (8/74, EU:C:1974:82); w odniesieniu do prowadzenia przedsiębiorstwa – wyrok z dnia 30 listopada 1995 r., Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411); w odniesieniu do usług – wyrok z dnia 25 lipca 1991 r., Säger (C-76/90, EU:C:1991:331).

8 Przykładowo – ograniczając zakres zastosowania zasady swobodnego przepływu towarów w wyroku z dnia 24 listopada 1993 r., Keck i Mithouard (C-267/91 i C-268/91, EU:C:1993:905) czy też regularnie dopuszczając uzasadnione ograniczenia ze strony państw członkowskich bądź też opierając swe uzasadnienie na podstawach niewymienionych wprost w TFUE.

9 By podać najbardziej znane przykłady: uznając w wyrokach z dnia 20 lutego 1979 r., Rewe-Zentral (120/78, EU:C:1979:42, „Cassis de Dijon") – w odniesieniu do towarów – i z dnia 30 listopada 1995 r., Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411) – w odniesieniu do prowadzenia przedsiębiorstwa (podejmowania i prowadzenia działalności) – że państwa członkowskie mogą powoływać się na inne uzasadnienie niż to wymienione wprost w TFUE, Trybunał wziął przykładowo pod uwagę to, że istnieje coś takiego jak ochrona konsumenta czy ochrona środowiska – mimo że pojęć tych nie obejmował zamysł twórców traktatów w 1957 r.

10 Wartym odnotowania wyjątkiem jest swobodny przepływ pracowników; zob. wyrok z dnia 6 czerwca 2000 r., Angonese (C-281/98, EU:C:2000:296).

11 Choć w praktyce często łatwo jest zinterpretować sytuację jako obejmującą element transgraniczny – zob. wyrok z dnia 1 października 2015 r., Trijber i Harmsen (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:641) – i choć Trybunał zajął liberalne stanowisko, jeśli chodzi o dopuszczalność odesłań prejudycjalnych w sprawach, w których okoliczności faktyczne niewątpliwie ograniczają się do jednego państwa członkowskiego (jeśli chodzi o reprezentatywną syntezę aktualnego orzecznictwa – zob. wyrok z dnia 15 listopada 2016 r., Ullens de Schooten (C-268/15, EU:C:2016:874).

12 Zobacz motywy 5 i 6 dyrektywy 2006/123.

13 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. 2006, L 376, s. 36).

14 Zobacz M. Wathelet, La genèse de la directive „services", w: Ferrari-Breeur (ed.), *La directive „services"*, Bruylant, Brussels 2011, s. 21–31, na s. 23–25.

6. Państwa członkowskie miały obowiązek przetransponować tę dyrektywę do prawa krajowego do końca 2009 r.[15], zaś do chwili obecnej Trybunał nie rozwinął zbyt obszernego orzecznictwa w jej przedmiocie[16].

7. W obu niniejszych wnioskach o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożonych przez dwa najwyższe sądy w Niderlandach (we właściwych im dziedzinach): Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów) i Raad van State (radę stanu, Niderlandy) podniesione zostało szereg fundamentalnych kwestii dotyczących dyrektywy 2006/123.

8. Jak zostanie to lepiej uwidocznione w przedstawionej dalej analizie, mój główny zamysł w obu sprawach jest taki, by wykładnię dyrektywy 2006/123 przeprowadzać zgodnie z jej zamierzonym celem, w kontekście procesu kształtowania rynku wewnętrznego, z uwzględnieniem rzeczywistości gospodarczej i prawnej XXI wieku. W toku swych rozważań Trybunał powinien uwzględnić, że sektor usług podlega zmianom i stanowi obszar o ogromnym potencjale gospodarczym. Trybunał nie powinien obawiać się interpretowania dyrektywy 2006/123 w taki sposób, w jaki interpretował przepisy regulujące rynek wewnętrzny w przeszłości: bacząc na cel przyświecający prawodawcy, w świetle aktualnych okoliczności, z należytym poszanowaniem dążności państw członkowskich do (dalszego) regulowania działań o charakterze pozagospodarczym.

II. Ramy prawne

A. Prawo Unii

1. Dyrektywa 2006/123 dotycząca usług na rynku wewnętrznym

9. Motywy 9 i 33 dyrektywy 2006/123 stanowią:

„(9) Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie wyłącznie do wymogów prawnych, które mają wpływ na podejmowanie i prowadzenie działalności usługowej. Nie ma zatem zastosowania do wymogów takich jak przepisy ruchu drogowego, przepisy dotyczące użytkowania lub zagospodarowania terenu, o zagospodarowania przestrzennego miast i wsi, normy budowlane oraz sankcje administracyjne nakładane w przypadku niewypełnienia takich wymogów, które szczegółowo nie dotyczą [w szczególności] działalności usługowej lub nie mają na nią szczególnego wpływu, ale które powinny być przestrzegane przez usługodawców w trakcie prowadzenia ich działalności gospodarczej w ten sam sposób jak przez osoby fizyczne działające prywatnie.

[…]

(33) Niniejszą dyrektywą są objęte różne usługi w ramach stale zmieniających się rodzajów działalności […]. Objęte dyrektywą są również usługi świadczone zarówno na rzecz przedsiębiorców, jak i konsumentów, na przykład doradztwo prawne […]; dystrybucja; organizacja targów […]. Działalność ta może obejmować usługi wymagające niewielkiej odległości między usługodawcą a usługobiorcą, usługi wymagające podróży usługobiorcy lub usługodawcy oraz usługi, które mogą być świadczone na odległość, w tym przez Internet”.

15 Zobacz art. 44 ust. 1 dyrektywy 2006/123.

16 Co można poczytywać za dobry znak, że dyrektywa spełnia wyznaczony cel przyczyniania się do przejrzystości prawnej, a tym samym – ograniczenia liczby sporów.

10. Artykuł 2 dyrektywy 2006/123, zatytułowany „Zakres zastosowania”, stanowi:

„1. Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do usług świadczonych przez usługodawców prowadzących przedsiębiorstwo w państwie członkowskim.

2. Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do następujących rodzajów działalności:

[…]

c) usług i sieci łączności elektronicznej oraz urządzeń i usług towarzyszących, w związku z zagadnieniami objętymi dyrektywami 2002/19/WE[17], 2002/20/WE[18], 2002/21/WE[19], 2002/22/WE[20] i 2002/58/WE;

[…]

3. Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania w dziedzinie podatków”.

11. Zgodnie z art. 3 ust. 3 dyrektywy 2006/123:

„Państwa członkowskie stosują przepisy niniejszej dyrektywy zgodnie z postanowieniami traktatu dotyczącymi prawa przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług”.

12. Artykuł 4 dyrektywy 2006/123, zatytułowany „Definicje”, stanowi:

„Na użytek niniejszej dyrektywy stosuje się następujące definicje:

1) »usługa« oznacza wszelką działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, zwykle świadczoną za wynagrodzeniem, zgodnie z art. 50 traktatu;

2) »usługodawca« oznacza każdą osobę fizyczną będącą obywatelem państwa członkowskiego lub każdą osobę prawną, o której mowa w art. 48 traktatu, prowadzącą przedsiębiorstwo w państwie członkowskim, która oferuje lub świadczy usługę;

[…]

5) »prowadzenie przedsiębiorstwa« oznacza rzeczywiste prowadzenie działalności gospodarczej zgodnie z postanowieniami art. 43 traktatu, przez czas nieokreślony, przy wykorzystaniu stałej infrastruktury, poprzez którą działalność polegająca na świadczeniu usług jest rzeczywiście prowadzona;

6) »system zezwoleń« oznacza każdą procedurę, zgodnie z którą od usługodawcy lub usługobiorcy faktycznie wymaga się podjęcia kroków w celu uzyskania od właściwego organu formalnej lub dorozumianej decyzji dotyczącej podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej;

17 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie dostępu do sieci łączności elektronicznej i urządzeń towarzyszących oraz wzajemnych połączeń (dyrektywa o dostępie, Dz.U. 2002, L 108, s. 7).

18 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie zezwoleń na udostępnienie sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa o zezwoleniach, Dz.U. 2002, L 108, s. 21), zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. 2009, L 337, s. 37).

19 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (dyrektywa ramowa, Dz.U. 2002, L 108, s. 33), zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/140/WE z dnia 25 listopada 2009 r. (Dz.U. 2009, L 337, s. 37) oraz skorygowana (Dz.U. 2013, L 241, s. 8).

20 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników (dyrektywa o usłudze powszechnej, Dz.U. 2002, L 108, s. 51).

7) »wymóg« oznacza wszelkie zobowiązanie, zakaz, warunek lub ograniczenie przewidziane w przepisach ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych państw członkowskich lub wynikające z orzecznictwa, praktyki administracyjnej lub zasad stosowanych przez zrzeszenia zawodowe, lub też wspólnych zasad stowarzyszeń zawodowych lub innych organizacji zawodowych, przyjętych w ramach korzystania przez nie z ich autonomii prawnej; zasady ustanowione na mocy układów zbiorowych wynegocjowanych przez partnerów społecznych nie są uznawane za wymogi w rozumieniu niniejszej dyrektywy;

8) »nadrzędny interes publiczny« [nadrzędne względy interesu ogólnego] oznacza[ją] względy określone jako takie w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i obejmuj[ą]: […] ochronę środowiska naturalnego i środowiska miejskiego […]".

13. Artykuł 14 dyrektywy 2006/123, zatytułowany „Wymogi zakazane", stanowi:

„Państwa członkowskie nie uzależniają możliwości podejmowania lub prowadzenia działalności usługowej na ich terytorium od spełnienia któregokolwiek z następujących wymogów:

[…]

5) stosowanie w poszczególnych przypadkach testu ekonomicznego uzależniającego udzielenie zezwolenia od udowodnienia istnienia potrzeby ekonomicznej lub popytu rynkowego, oceny potencjalnych bądź bieżących skutków ekonomicznych działalności lub oceny stosowności działalności w odniesieniu do celów planowania ekonomicznego ustanowionych przez właściwe organy; zakaz ten nie dotyczy wymogów wynikających z planowania, które nie realizują celów gospodarczych, ale służą nadrzędnemu interesowi publicznemu;

[…]".

14. Artykuł 15 tej dyrektywy, zatytułowany „Wymogi podlegające ocenie", stanowi w ust. 2:

„Państwa członkowskie sprawdzają, czy w ramach ich systemu prawnego podejmowanie lub prowadzenie działalności usługowej jest uzależnione od spełnienia któregokolwiek z następujących niedyskryminacyjnych wymogów:

a) ilościowe lub terytorialne ograniczenia zwłaszcza w postaci limitów ustalonych w związku z liczbą ludności lub minimalną odległością geograficzną pomiędzy usługodawcami;

[…]".

2. Przepisy prawa UE w sprawie opłat administracyjnych pozostających w związku z instalacją sieci łączności elektronicznej

15. Artykuł 2 lit. a) dyrektywy 2002/21 zawiera następującą definicję sieci łączności elektronicznej:

„»sieć łączności elektronicznej« oznacza systemy transmisyjne oraz, w stosownych przypadkach, urządzenia przełączające lub routingowe oraz inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają przekazywanie sygnałów przewodowo, za pomocą radia, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych, w tym sieci satelitarnych, stacjonarnych (komutowanych i pakietowych, w tym Internetu) i naziemnych sieci przenośnych, elektrycznych systemów kablowych, w zakresie, w jakim są one wykorzystywane do przekazywania sygnałów, w sieciach nadawania radiowego i telewizyjnego oraz sieciach telewizji kablowej, niezależnie od rodzaju przekazywanej informacji".

16. Artykuł 11 tej dyrektywy, zatytułowany „Prawa drogi”, stanowi w ust. 1:

„Państwa członkowskie zapewnią, że [by] jeżeli właściwy organ rozpatruje:

– wniosek o przyznanie prawa instalowania urządzeń w odniesieniu do własności publicznej lub prywatnej złożony przez przedsiębiorstwo uprawnione do udostępniania publicznych sieci łączności lub

– wniosek o przyznanie prawa do instalowania urządzeń w odniesieniu do własności publicznej lub prywatnej złożony przez przedsiębiorstwo uprawnione do udostępniania sieci łączności elektronicznej, ale nie na rzecz ogółu ludności,

organ ten:

– działa [działał] na podstawie prostych, skutecznych, przejrzystych i ogólnodostępnych procedur, stosowanych bez dyskryminacji i bez zwłoki, przy czym w każdym przypadku – z wyjątkiem przypadków pozbawienia praw – podejmuje [podejmował] decyzję w terminie sześciu miesięcy od daty wpłynięcia wniosku, oraz

– stosuje się [stosował się] do zasad przejrzystości i niedyskryminacji określając warunki związane z tymi prawami.

Powyższe procedury mogą różnić się między sobą w zależności od tego, czy wnioskodawca udostępnia publiczne sieci łączności, czy też nie”.

17. Dyrektywa 2002/20 stosuje te same definicje co dyrektywa 2002/21. Artykuł 1 ust. 2 dyrektywy 2002/20 stanowi, że dyrektywa ta znajduje zastosowanie w odniesieniu „do zezwoleń na dostęp do [dostarczanie] sieci i świadczenie usług w zakresie łączności elektronicznej”.

18. Artykuły 12 i 13 dyrektywy 2002/20 stanowią:

„Artykuł 12

Opłaty administracyjne

1. Każda opłata administracyjna nałożona na przedsiębiorstwa świadczące usługi lub udostępniające [dostarczające] sieć zgodnie z ogólnym zezwoleniem lub na rzecz którego zostało ustanowione prawo użytkowania winna:

a) w całości odnosić się jedynie do kosztów administracyjnych, które byłyby poniesione przy zarządzaniu, sprawowaniu nadzoru lub wdrażaniu planu ogólnych zezwoleń, praw użytkowania i szczegółowych obowiązków, o których mowa w artykule 6 ust. 2, w tym kosztów współpracy międzynarodowej, związanych z harmonizacją i standaryzacją, analizą rynku, monitorowaniem zgodności ze stanem prawnym lub sprawowaniem kontroli rynku w inny sposób, jak również prac normatywnych związanych z przygotowaniem i wdrażaniem wtórnego prawodawstwa oraz decyzji administracyjnych, takich jak decyzje o dostępie do sieci i wzajemnych połączeniach; oraz

b) być nakładana na poszczególne przedsiębiorstwa w sposób obiektywny, przejrzysty i proporcjonalny, zmniejszając w ten sposób dodatkowe koszty administracyjne oraz bieżące opłaty.

2. Nakładając opłaty administracyjne, krajowy organ regulacyjny opublikuje corocznie bilans swoich administracyjnych wydatków oraz całkowitej sumy zebranych opłat. W razie wystąpienia różnicy pomiędzy całkowitą sumą zebranych opłat a wydatkami administracyjnymi należy zapewnić stosowne wyrównanie.

Artykuł 13

Opłaty za prawo użytkowania oraz prawo instalowania urządzeń

Państwa członkowskie mogą zezwolić właściwym organom władzy państwowej na nakładanie opłat za prawo użytkowania częstotliwości radiowych i numeracji oraz prawo instalowania urządzeń na potrzeby podmiotów państwowych lub prywatnych, co odzwierciedla potrzebę optymalnego wykorzystania powyższych zasobów. Państwa członkowskie zapewnią, by takie opłaty były obiektywnie uzasadnione, jawne, niedyskryminujące i proporcjonalne stosownie do celu, jaki ma być osiągnięty, oraz by uwzględniały cele określone w artykule 8 [dyrektywy 2002/21]".

B. Prawo niderlandzkie

1. Wybrane przepisy niderlandzkiego kodeksu telekomunikacyjnego

19. Artykuł 5.2 ust. 1 Telecommunicatiewet (niderlandzkiej ustawy prawo telekomunikacyjne) zobowiązuje podmioty, którym przysługują prawa do nieruchomości publicznych, lub zarządców takich nieruchomości do tolerowania układania i konserwacji przewodów na potrzeby publicznych sieci łączności elektronicznej.

20. Artykuł 5.4 tej samej ustawy przewiduje dwa warunki, które muszą zostać spełnione, aby można było wykonywać prace na terenie nieruchomości:

„1. Dostawcy publicznych sieci łączności elektronicznej, którzy zamierzają w związku z układaniem, konserwacją lub usuwaniem przewodów wykonywać prace na nieruchomościach publicznych, wykonują te prace jedynie wtedy, gdy:

a. zgłosili w formie pisemnej taki zamiar w radzie gminy, na terenie której prace te mają zostać przeprowadzone; i

b. otrzymali zgodę rady gminy w odniesieniu do miejsca, czasu i sposobu wykonania tych prac.

2. Rada gminy może opatrzyć decyzję o wyrażeniu zgody określonymi warunkami ze względów porządku publicznego, bezpieczeństwa, unikania lub ograniczenia zakłóceń, dostępu do nieruchomości lub budynków lub porządku w zakresie inżynierii lądowej.

3. Wspomniane warunki mogą odnosić się jedynie do:

a. miejsca wykonywania prac;

b. terminu wykonywania prac, w tym znaczeniu, iż dopuszczalny termin rozpoczęcia prac, z zastrzeżeniem istotnych względów interesu publicznego w rozumieniu ust. 2, nie może zostać wyznaczony później niż na 12 miesięcy od daty wydania decyzji wyrażającej zgodę;

c. sposobu wykonywania prac;

d. wspierania wspólnego używania urządzeń;

e. koordynacji zamierzonych prac z operatorami innych obiektów budowlanych znajdujących się w gruncie".

2. „Leges" w gminie Amersfoort

21. Artykuł 1 Verordening leges 2010 (uchwały w sprawie opłat z 2010 r.) rady gminy Amersfoort (uchwały nr 3214976, zwanej dalej „Verordening") stanowi, że jako „leges" (opłaty) pobiera się wskazane w uchwale oraz załączonej tabeli opłat należności za korzystanie z usług, które są świadczone przez administrację gminy lub na jej zlecenie.

22. W dziale 19 załączonej do Verordening tabeli określono stawki opłat za rozpatrzenie wniosku o wyrażenie zgody w odniesieniu do terminu, miejsca i sposobu wykonania prac, o których mowa w art. 5.4 Telecommunicatiewet. Ta stawka jest zróżnicowana w zależności od długości przewodów do położenia.

3. Przepisy regulujące plany zagospodarowania przestrzennego terytorium Niderlandów oraz gminy Appingedam

23. Artykuł 3.1 ust. 1 niderlandzkiej ustawy Wet ruimtelijke ordening (ustawy o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym) z dnia 1 lipca 2008 r. nadaje radom gmin uprawnienia do sporządzania planów zagospodarowania przestrzennego, które dzielą terytoria gmin na strefy przeznaczone dla szczególnych kategorii budynków bądź dla budynków o określonym przeznaczeniu. Ustęp 2 tego samego artykułu 3.1 stanowi, że taki plan zagospodarowania przestrzennego zachowuje ważność przez okres 10 lat.

24. Zgodnie z art. 3.1.2 ust. 2.b Besluit ruimtelijke ordening (rozporządzenia o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym) gminy mogą przeznaczać określone strefy na działalność w zakresie handlu detalicznego lub hotele, kawiarnie i restauracje. Z objaśnienia sądu odsyłającego wynika jednoznacznie, że rada gminy Appingedam skorzystała z tego prawa:

„Uregulowanie zawarte w art. 18 ust. 18.1 przepisów planu jest tak zwanym uregulowaniem branżowym („brancheringsregeling"). Jest to uregulowanie dopuszczające jedynie określone rodzaje handlu detalicznego. Na podstawie tego uregulowania dopuszczalny jest, z wyjątkiem szeregu drobnych czynności, jedynie handel detaliczny wielkogabarytowy. Uregulowanie nie przewiduje żadnych wyjątków. Zainteresowany podmiot może jednak złożyć wniosek o zezwolenie (zwane w Niderlandach pozwoleniem na budowę) na odstępstwo od planu miejscowego na podstawie art. 2.12 ust. 1 Wet algemene bepalingen omgevingsrecht (ustawy o ogólnych przepisach prawa budowlanego). Rada gminy przyjęła powyższe uregulowanie w planie miejscowym zagospodarowania przestrzennego w celu utrzymania jakości życia w centrum miasta oraz w celu uniknięcia pustostanów w śródmieściu".

III. Przebieg postępowania głównego i pytania prejudycjalne

A. C-360/15, X

25. Spółce X BV (zwanej dalej „X") zlecono budowę sieci światłowodowej na terenie gminy Amersfoort. Spółka ta uzyskała od gminy wymaganą zgodę odnośnie wykonania prac związanych z ułożeniem światłowodów. Gmina wydała następnie decyzję ustalającą należną od spółki X opłatę za wydane zezwolenia w łącznej wysokości 149 949 EUR.

26. Spółka X zaskarżyła decyzję ustalającą opłatę przed Rechtbank (sądem okręgowym) w Utrechcie. Od wyroku tego sądu wniesiono odwołanie do Gerechtshof (sądu apelacyjnego) dla Arnhem-Leeuwarden, który wydał wyrok w dniu 2 lipca 2013 r.

27. Rada gminy Amersfoort odwołała się od wyroku Gerechtshof (sądu apelacyjnego) do Hoge Raad der Nederlanden (sądu najwyższego Niderlandów). Ponieważ kwestia zgodności opłat z dyrektywą 2002/20, dyrektywą 2002/21 i dyrektywą 2006/123 pozostawała niejasna, sąd ten postanowieniem z dnia 5 czerwca 2015 r. zawiesił postępowanie i skierował do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy art. 2 ust. 3 dyrektywy 2006/123 […] należy interpretować w ten sposób, że przepis ten znajduje zastosowanie do nakładania opłat (»leges«) przez organ państwa członkowskiego za rozpatrzenie wniosku o wyrażenie zgody w odniesieniu do terminu, miejsca i sposobu wykonania wykopów w związku z układaniem przewodów dla publicznej sieci łączności elektronicznej?

2) Czy rozdział III dyrektywy 2006/123 […] należy interpretować w ten sposób, że znajduje on zastosowanie także do stanów faktycznych mających wyłącznie charakter krajowy?

3) Czy dyrektywa 2006/123 […] w kontekście jej motywu 9 powinna być interpretowana w ten sposób, że nie obowiązuje ona w stosunku do uregulowania krajowego, które wymaga, by zamierzone wykonanie wykopów w związku z układaniem, konserwacją lub usuwaniem przewodów dla publicznej sieci łączności elektronicznej zostało zgłoszone w radzie gminy, podczas gdy rada gminy nie jest uprawniona do zakazania zgłoszonych czynności, jednakże może określić warunki w odniesieniu do miejsca wykonania, terminu wykonania oraz sposobu wykonania prac oraz w odniesieniu do wspierania wspólnego używania urządzeń i koordynacji robót z operatorami innych obiektów budowlanych znajdujących się w gruncie?

4) Czy art. 4 pkt 6 dyrektywy 2006/123 […] należy interpretować w ten sposób, że przepis ten znajduje zastosowanie do decyzji o wyrażeniu zgody, która określa miejsce, termin oraz sposób wykonania wykopów w związku z układaniem przewodów dla publicznej sieci łączności elektronicznej, mimo że odpowiedni organ państwa członkowskiego nie może zakazać wykonania tych robót jako takich?

5)

a) Jeżeli art. 13 ust. 2 dyrektywy 2006/123 […] z uwagi na odpowiedzi na powyższe pytania znajduje zastosowanie w niniejszej sprawie, to czy przepis ten jest wtedy bezpośrednio skuteczny?

b) Jeżeli na pytanie 5a zostanie udzielona odpowiedź twierdząca, to czy koszty naliczone na podstawie art. 13 ust. 2 dyrektywy 2006/123 […] mogą w takim wypadku być obliczone na podstawie szacunku kosztów dla wszystkich wniosków, na podstawie kosztów wszystkich wniosków, które są porównywalne z danym wnioskiem, czy też na podstawie kosztów poszczególnych wniosków?

c) Jeżeli na pytanie 5a zostanie udzielona odpowiedź twierdząca: na podstawie jakich kryteriów należy przyporządkować zgodnie z art. 13 ust. 2 dyrektywy 2006/123 […] koszty pośrednie i koszty stałe do konkretnych wniosków o udzielenie zezwoleń?”.

B. C-31/16, Visser

28. Rada gminy Appingedam decyzją z dnia 19 czerwca 2013 r. przyjęła plan zagospodarowania przestrzennego, w którym obszar leżący poza centrum miasta, zwany „Woonplein", został zdefiniowany jako obszar przeznaczony wyłącznie do prowadzenia działalności w zakresie handlu detalicznego towarami o dużych gabarytach. Jak zostało to określone w planie, takie rozwiązanie ma służyć „utrzymaniu jakości życia w centrum miasta oraz zapobieganiu pustostanom w śródmieściu". W Woonplein znajdują się zatem przedsiębiorstwa handlu detalicznego sprzedające artykuły wyposażenia wnętrz, produkty dla majsterkowiczów, materiały budowlane, artykuły ogrodnicze, rowery, sprzęt jeździecki i wyposażenie samochodów.

29. Spółka Visser Vastgoed Beleggingen BV (zwana dalej „Visser"), będąca właścicielem powierzchni handlowych w Woonplein, zamierzała wynająć lokale sklepowe na rzecz spółki Bristol BV, która z kolei zamierzała otworzyć tam placówkę detaliczną swojej sieci dyskontów obuwniczych i odzieżowych.

30. W dniu 19 czerwca 2013 r. Visser zaskarżyła decyzję ustalającą plan zagospodarowania przestrzennego przed izbą odwoławczą w sprawach administracyjnych rady stanu Niderlandów, wskazując na niezgodność tego planu z przepisami dyrektywy 2006/123. Postanowieniem z dnia 13 stycznia 2016 r. izba ta zawiesiła postępowanie i skierowała do Trybunału Sprawiedliwości następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy pojęcie »usługi« w art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123 […] należy interpretować w ten sposób, że handel detaliczny w postaci sprzedaży towarów takich jak obuwie i odzież na rzecz konsumentów stanowi usługę, w stosunku do której na podstawie art. 2 ust. 1 dyrektywy 2006/123 zastosowanie znajdują przepisy tejże dyrektywy?

2) Celem uregulowania wskazanego w [postanowieniu odsyłającym] jest utrzymanie jakości życia w centrum miasta i zapobieganie pustostanom w śródmieściu poprzez niedopuszczanie do prowadzenia określonych rodzajów handlu detalicznego, obejmujących między innymi sprzedaż obuwia i odzieży, na obszarze położonym poza centrum miasta.

Czy z uwagi na treść motywu 9 dyrektywy 2006/123 przepis zawierający takie uregulowanie nie znajduje się poza zakresem stosowania tej dyrektywy, gdyż takie przepisy należy uznać za »przepisy dotyczące […] podziału na strefy [zagospodarowania przestrzennego] miast i wsi […], które szczegółowo nie dotyczą [w szczególności] działalności usługowej lub nie mają na nią szczególnego wpływu, ale które powinny być przestrzegane przez usługodawców w trakcie prowadzenia ich działalności gospodarczej w ten sam sposób jak przez osoby fizyczne działające prywatnie«?

3) Czy dla stwierdzenia występowania transgranicznego stanu faktycznego wystarcza, że nie można wykluczyć, iż przedsiębiorstwo handlu detalicznego z innego państwa członkowskiego może w tym miejscu utworzyć placówkę sprzedaży lub też usługobiorca przedsiębiorstwa handlu detalicznego może pochodzić z innego państwa członkowskiego, czy też dla potrzeb tego stwierdzenia muszą występować faktyczne oznaki wskazujące na taką możliwość?

4) Czy rozdział III dyrektywy 2006/123 (»Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców«) znajduje zastosowanie do sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym, czy też przy ocenie kwestii, czy rozdział ten znajduje zastosowanie, stosuje się orzecznictwo Trybunału dotyczące postanowień traktatów w zakresie swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług w sytuacjach o charakterze wyłącznie wewnętrznym?

5a) Czy uregulowanie ujęte w miejscowym planie podziału na strefy [zagospodarowania przestrzennego] takie jak wskazane [w postanowieniu odsyłającym] jest objęte zakresem stosowania pojęcia »wymogu« w rozumieniu art. 4 pkt 7 oraz art. 14 pkt 5 dyrektywy 2006/123, a nie zakresem stosowania pojęcia »systemu zezwoleń« w rozumieniu art. 4 pkt 6 oraz art. 9 i 10 dyrektywy 2006/123?

5b) Czy – w przypadku gdy uregulowanie takie jak wskazane [w postanowieniu odsyłającym] jest objęte zakresem pojęcia „wymogu" – na przeszkodzie jego przyjęciu przez administrację gminy stoi art. 14 pkt 5 dyrektywy 2006/123, czy też – w przypadku gdy uregulowanie to jest objęte zakresem pojęcia „systemu zezwoleń" – na przeszkodzie przyjęciu takiego uregulowania przez administrację gminy stoją art. 9 i 10 dyrektywy 2006/123?

6) Czy uregulowanie takie jak wskazane w [odesłaniu prejudycjalnym] jest objęte zakresem stosowania art. 34–36 TFUE lub art. 49–55 TFUE, a jeśli tak, to czy znajdują zastosowanie wyjątki dopuszczone przez Trybunał, o ile przesłanki ich stosowania są spełnione w sposób zgodny z zasadą proporcjonalności?".

IV. Postępowanie przed Trybunałem

31. Postanowienia odsyłające wpłynęły do sekretariatu Trybunału odpowiednio w dniu 13 lipca 2015 r. (sprawa C-360/15) i w dniu 18 stycznia 2016 r. (sprawa C-31/16). Uwagi na piśmie przedstawiły strony postępowania głównego, rząd niderlandzki i Komisja (w obu sprawach), a także rząd czeski (w sprawie C-360/15) oraz rządy irlandzki, włoski, niemiecki i polski (w sprawie C-31/16). Postanowieniem prezesa Trybunału z dnia 23 stycznia 2016 r. sprawy zostały połączone w celu łącznego rozpoznania na ustnym etapie postępowania oraz celem wydania wyroku.

32. W rozprawie, która odbyła się w dniu 14 lutego 2017 r., udział wzięły strony postępowania głównego, rządy niderlandzki i niemiecki oraz Komisja.

V. Analiza

A. Sprawa C-360/15, X

33. Pierwsze trzy pytania dotyczą zakresu zastosowania dyrektywy 2006/123, natomiast pytania 4 i 5 odnoszą się do przepisów materialnych tej dyrektywy.

1. W przedmiocie zakresu zastosowania dyrektywy 2006/123 (pytania 1–3)

a) Artykuł 2 dyrektywy 2006/123 (pytanie 1)

34. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy art. 2 ust. 3 dyrektywy 2006/123 należy interpretować w ten sposób, że przepis ten znajduje zastosowanie do żądania przez organ władz państwa członkowskiego opłat za rozpatrzenie wniosku o wyrażenie zgody w odniesieniu do terminu, miejsca i sposobu wykonania wykopów w związku z układaniem przewodów dla publicznej sieci łączności elektronicznej.

35. Zakres stosowania dyrektywy 2006/123 został określony w jej art. 2. Zgodnie z art. 2 ust. 1 tej dyrektywy ma ona zastosowanie do usług świadczonych przez usługodawców prowadzących przedsiębiorstwo w państwie członkowskim. Artykuł 2 ust. 2 wyłącza określone rodzaje *działalności* z zakresu zastosowania dyrektywy, w tym (w lit. c) „usługi i sieci łączności elektronicznej oraz urządzenia i usługi towarzyszące, w związku z zagadnieniami objętymi dyrektywami 2002/19/WE, 2002/20/WE, 2002/21/WE, 2002/22/WE i 2002/58/WE". Artykuł 2 ust. 3 dyrektywy podkreśla, że dyrektywa „nie ma zastosowania *w dziedzinie* podatków".

36. Z takiej konstrukcji przepisów wnioskuję, że analizę art. 2 ust. 3 dyrektywy 2006/123 można przeprowadzać dopiero po uznaniu, że spełnione zostały wymogi określone w art. 2 ust. 1, i jeśli zastosowanie dyrektywy nie zostało wyłączone już na mocy art. 2 ust. 2.

37. Sąd odsyłający wydaje się zakładać, że zastosowanie dyrektywy nie podlega wyłączeniu ze względu na jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 2 ust. 2 dyrektywy 2006/123. Ja jednak nie do końca jestem przekonany o słuszności takiego założenia [21] i dlatego, nim zajmę się art. 2 ust. 3, najpierw przeanalizuję art. 2 ust. 2.

38. Zatem najpierw rozważę kwestię, czy układanie przewodów w celu budowy sieci światłowodowej stanowi działalność objętą wyłączeniem przewidzianym w art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/123.

1) W przedmiocie art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/123

39. Na unijne ramy prawne działalności telekomunikacyjnej składa się dyrektywa 2002/21 oraz cztery dyrektywy szczegółowe, do których należy dyrektywa 2002/20 [22].

40. Dyrektywa 2002/21 zawiera przepisy wspólne oraz określa definicje i zakres ram regulacyjnych mających zastosowanie do wszystkich sieci telekomunikacyjnych, niezależnie od sposobu transmisji danych [23].

41. Celem dyrektywy 2002/20 jest zapewnienie, by stosowany był jedynie możliwie najmniej kosztowny system zezwoleń na dostarczanie sieci łączności elektronicznej [24]. Uchyla ona poprzednio obowiązujący system indywidualnych zezwoleń na działalność związaną z sieciami i zastępuje go „ogólnym zezwoleniem", przyznającym operatorom sieci pewien minimalny zakres uprawnień [25].

42. Układanie sieci światłowodowej, której celem jest transmisja danych w ramach łączności elektronicznej, mieści się w zakresie pojęcia „sieci łączności elektronicznej" w rozumieniu art. 2 lit. a) dyrektywy ramowej [26]. Działalność spółki X objęta jest zatem zakresem zastosowania przepisów unijnych ram regulacyjnych w dziedzinie telekomunikacji.

43. Z ustalenia tego nie wynika jednak, że warunki określone art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/123 zostały spełnione, zważywszy, że przepis ów przewiduje związek z „zagadnieniami objętymi" dyrektywami w sprawie usług i sieci łączności elektronicznej. Musimy zatem kontynuować analizę kwestii, czy opłaty takie jak sporne w postępowaniu głównym „leges" rzeczywiście należą do zagadnień objętych tymi dyrektywami.

21 Poza tym strony postępowania głównego, a także rząd niderlandzki żywią wątpliwości co do przeprowadzonej przez sąd odsyłający wykładni art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/123.

22 Zobacz motyw 5 dyrektywy 2002/21. Pozostałe z nich to dyrektywa 2002/19, dyrektywa 2002/22 i dyrektywa 97/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 15 grudnia 1997 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (Dz.U. 1998, L 24, s. 1).

23 Artykuły 1 i 2 dyrektywy 2002/21; zob. też R.S.K. Bell, N. Ray, *EU Electronic Communications Law*, Richmond Law & Tax, 2004, s. 24.

24 Zobacz motyw 7 dyrektywy 2002/20.

25 Zobacz motyw 36 dyrektywy 2002/20.

26 Jako że informacja o dokładnym przeznaczeniu tej sieci nie wynika z okoliczności faktycznych przedstawionych Trybunałowi, to do sądu odsyłającego należy ustalenie, czy sieć stanowi ponadto „publiczną sieć łączności" w rozumieniu art. 2 lit. d) dyrektywy 2002/21.

44. Artykuł 12 dyrektywy 2002/20 ogranicza zakres opłat pobieranych przez krajowy organ regulacyjny. Odnosi się on do opłat nakładanych na przedsiębiorstwa świadczące usługi lub dostarczające sieci *zgodnie z ogólnym zezwoleniem lub na rzecz których zostało ustanowione prawo użytkowania* [27]. Artykuł ten został uznany za mający zastosowanie w procedurach udzielania ogólnych zezwoleń lub ustanawiania prawa użytkowania [28]. Nie znajduje on jednak zastosowania w kontekście niniejszego postępowania, ponieważ nie dotyczy ono ani ogólnego zezwolenia [29], ani prawa użytkowania, i co najistotniejsze, gmina Amersfoort nie jest krajowym organem regulacyjnym [30].

45. Istotny może się natomiast okazać art. 13 dyrektywy 2002/20. Jego zakres zastosowania jest z pewnością szerszy i wykracza poza procedurę związaną z ogólnymi zezwoleniami.

46. Zgodnie z art. 13 „[p]aństwa członkowskie mogą zezwolić *właściwym organom władzy państwowej* na nakładanie opłat za […] prawo instalowania urządzeń […]” [31]. W odróżnieniu od art. 12 nie pojawia się tu ani odniesienie do ogólnego zezwolenia, ani też do krajowego organu regulacyjnego. Odzwierciedla on natomiast brzmienie art. 11 ust. 1 dyrektywy 2002/21 („Prawa drogi”), zgodnie z którym prawa drogi mogą zostać przyznane przez „właściwy organ” [32]. Ma to sens, gdyż opłaty wprowadzone przez organy lokalne regulujące prawa drogi mogą być równie zniechęcające jak te wprowadzane w toku procedury ogólnego zezwolenia [33].

47. Ponadto słuszność takiej wykładni potwierdza cel dyrektywy 2002/20, którym jest zmniejszenie kosztów udzielania dostępu do rynku [34]. W tym kontekście, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, państwo członkowskie nie może – na gruncie unormowań dyrektywy 2002/20 – nakładać za dostarczanie usług i sieci łączności elektronicznej żadnych innych opłat niż te przewidziane w tej dyrektywie [35]. Byłoby nielogiczne, gdyby brak spełnienia wymogu koniecznego do uzyskania ogólnego zezwolenia wydanego przez krajowy organ regulacyjny mógł stwarzać zagrożenie dla przyznanej w dyrektywie 2002/20 ochrony dostępu do rynku.

48. Taka szeroka interpretacja art. 13 dyrektywy 2002/20 jest zgodna z ogólnymi celami ram regulujących działalność telekomunikacyjną [36]. Przewidziany w art. 8 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2002/21 cel polega na zapewnieniu, by użytkownicy czerpali maksymalne korzyści z różnorodności, ceny i jakości usług. Koszt zezwoleń dotyczących przeprowadzenia robót budowlanych związanych z położeniem sieci łączności elektronicznej wpływa na wysokość cen, jakie użytkownicy końcowi będą musieli płacić za dostęp do sieci w swoim regionie, a wręcz na samą możliwość uzyskania takiego

27 „Prawa użytkowania” odnoszą się do praw użytkowania częstotliwości radiowych (zob. art. 5 dyrektywy o zezwoleniach). Nie ma to jednak związku z badaną sprawą.

28 Zobacz na przykład wyrok z dnia 27 czerwca 2013 r., Vodafone Malta i Mobisle Communications (C-71/12, EU:C:2013:431, pkt 21 i nast.).

29 Opłata niezwiązana z ogólnym zezwoleniem nie wchodzi w zakres zastosowania art. 12 dyrektywy o zezwoleniach. Zobacz wyroki: z dnia 17 grudnia 2015 r., Proximus (C-454/13, EU:C:2015:819, pkt 22); z dnia 17 września 2015 r., Fratelli De Pra i SAIV (C-416/14, EU:C:2015:617, pkt 41).

30 Ze względu na to, że rząd niderlandzki nie zgłosił Komisji tej gminy jako krajowego organu regulacyjnego. Taki brak notyfikacji jest uznawany przez Trybunał za wystarczający powód do wykluczenia uznania gminy za krajowy organ regulacyjny – zob. na przykład wyrok z dnia 7 listopada 2013 r., UPC Nederland (C-518/11, EU:C:2013:709, pkt 53).

31 Podkreślenie moje.

32 W wersjach językowych francuskiej i niemieckiej zarówno w art. 11 dyrektywy 2002/21, jak i w art. 13 dyrektywy 2002/20 użyto takich samych wyrażeń („autorité compétente” i „zuständige Behörde”), natomiast w wersjach angielskiej i polskiej posłużono się nieco różnymi wyrażeniami: „relevant authority” i „właściw[e] organ[y] władzy państwowej” (w art. 13 dyrektywy 2002/20) oraz „competent authority” i „właściwy organ” (w art. 11 dyrektywy 2002/21). W moim odczuciu nie ma jednak wątpliwości, że zarówno art. 11 dyrektywy 2002/21, jak i art. 13 dyrektywy 2002/20 odnoszą się do organów tego samego rodzaju.

33 Z komunikatu Komisji w sprawie przeprowadzanych przez nią w 1999 r. konsultacji publicznych dotyczących nowych ram regulacyjnych [COM(2000) 239 wersja ostateczna, s. 8–9] wynika bowiem, że operatorzy telekomunikacyjni obawiali się problemu polegającego na przeciążeniu systemów udzielania zezwoleń krajowych organów regulacyjnych. Ponieważ samo przydzielanie częstotliwości radiowych i numerów wymaga stosowania jakiegoś systemu zezwoleń, opłaty za prawa drogi uznane zostały za opłaty dodatkowe w stosunku do takich zezwoleń i licencji.

34 Zobacz motyw 1 tej dyrektywy.

35 Zobacz wyrok z dnia 12 lipca 2012 r., Vodafone España i France Telecom España (C-55/11, C-57/11 i C-58/11, EU:C:2012:446, pkt 28 i przytoczone tam orzecznictwo).

36 Artykuł 8 dyrektywy 2002/21.

dostępu [37]. Kosztowne procedury dotyczące instalowania urządzeń mogą mieć skutek podobny do tego, jaki mają przeszkody w postaci systemów zezwoleń. Zakres zastosowania art. 13 dyrektywy 2002/20 nie ogranicza się zatem do kontekstu konkretnego ogólnego zezwolenia, ale obejmuje inne opłaty za instalację urządzeń koniecznych do wejścia na rynek dostawców usług łączności [38].

49. Taka interpretacja art. 13 dyrektywy o zezwoleniach jest również zgodna z treścią wyroku Vodafone España i France Telecom España [39], w którym Trybunał orzekł, że art. 13 stoi na przeszkodzie stosowaniu regionalnej opłaty za korzystanie ze słupów telefonicznych należących do osoby trzeciej. Bez wątpienia pomiędzy środkiem rozpatrywanym w postępowaniu głównym a tym będącym przedmiotem postępowania w sprawie Vodafone España i France Telecom España zachodzą istotne różnice, ale w wyroku tym wyjaśnione zostały dwie istotne kwestie mające zastosowanie w niniejszej sprawie.

50. Po pierwsze, podatek rozpatrywany w sprawie Vodafone España i France Telecom España zwiększał koszt podjęcia i prowadzenia działalności przez nowych dostawców w porównaniu z dostawcami będącymi już właścicielami infrastruktury [40]. Podobnie „leges” w niniejszej sprawie podnoszą koszt instalacji urządzeń, a tym samym stawiają dostawców nieposiadających własnej infrastruktury w danej gminie w sytuacji mniej korzystnej niż ta, w której znajdują się dostawcy posiadający już tę infrastrukturę.

51. Po drugie, podatek sporny w tamtej sprawie został nałożony przez gminę, która nie jest krajowym organem regulacyjnym. Z uwagi na szerszy zakres art. 13 oraz na okoliczność, że gminy są organami właściwymi do zatwierdzania instalacji urządzeń, przepis ten znalazł zastosowanie w sprawie Vodafone España i France Telecom España. Tak samo winno być w badanej sprawie.

52. Należy przy tym dodać, że w kolejnych sprawach dotyczących podatków o charakterze ogólnym – inaczej niż przypadkach opłat za instalację urządzeń – Trybunał orzekł, że dyrektywa 2002/20 nie znajduje zastosowania [41]. Niemniej jednak w przypadku rozpatrywanego w niniejszej sprawie środka nie ulega wątpliwości, że opłaty były pobierane za instalację urządzeń. Układając przewody na gruncie publicznym lub prywatnym, spółka X korzysta z prawa drogi w rozumieniu art. 11 dyrektywy 2002/21 transponowanej do prawa niderlandzkiego ustawą prawo telekomunikacyjne [42]. Artykuł 13 dyrektywy 2002/20 konkretyzuje owo prawo drogi w przypadku instalowania urządzeń telekomunikacyjnych, zaś układanie przewodów bez wątpienia stanowi część takich prac.

53. Niniejszy przypadek jest zatem objęty art. 13 dyrektywy 2002/20, dlatego też dyrektywa 2006/123, zgodnie z jej art. 2 ust. 2 lit c), nie znajduje do niego zastosowania.

37 O ewentualności zakłócania konkurencji poprzez koszty administracyjne zob. też opinię rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawach połączonych Vodafone España (C-55/11, C-57/11 i C-58/11, EU:C:2012:162, pkt 62–64).

38 Warto zwrócić uwagę, że te ramy regulacyjne mają zastosowanie do całego sektora łączności elektronicznej, nie tylko do podmiotów świadczących usługi telefoniczne, podczas gdy system ogólnych zezwoleń jest zazwyczaj konieczny z uwagi na to, że ograniczoną pulę numerów i dostępnych częstotliwości radiowych należy przydzielić w sprawiedliwy sposób.

39 Wyrok z dnia 12 lipca 2012 r. (C-55/11, C-57/11 i C-58/11, EU:C:2012:446, pkt 34, 35).

40 Opinia rzecznik generalnej E. Sharpston w sprawach połączonych Vodafone España (C-55/11, C-57/11 i C-58/11, EU:C:2012:162, pkt 63).

41 W sprawie Belgacom i Mobistar spór dotyczył ogólnego podatku należnego z tytułu zajmowania gruntu i pozbawionego związku z instalacją urządzeń – zob. wyrok z dnia 4 września 2014 r. (C-256/13 i C-264/13, EU:C:2014:2149, pkt 36, 37); podobnie Trybunał nie zastosował dyrektywy 2002/20 do przepisów prawa miejscowego nakładających podatek na całość urządzeń telekomunikacyjnych w wyroku z dnia 17 grudnia 2015 r., Proximus (C-454/13, EU:C:2015:819). Ani w sprawie Proximus (pkt 28), ani w sprawie Belgacom i Mobistar (pkt 36) opłaty nie były związane z instalowaniem urządzeń, podatki nie zwiększały też kosztu wejścia na rynek nowym dostawcom, którzy nie dysponowali własną, zainstalowaną infrastrukturą.

42 Zdaniem rządu niderlandzkiego ustawodawca krajowy dokonał transpozycji tego przepisu w art. 5.4 ustawy prawo telekomunikacyjne, który przyznaje dostawcy sieci prawo do układania przewodów po uzyskaniu od właściwej gminy zgody co do czasu i miejsca prac.

54. Rozstrzygnięcie kwestii, czy środki krajowe takie jak „leges” żądane w sprawie, której dotyczy postępowanie główne, są zgodne z art. 13 dyrektywy 2002/20 – mającym bezpośrednie zastosowanie przepisem [43], na który mogą powołać się jednostki – wymaga dokonania oceny okoliczności faktycznych, której przeprowadzenie należy do sądu odsyłającego. Ponadto nie stanowi to przedmiotu niniejszego postępowania.

2) W przedmiocie art. 2 ust. 3 dyrektywy 2006/123

55. Na wypadek, gdyby Trybunał uznał, że przesłanki określone w art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/123 nie zostały spełnione, przeanalizuję teraz to, czy środek taki jak „leges” należy do dziedziny podatków (art. 2 ust. 3 dyrektywy 2006/123).

56. Określenie „podatki” należy interpretować autonomicznie, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału, zgodnie z którym zarówno wymóg jednolitego stosowania prawa Unii, jak i zasada równości wskazują na to, że treści przepisu prawa Unii, który nie zawiera wyraźnego odesłania do prawa państw członkowskich dla określenia swego znaczenia i zakresu, należy zwykle nadać w całej Unii autonomiczną i jednolitą wykładnię [44].

57. Istnieje istotna różnica pomiędzy podatkiem, który stanowi ogólny dochód organu publicznego, a opłatą administracyjną pobieraną w zamian za konkretną usługę.

58. W niniejszej sprawie, nawet jeśli właściwa gmina zażądała opłaty w wysokości przekraczającej koszt przeprowadzenia procedury administracyjnej rozpatrzenia wniosku o wyrażenie zgody w odniesieniu do terminu, miejsca i sposobu wykonania wykopów, sam fakt, że ewentualna pobrana nadwyżka zasili ogólny budżet gminy, nie zmienia tej opłaty w podatek o charakterze ogólnym. Pobór opłaty następuje wyłącznie w związku z procedurą administracyjną. Podmioty nie mogą przekształcać opłaty administracyjnej w podatek, a tym samym uchylać się od zastosowania dyrektywy 2006/123 tylko dlatego, że żądana kwota opłaty przewyższa koszt przeprowadzonego postępowania administracyjnego. Przyjęcie takiej interpretacji art. 2 ust. 3 byłoby niezgodne z celem art. 13 ust. 2 dyrektywy 2006/123 polegającym na ograniczeniu kosztów związanych z udzielaniem zezwoleń usługodawcom.

59. Uważam zatem, że środki krajowe takie jak „leges”, których dotyczy postępowanie główne, nie stanowią podatku, ponieważ są pobierane za wyświadczenie przez administrację gminną usługi polegającej na rozpatrzeniu wniosku o wyrażenie zgody w odniesieniu do terminu, miejsca i sposobu wykonania wykopów.

b) W przedmiocie motywu 9 dyrektywy 2006/123 (pytanie 3)

60. Ponieważ moim zdaniem na mocy art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy 2006/123 owa dyrektywa nie ma zastosowania w sytuacji takiej jak sytuacja badana w niniejszej sprawie, pytanie 3 dotyczące wykładni motywu 9 preambuły tej dyrektywy ma w kontekście postępowania w sprawie przed sądem odsyłającym charakter hipotetyczny i nie wymaga udzielenia odpowiedzi.

c) W przedmiocie sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym (pytanie 2)

61. Pytanie 2 dotyczy zastosowania rozdziału III dyrektywy 2006/123 do sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym. To pytanie w kontekście niniejszej sprawy także ma charakter hipotetyczny. Zajmę się nim poniżej, (dopiero) w kontekście sprawy Visser (C-31/16).

43 Wyrok z dnia 12 lipca 2012 r., Vodafone España i France Telecom España (C-55/11, C-57/11 i C-58/11, EU:C:2012:446, pkt 39).

44 Zobacz wyrok z dnia 18 stycznia 1984 r., Ekro (327/82, EU:C:1984:11, pkt 11). Zobacz też wyroki: z dnia 19 września 2000 r., Linster (C-287/98, EU:C:2000:468, pkt 43; z dnia 4 września 2014 r., Germanwings (C-452/13, EU:C:2014:2141, pkt 16).

2. Pytania 4 i 5

62. Zważywszy, że sugeruję, by Trybunał orzekł, iż dyrektywa 2006/123 nie ma zastosowania w sprawie takiej jak rozpatrywana, a pytania 4 i 5 zostały postawione przy założeniu, że dyrektywa ta znajduje zastosowanie, to również one mają charakter hipotetyczny. Chciałbym przy tym podkreślić, że jeżeli chodzi o zezwolenia i systemy zezwoleń (rozdział III sekcja 1) oraz (zakazane) wymogi (sekcja 2), system ustanowiony w dyrektywie 2006/123 nie jest przeznaczony do stosowania w obficie unormowanej i wysoce stechnicyzowanej dziedzinie telekomunikacji – i właśnie dlatego owa dziedzina została wyłączona z zakresu dyrektywy 2006/123 [45].

B. Sprawa C-31/16, Visser

1. W przedmiocie art. 4 ust. 1 dyrektywy 2006/123 (pytanie 1)

63. Poprzez pierwsze pytanie sąd odsyłający w istocie zwraca się do Trybunału o ustalenie, czy handel detaliczny obejmujący sprzedaż towarów takich jak obuwie i odzież mieści się w zakresie zastosowania dyrektywy 2006/123.

64. Sąd odsyłający zadał to pytanie w kontekście następujących okoliczności faktycznych: spółka Visser jest właścicielem lokali handlowych, które zamierza wynająć Bristol BV, a ta spółka z kolei chce otworzyć w nich placówkę detaliczną swojej sieci dyskontów obuwniczo-odzieżowych. Bristol BV chce oprzeć się w tym względzie na rozdziale III tej dyrektywy, zatytułowanym „Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców". Należy zatem rozstrzygnąć, czy Bristol BV jest usługodawcą, który może powoływać się na te unormowania dyrektywy 2006/123.

65. Ostatecznie, jak zostanie to bardziej szczegółowo przedstawione poniżej, za pozornie niewinnym pytaniem („dlaczego handel detaliczny nie może być usługą?") kryje się poważniejsza i delikatniejsza kwestia relacji między dyrektywą 2006/123 a podstawowymi swobodami zawartymi w TFUE, jak również kwestia relacji tych podstawowych swobód i ewentualnych konsekwencji dla dyrektywy 2006/123.

66. Podczas gdy rząd niderlandzki jest zdania, że w sytuacji takiej jak rozpatrywana w niniejszej sprawie handlu detalicznego nie należy uważać za usługę, Visser oraz rządy włoski i polski, jak również Komisja uważają, że należy go za usługę uznać.

67. Artykuł 2 ust. 1 dyrektywy 2006/123 stanowi, że dyrektywa ma zastosowanie do usług świadczonych przez usługodawców prowadzących przedsiębiorstwo w państwie członkowskim.

68. Artykuł 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123 określa „usługę" jako „wszelką działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, zwykle świadczoną za wynagrodzeniem, zgodnie z art. [57 TFUE]" [46]. Z kolei art. 57 TFUE stanowi w akapicie pierwszym, że „[u]sługami w rozumieniu traktatów są świadczenia wykonywane zwykle za wynagrodzeniem, w zakresie, w jakim nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób".

a) Działalność gospodarcza prowadzona na własny rachunek […] świadczona za wynagrodzeniem

69. Pierwsza część definicji usługi jest raczej nieskomplikowana: sprzedaż obuwia lub odzieży stanowi działalność gospodarczą prowadzoną na własny rachunek, świadczoną za wynagrodzeniem.

45 Zobacz także motywy 19 i 20 dyrektywy 2006/123.

46 Zobacz też wyrok z dnia 27 lutego 2014 r., OSA (C-351/12, EU:C:2014:110, pkt 58).

70. W motywie 33 dyrektywy [47] wyszczególniono wprost dystrybucję [48] jako jedną z objętych nią rodzajów działalności [49]. Ponadto w motywie 47 dyrektywy wspomniano – jakkolwiek niejako przy okazji, w kontekście systemów zezwoleń – o hipermarketach. Takie sklepy z pewnością pełnią również funkcję dystrybucyjną w odniesieniu do towarów. Aby uzupełnić całokształt tego obrazu, pragnę wskazać, iż w motywie 76 dyrektywy wskazano, że nie dotyczy ona jedynie ograniczeń odnoszących się do towarów *jako takich* (w odróżnieniu moim zdaniem od np. dystrybucji towarów).

71. Ponadto w wydanym przez Komisję – niewiążącym, choć pouczającym [50] – podręczniku wdrażania dyrektywy o usługach [51], do którego ponadto odniósł się Trybunał przy dokonywaniu wykładni dyrektywy 2006/123 [52], znajduje się wzmianka o „działalności handlowej (w tym detaliczny i hurtowy obrót towarami i usługami)".

72. Ponadto prześledziwszy historię prac legislacyjnych nad dyrektywą, dowiemy się, że w trakcie pierwszego czytania projektu Parlament Europejski początkowo próbował usunąć odniesienie do dystrybucji [53], prawdopodobnie z zamiarem wyłączenia usług handlu detalicznego z zakresu dyrektywy. Rada jednak przywróciła owo odniesienie w projekcie [54]. Odniesienie to zostało zachowane aż do przyjęcia dyrektywy.

b) …zgodnie z art. 57 TFUE

73. Co zatem z drugą częścią art. 57 akapit pierwszy TFUE, o którym mowa w art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123 („w zakresie, w jakim [usługi] nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób")?

74. Powstaje więc pytanie, czy rozpatrywane w niniejszym przypadku usługi – sprzedaż obuwia – nie są objęte innymi swobodami traktatowymi w rozumieniu art. 57 TFUE, co oznaczałoby, że pozostawałyby on poza zakresem zastosowania dyrektywy 2006/123.

47 Jeżeli chodzi o wartość motywów jako narzędzi służących wykładni, w szczególności w odniesieniu do dyrektywy 2006/123, zob. pkt 132 i przypis 123 w tej opinii.

48 „Dystrybucja" to powszechnie stosowane przez Komisję określenie działalności w zakresie handlu detalicznego i podobnej, zob. na przykład s. 3 komunikatu w sprawie planu działania dla sektora handlu detalicznego COM(2013) 36 wersja ostateczna. Warto również wspomnieć, że w pierwotnym sprawozdaniu Komisji dla Rady i Parlamentu Europejskiego w sprawie stanu rynku wewnętrznego usług, przedstawionym w ramach pierwszego etapu opracowywania strategii na rzecz rynku wewnętrznego usług (COM(2002) 441 wersja ostateczna), określenie „handel detaliczny" pojawia się 35 razy! Mam świadomość tego, że sprawozdanie to stanowiło podstawę do opracowania wstępnej wersji dyrektywy Bolkestein, która została później poddana istotnym zmianom. Natomiast nie wydaje mi się, by cele i przepisy dyrektywy zostały zmienione, jeśli chodzi o ich materialny zakres zastosowania oraz rodzaje podlegającej regulacji działalności. Jak powszechnie wiadomo dyskusyjną kwestię stanowiły wówczas zasada kraju pochodzenia oraz jej rozmaite skutki i następstwa prawne. Co się tyczy tego ostatniego aspektu zob. W. Obwexer, Ianc, Sinziana, Das binnenmarktliche Recht der Dienstleistungsfreiheit, w: P.Ch. Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht (Enzyklopädie Europarecht, Band 4)*, Nomos, Baden-Baden, 2015, s. 397–448, na s. 428–429.

49 Należy podkreślić, że w odniesieniu do motywu 33 uprzednio Trybunał poprzestał na stwierdzeniu, że usługi certyfikacji wchodzą w zakres zastosowania dyrektywy 2006/123, zob. wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r., Rina Services i in. (C-593/13, EU:C:2015:399, pkt 24).

50 Zobacz moje opinie: w sprawach połączonych Trijber i Harmsen (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:505, pkt 36, 54); w sprawie Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, pkt 69). Zobacz też opinie rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna: w sprawie Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:171, pkt 22); w sprawie Rina Services i Rina (C-593/13, EU:C:2015:159, pkt 39).

51 Zobacz pkt 2.1.1 „Podręcznika wdrażania dyrektywy o usługach", Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, 2007, dostępnego na stronie http://bookshop.europa.eu/pl/podr-cznik-wdra-ania-dyrektywy-o-us-ugach-pbKM7807096/. Stanowisko Komisji wyrażone w podręczniku nie jest jednak zaskakujące, ponieważ wydaje się, iż od samego początku instytucja ta opowiadała się za włączeniem dystrybucji w zakres zastosowania dyrektywy 2006/123.

52 Zobacz wyroki: z dnia 23 grudnia 2015 r., Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843, pkt 32, 53, 73); z dnia 11 lipca 2013 r., Femarbel (C-57/12, EU:C:2013:517, pkt 37).

53 Zobacz stanowisko Parlamentu przyjęte w pierwszym czytaniu. Parlament proponował skreślenie motywu 14 wniosku Komisji.

54 Zobacz motyw 33.

75. W systemie przewidzianym w TFUE[55] na swobodny przepływ osób składają się dwie odrębne swobody przepływu: osób zależnych od innych podmiotów (czyli pracowników) oraz osób niezależnych (przedsiębiorców). Zatem swoboda przedsiębiorczości wchodzi w zakres swobodnego przepływu „osób", o którym mowa w art. 57 akapit pierwszy TFUE[56].

76. Wyobraźmy sobie przez chwilę, że działalność spółki Bristol BV mieści się w zakresie prowadzenia przedsiębiorstwa. Oznaczałoby to, że sytuację tej spółki na gruncie TFUE regulują normy dotyczące swobody przedsiębiorczości (jako podkategorii swobodnego przepływu osób), co z kolei oznaczałoby, że nie mamy do czynienia z usługą w rozumieniu art. 57 TFUE, a zatem działalność ta nie jest objęta zakresem zastosowania dyrektywy 2006/123. W związku z powyższym rozdział III dyrektywy 2006/123, dotyczący swobody *przedsiębiorczości* dla usługodawców byłby pozbawiony *jakiegokolwiek* zastosowania[57]. Taki wniosek jest nie do przyjęcia, chyba że rozdział III zostanie z ww. względów uznany za sam w sobie sprzeczny z prawem pierwotnym.

77. Zatem albo określenie „działalność usługowa" zawarte w rozdziale III dyrektywy 2006/123 musi mieć znaczenie inne niż to przewidziane w ogólnej definicji zawartej w art. 4 dyrektywy 2006/123, albo art. 4 dyrektywy 2006/123 nie miał odsyłać do art. 57 TFUE w aspekcie prowadzenia przedsiębiorstw przez usługodawców. Gwoli jasności – opowiadam się za przyjęciem tego drugiego podejścia i twierdzę, że dyrektywa ma też zastosowanie do działalności gospodarczej objętej swobodą przedsiębiorczości w rozumieniu TFUE, która jednak obejmuje również element usługowy[58].

78. Ogólniej rzecz ujmując, różnica w terminologii istniejąca między TFUE a dyrektywą 2006/123 świadczy o tym, że w tych aktach prawnych zastosowano różne metody służące osiągnięciu celu, jakim jest eliminacja ograniczeń w swobodnym świadczeniu usług. TFUE przede wszystkim mierzy w „ograniczenia w swobodnym świadczeniu usług wewnątrz Unii"[59]. Realizuje to za pomocą „integracji negatywnej" poprzez zakazywanie barier w obrocie usługowym[60]. Natomiast dyrektywa 2006/123 kładzie nacisk na działalność usługową i jej konkretnie dotyczy. Stanowi ona akt prawa wtórnego, za pomocą którego, dzięki wyższemu stopniowi szczegółowości, można rozwiązywać problemy, których doświadczają usługodawcy napotykający przeszkody. Dlatego – zgodnie ze swą podstawą prawną[61] – dyrektywa ta skupia się na działalności usługodawców, a jej cała struktura jest dostosowana do działalności usługowej[62].

79. Zawarte w art 4 ust. 1 dyrektywy 2006/123 odniesienie do art. 57 TFUE nie wpływa więc w żaden sposób na kwestię tego, czy handel detaliczny jest usługą w rozumieniu art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123.

80. Dlatego też handel detaliczny należy uznać za usługę w rozumieniu art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123.

55 Zobacz część trzecia tytuł IV TFUE, dotyczący swobodnego przepływu osób i kapitału, podzielony na rozdział 1 („Pracownicy"), rozdział 2 („Prawo przedsiębiorczości"), rozdział 3 („Usługi") i rozdział 4 („Kapitał i płatności").

56 Owa systematyka w żaden sposób nie zmienia faktu, że swoboda świadczenia usług odnosi się przede wszystkim do usługi rozumianej jako produkt. Porównaj P.Ch. Müller-Graff w: R. Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar*, C.H. Beck, Monachium, 2. Aufl., 2012, art. 56 AEUV, pkt 7.

57 Zobacz też M. Klamert, *Services Liberalization in the EU and the WTO*, Cambridge University Press, 2015, s. 177.

58 Zobacz także, jakkolwiek w odniesieniu do rozdziału III dyrektywy 2006/123, M. Klamert, ibid.

59 Zobacz art. 56 ust. 1 TFUE.

60 W art. 57 akapity drugi i trzeci TFUE pojawia się określenie „działalność", ale użyte jest ono tytułem ilustracyjnym.

61 Artykuł 53 TFUE odnosi się konkretnie do „działalności".

62 Określenie „działalność" („activity") zostało użyte w dyrektywie (zarówno w liczbie pojedynczej, jak i mnogiej) co najmniej 146 razy: 85 razy w preambule i 61 razy w części normatywnej. Natomiast określenie „bariera/bariery" [„barrier(s)"] pojawia się zaledwie 15 razy, i to wyłącznie w preambule, a określenie „ograniczenie/ograniczenia" [„restriction(s)"] występuje w niej 20 razy: 15 razy w preambule i 5 razy w części normatywnej.

c) Wykładnia zawężająca ze względu na prawo pierwotne?

81. W kontekście wykładni art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123 pozostaje kwestia, czy prawo pierwotne wymusza zawężenie wykładni tego przepisu na tyle, by handlu detalicznego nie można było uznać za usługę do celów stosowania dyrektywy 2006/123.

82. Moja odpowiedź brzmi „nie".

1) W przedmiocie swobody przedsiębiorczości

83. Nawet na gruncie (jedynie) unormowań TFUE [63] działalność Bristol BV objęta jest moim zdaniem swobodą przedsiębiorczości, co teraz wykażę, opierając się na orzecznictwie Trybunału.

84. W sytuacjach dotyczących prowadzenia przedsiębiorstwa, z którym wiążą się inne podstawowe swobody, zazwyczaj swoboda przepływu towarów lub usług [64], Trybunał, jak sądzę, spójnie posługuje się pojęciem swobody przedsiębiorczości przewidzianej w art. 49 TFUE [65]. Moim zdaniem podejście takie zostało przyjęte z tego powodu, że przedsiębiorczość zazwyczaj i z natury – oraz niemal z definicji – obejmuje aspekty innych podstawowych swobód. Obrazowo rzecz ujmując: do podjęcia działalności wymagany jest kapitał. Ludzie pomagają budować i zarządzać. Towary trzeba przewieźć z punktu A do punktu B. Wszystko po to, by dana osoba (fizyczna lub prawna) mogła stać się przedsiębiorcą.

85. Traktując wszystkie te sprawy w kategoriach „przedsiębiorczości", Trybunał w moim odczuciu koncentruje się na rzeczywistej działalności polegającej na prowadzeniu przedsiębiorstwa, a nie – na założeniu przedsiębiorstwa jako ostatecznym celu. W takiej sytuacji Trybunał nie bierze pod uwagę tego, jakie towary lub usługi mają być dostarczane/świadczone przez zakładane przedsiębiorstwo.

86. W myśl tego orzecznictwa oraz w sytuacji braku dyrektywy 2006/123 założenie placówki detalicznej takiej jak rozpatrywana w sprawie, której dotyczy postępowanie główne, objęte byłoby zapewne swobodą przedsiębiorczości. Wobec tego nie uważam, by zastosowanie do badanej sprawy rozdziału III dyrektywy dotyczącego swobody przedsiębiorczości dla usługodawców miało być sprzeczne z takim orzecznictwem.

2) Swoboda przepływu towarów

87. Zważywszy, że badana sprawa dotyczy swobody przedsiębiorczości, nie musimy już obszernie rozwodzić się nad związkiem między dyrektywą 2006/123 a prawem pierwotnym. Aby jednak uprzedzić ewentualne błędne pojmowanie związku między towarami i usługami oraz w świetle pytań zadanych na ustnym etapie postępowania, uważam za użyteczne zajęcie się tą kwestią w ramach niniejszej opinii.

88. Na początku należy podkreślić, że choć z art. 57 akapit pierwszy TFUE wynika, iż swoboda świadczenia usług jest swobodą pomocniczą względem innych swobód, to w żaden sposób nie pociąga to za sobą istnienia hierarchii ważności podstawowych swobód [66]. Trybunał wyjaśnił, że choć definicja pojęcia „usług" przewidziana w art. 57 akapit pierwszy TFUE zawiera uściślenie, zgodnie z którym świadczenia te „nie są objęte postanowieniami o swobodnym przepływie towarów, kapitału i osób", to

63 I to pomimo omówionej poniżej kwestii sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym.

64 W sytuacjach gdy ktoś zakłada działalność w celu sprzedaży towarów lub świadczenia usług.

65 Zobacz wyroki: z dnia 11 maja 1999 r., Pfeiffer (C-255/97, EU:C:1999:240, pkt 26); z dnia 24 marca 2011 r., Komisja/Hiszpania (C-400/08, EU:C:2011:172, pkt 70–72); z nowszych – z dnia 5 lutego 2014 r., Hervis Sport- és Divatkereskedelmi (C-385/12, EU:C:2014:47, pkt 24).

66 Zobacz na przykład P.Ch. Müller-Graff w: R. Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV Kommentar*, C.H. Beck, Monachium, 2. Aufl., 2012, art 56 AEUV, pkt 8; J. Tiedje, w: H. von der Groeben, J. Schwarze, A. Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht (Kommentar), Band 1*, 7. Aufl., Nomos, Baden-Baden, 2015, art. 57 AEUV, pkt 30.

jednak uściślenie to następuje na płaszczyźnie *definicji* tego pojęcia, *nie ustalając pierwszeństwa* pomiędzy swobodą świadczenia usług a innymi swobodami podstawowymi. Trybunał rozstrzygnął bowiem, że pojęcie „usług" obejmuje świadczenia, które nie są objęte innymi swobodami, tak aby żadna działalność gospodarcza nie pozostała poza zakresem stosowania swobód podstawowych [67]. Swoboda świadczenia usług nie ma więc charakteru posiłkowego, tylko rezydualny.

89. W sprawach, które dotyczą jednocześnie towarów i usług, orzecznictwo jest niejednolite. Można wyróżnić trzy podejścia: badanie jednej swobody tylko na podstawie „kryterium środka ciężkości", badanie obu swobód równolegle oraz badanie szeregowe. Pokrótce prześledźmy wszystkie trzy podejścia.

i) Szukanie środka ciężkości

90. Jest to stosowany przez Trybunał klasyczny test eliminacyjny. Stosując go, Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że przypadku gdy przepis krajowy ogranicza zarówno swobodny przepływ towarów, jak i swobodę świadczenia usług, będzie on badać go co do zasady w świetle tylko jednej z tych dwóch podstawowych swobód, jeżeli okaże się, że jedna z nich jest w pełni drugorzędna w stosunku do drugiej i można ją z tą drugą połączyć [68]. W zastosowaniu tego podejścia Trybunał rozpatrywał raczej sprawy dotyczące handlu detalicznego w kontekście swobody przepływu towarów [69]. Nie kwestionował jednak istnienia różnorakich aspektów jednej działalności gospodarczej z punktu widzenia podstawowych swobód, nawet jeśli analizował sprawę z perspektywy tylko jednej z nich.

91. Przykładowo w sprawie Burmanjer i in. [70] Trybunał orzekł, że nie można wykluczyć, że sprzedaży produktu może towarzyszyć działalność zawierająca elementy „usługowe". Niemniej okoliczność ta nie wystarczy sama w sobie do tego, by zaliczyć czynność gospodarczą taką jak sprzedaż obwoźna do „świadczenia usług" w rozumieniu art. 56 TFUE. Przeciwnie, należy ustalić oddzielnie dla każdego przypadku, czy świadczenie to ma całkowicie drugorzędne znaczenie w stosunku do elementów należących do zakresu swobodnego przepływu towarów, czy też nie [71]. Zgodnie z tym podejściem sytuacje, w których element usługowy jest bardzo silny, tak jak w przypadku reklamy [72], były rozpatrywane w ramach swobody świadczenia usług [73].

92. Logika stosowania kryterium środka ciężkości jest następująca: w sytuacji gdy Trybunał ma dokonać wykładni wyłącznie norm prawa pierwotnego, naturalne wydaje się skoncentrowanie na dominującej swobodzie podstawowej. Po co więc stosować takie samo kryterium wobec innej swobody, skoro rezultat będzie taki sam? Ostatecznie cel wszystkich podstawowych swobód jest identyczny: usunięcie barier dla wymiany handlowej na rynku wewnętrznym. W zdecydowanej większości przypadków nie jest przecież najistotniejsze to, czy dana sytuacja objęta jest – dajmy na to – jedynie art. 49 TFUE, jedynie art. 34 TFUE, art. 34 TFUE i 56 TFUE czy też jedynie art. 56 TFUE.

67 Zobacz wyrok z dnia 3 października 2006 r., Fidium Finanz (C-452/04, EU:C:2006:631, pkt 32).

68 Zobacz wyrok z dnia 14 października 2004 r., Omega (C-36/02, EU:C:2004:614, pkt 26 i przytoczone tam orzecznictwo). W doktrynie porównaj na przykład z W. Frenz, *Handbuch Europarecht*, Band 1 Europäische Grundfreiheiten, Springer, 2. Aufl., 2012, s. 31, Rz. 74, i V. Hatzopoulos, Recent Developments in the Case Law of the ECJ in the Field of Services, *Common Market Law Review*, 2000, vol. 37, s. 51.

69 Zobacz przykładowo wyrok z dnia 13 stycznia 2000 r., TK-Heimdienst (C-254/98, EU:C:2000:12). Również zakaz sprzedaży ze stratą był analizowany na gruncie przepisów o swobodnym przepływie towarów – zob. wyrok z dnia 24 listopada 1993 r., Keck i Mithouard (C-267/91 i C-268/91, EU:C:1993:905, pkt 10). Jak powszechnie wiadomo, Trybunał w sprawie Keck i Mithouard uznał, że nawet ta swoboda nie znajduje zastosowania.

70 Wyrok z dnia 26 maja 2005 r. (C-20/03, EU:C:2005:307).

71 Zobacz wyrok z dnia 26 maja 2005 r., Burmanjer i in. (C-20/03, EU:C:2005:307, pkt 34).

72 Wyroki: z dnia 30 kwietnia 1974 r., Sacchi (155/73, EU:C:1974:40); z dnia 18 marca 1980 r., Debauve i in. (52/79, EU:C:1980:83). Ta sprawa dotycząca targów była analizowana zarówno z punktu widzenia swobody świadczenia usług, jak i swobody przedsiębiorczości – zob. wyrok z dnia 15 stycznia 2002 r., Komisja/Włochy (C-439/99, EU:C:2002:14). Sprawę coffeeshopów Trybunał badał w świetle swobody świadczenia usług – zob. wyrok z dnia 16 grudnia 2010 r., Josemans (C-137/09, EU:C:2010:774, pkt 50).

73 Jedyny wyjątek dotyczący postrzegania usług reklamowych w kontekście wyznaczania zakresu podstawowych swobód został ustanowiony w wyroku z dnia 25 marca 2004 r., Karner (C-71/02, EU:C:2004:181, pkt 47), w którym Trybunał dał do zrozumienia, że działalność reklamowa objęta jest zakresem zastosowania wielu swobód, ale następnie uznał aspekt „towarowy" za dominujący.

ii) Stosowanie równoległe

93. W mającej techniczny charakter sprawie dotyczącej procedur uprzednich zezwoleń na wprowadzanie do obrotu (głównie) dekoderów do odbioru sygnału telewizyjnego Trybunał rozpatrywał dwie swobody równolegle [74]. Potrzeba takiej równoległej analizy wynikała zapewne z faktu, że w usługach telewizji cyfrowej elementy usługowy i towarowy są ze sobą ściśle powiązane [75].

iii) Stosowanie szeregowe

94. Trybunał analizował jedną swobodę po drugiej w sprawach dotyczących usług reklamowych [76]. Symptomatyczne jest to, że w tego typu sprawach Trybunał nie przedstawił powodów, dla których przeprowadzał analizę jednej swobody po drugiej [77]. W moim odczuciu przyjęcie podejścia bazującego na środku ciężkości nie było tam oczywiste. Dodam, że linię orzecznictwa przyjmującą podejście szeregowe należy brać pod uwagę w kontekście wyroku Keck i Mithouard [78]: przyjmując takie podejście, Trybunał dał jasno do zrozumienia, że środki potencjalnie mogące stanowić sposoby sprzedaży, które, zgodnie z treścią wyroku Keck i Mithouard, nie są objęte zakresem zastosowania swobody przepływu towarów, mogły zostać przeanalizowane również w świetle innej swobody traktatowej [79].

95. Z tego, że Trybunał stosuje różne podejścia, wnioskuję, iż istnieją sytuacje, w których podejście polegające na szukaniu „środka ciężkości", w którym w zasadzie mechanicznie stosuje się kryteria ilościowe („która ze swobód ma największą wagę"), dochodzi do granic swych możliwości, a mianowicie w sytuacjach, gdy nie można po prostu pominąć jednej ze swobód podstawowych jako całkowicie drugorzędnej. Dlatego w badanej sprawie opowiadam się za trzecim podejściem, gdyż w przeciwnym razie nierozerwalnie związany z handlem detalicznym element usługowy nie zostałby uwzględniony.

96. Wobec tego nie uważam, by w badanej sprawie prawo pierwotne miało ograniczać wykładnię dyrektywie 2006/123 zgodnie z jej własnym brzmieniem.

97. Za przyjęciem takiego wniosku przemawia ponadto sposób, w jaki Trybunał dotychczas interpretował dyrektywę 2006/123 i który chciałbym teraz przedstawić.

3) Sprawa Rina Services i in.

98. Niezmiernie istotne w tym względzie są wnioski prawne, jakie możemy wysnuć ze sprawy Rina Services i in. [80]. Niewątpliwie główna kwestia prawna rozpatrywana w tej sprawie dotyczyła możliwości uzasadnienia na gruncie norm TFUE wymogu zakazanego na mocy art. 14 dyrektywy 2006/123 [81]. Choć padł argument, że art. 14 dyrektywy 2006/123 nie stoi na przeszkodzie takiemu uzasadnieniu

74 Zobacz wyrok z dnia 22 stycznia 2002 r., Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2002:34, pkt 29).

75 Zobacz opinia rzecznik generalnej C. Stix-Hackl w sprawie Canal Satélite Digital (C-390/99, EU:C:2001:147, pkt 35).

76 Zobacz wyroki: z dnia 9 lipca 1997 r., De Agostini i TV-Shop (od C-34/95 do C-36/95, EU:C:1997:344, pkt 39, 48); z dnia 8 marca 2001 r., Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2001:135, pkt 13, 35).

77 Nawiasem mówiąc, powodów tych nie wyjaśnił również rzecznik generalny F.G. Jacobs w żadnej ze swych opinii w tych sprawach. Zobacz jego opinie w sprawach połączonych De Agostini i TV-Shop (od C-34/95 do C-36/95, EU:C:1996:333) i w sprawie Gourmet International Products (C-405/98, EU:C:2000:690).

78 Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. (C-267/91 i C-268/91, EU:C:1993:905).

79 Takie wyjaśnienie było moim zdaniem konieczne, zważywszy, że w samym wyroku Keck i Mithouard Trybunał nie rozpatrywał żadnej innej podstawowej swobody poza swobodą przepływu towarów; zob. wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. (C-267/91 i C-268/91, EU:C:1993:905, pkt 6).

80 Wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r. (C-593/13, EU:C:2015:399). Jak zaznaczył rzecznik generalny P. Cruz Villalón w swojej opinii w tej sprawie, była ona pierwszą sprawą dającą możliwość zastosowania w praktyce przepisów dyrektywy 2006/123 – zob. jego opinia w sprawie Rina Services i Rina (C-593/13, EU:C:2015:159, pkt 1).

81 W sprawie tej przepisy prawa państwa członkowskiego nakładały na spółki uznawane za podmioty akredytujące wymóg posiadania siedziby w tym państwie członkowskim.

ograniczenia, ponieważ odnosi się ono do normy prawa pierwotnego [82], obradujący w składzie wielkiej izby Trybunał, nie pozostawiając cienia wątpliwości, orzekł, że skoro art. 14 dyrektywy 2006/123 nie przewiduje możliwości uzasadnienia, takiej możliwości nie ma. Trybunał odniósł się w tym kontekście w szczególności do art. 3 ust. 3 dyrektywy 2006/123 [83]. Odnosząc się wyłącznie do brzmienia, systematyki i celu tej dyrektywy, Trybunał okazał duże poszanowanie wyborów dokonywanych przez prawodawcę unijnego [84].

99. Moim zdaniem ogólną przesłanką leżącą u podstaw wydania wyroku w sprawie Rina Services i in. jest uznanie, że prawodawca unijny może kłaść nacisk na aspekt *wolnościowy* swobód podstawowych, co jednak dzieje się nieuniknionym kosztem aspektu *uzasadnienia*. W samej naturze harmonizacji leży bowiem definiowanie, wyrównywanie i, jeżeli zdaniem prawodawcy unijnego jest to właściwe, ograniczanie przesłanek uzasadniających ograniczenia, tak aby stworzyć dla podmiotów gospodarczych równe warunki konkurencji. Obrazowo rzecz ujmując: w takiej sytuacji „zwycięża" unijna swoboda podstawowa, a także podmiot gospodarczy zamierzający z niej skorzystać – co w jest w pełni zgodne z celami TFUE [85]. Legalności oraz legitymizacji takiego rezultatu należy moim zdaniem upatrywać w poszanowaniu procedury prawodawczej przewidzianej w TFUE.

100. Prawo pierwotne pozostaje zatem bez jakiegokolwiek wpływu na kwestię tego, czy handel detaliczny jest „usługą" w rozumieniu art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123.

d) Dalsze rozważania

101. Przy tej okazji chcę również umieścić badaną sprawę w szerszym kontekście.

102. Obecnie działalność w zakresie handlu detalicznego, mimo że ostatecznie związana jest z dystrybucją towarów, stanowi jako taka usługę, zatem powinna być uznawana za usługę. W przeszłości (w szczególności w czasie wydania wyroku Keck i Mithouard [86]) mogła ona stanowić główny sposób dystrybucji towarów. Zapewne istniała już wówczas sprzedaż wysyłkowa towarów zamawianych z katalogów, ale miała ona charakter z pewnością marginalny. Wraz jednak z upowszechnieniem Internetu w praktycznie wszystkich gospodarstwach domowych (a także w smartfonach) pojawiła się nowa konkurencja dla tradycyjnego handlu detalicznego, która wymusiła gruntowną transformację tej formy działalności. Obecnie handel detaliczny w o wiele większym stopniu niż dawniej polega, poza samą sprzedażą produktu, również na doradztwie, konsultacji i oferowaniu usług posprzedażnych [87]. W dzisiejszych uwarunkowaniach rynkowych nie są to już działania o charakterze jedynie pomocniczym w stosunku do istoty towaru.

103. Jak to często bywa w przypadku nowych instrumentów prawnych, w toku ich stosowania pojawiają się pytania, na które odpowiedzi nie znajdziemy sięgając jedynie do dotychczasowego orzecznictwa Trybunału dotyczącego czterech swobód. Widać to szczególnie jaskrawo w kontekście swobody przedsiębiorczości, gdzie wprowadzenie rozróżnienia między prowadzeniem przedsiębiorstwa w celu dystrybucji towarów a prowadzeniem przedsiębiorstwa w celu świadczenia usług nie ma żadnego znaczenia na tle postanowień TFUE. Nie widzę zatem powodu, dla którego dotychczasowe orzecznictwo dotyczące rozgraniczania zakresu swobody świadczenia usług oraz swobody przepływu

82 Artykuł 52 ust. 1 TFUE.

83 Zgodnie z tym artykułem państwa członkowskie są zobowiązane stosować przepisy tej dyrektywy „zgodnie z postanowieniami traktatu dotyczącymi prawa przedsiębiorczości i swobodnego przepływu usług".

84 Zobacz wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r., Rina Services i in. (C-593/13, EU:C:2015:399, pkt 36–40). Podejście to zostało ponownie przyjęte w wyroku z dnia 23 lutego 2016 r., Komisja/Węgry (C-179/14, EU:C:2016:108, pkt 47).

85 Zobacz też Ch. Schönberger, Normenkontrollen im EG-Föderalismus: die Logik gegenläufiger Hierarchisierungen im Gemeinschaftsrecht, *Europarecht*, 2003, s. 600–627, na s. 621, którego zdaniem prawo pierwotne należy rozumieć bardziej jako siłę napędową niż jako granice środków harmonizacyjnych.

86 Wyrok z dnia 24 listopada 1993 r. (C-267/91 i C-268/91, EU:C:1993:905).

87 Zobacz P. Kotler/G. Armstrong, Principles of Marketing, 14th ed., Pearson Prentice Hall, 2012, rozdział dotyczący handlu detalicznego (Retail), s. 374–394, na s. 384.

towarów miałoby, wbrew brzmieniu dyrektywy 2006/123, stać na przeszkodzie stosowaniu jej wobec podmiotów trudniących się handlem detalicznym. Przeciwnie, dotychczasowe orzecznictwo Trybunału wskazuje na to, że rozróżnienie pomiędzy towarem a usługą zawsze było niezupełne. Ewolucja gospodarki opartej na usługach, w której naturalne staje się to, że klient oczekuje całej gamy usług podczas zakupu produktu, a nawet po jego dokonaniu, sprawia, iż owe zakresy jeszcze bardziej nakładają się na siebie, a dystrybucja znajduje się w centrum ich części wspólnej. Prawodawca zdecydował o włączeniu ich w zakres dyrektywy 2006/123, wiedząc, że działalność tego rodzaju nadal będzie ewoluować w kierunku świadczenia jeszcze większej ilości usług, co jest zgodne z orzecznictwem Trybunału, który zawsze był świadom faktu, że niektóre rodzaje działalności zawierają elementy chronione kilkoma swobodami.

104. Podsumowując – nie uważam, by dotychczasowe orzecznictwo Trybunału należało odczytywać jako wyłączające handel detaliczny z zakresu zastosowania dyrektywy 2006/123.

e) Wniosek

105. Uważam, że odpowiedź na pytanie pierwsze powinna brzmieć: działalność w zakresie handlu detalicznego obejmująca sprzedaż towarów takich jak obuwie i odzież konsumentom mieści się w zakresie definicji usług zawartej w art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123.

2. W przedmiocie sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym (pytanie 4)

106. Poprzez pytanie czwarte w sprawie C-31/16 sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy rozdział III dyrektywy 2006/123, zatytułowany „Swoboda przedsiębiorczości dla usługodawców", ma zastosowanie w sytuacjach, w których okoliczności faktyczne ograniczają się tylko do jednego państwa członkowskiego UE.

107. To pytanie prejudycjalne jest kierowane do Trybunału nie po raz pierwszy. W sprawie Trijber i Harmsen [88] Raad van State (rada stanu) zadała bowiem takie samo pytanie.

108. W mojej opinii w sprawie Trijber i Harmsen [89] zaproponowałem udzielenie odpowiedzi twierdzącej na to pytanie. Jak wyjaśniłem szczegółowo w opinii w tej sprawie, rozdział III dotyczący swobody przedsiębiorczości dla usługodawców ma zastosowanie do usługodawców nie tylko w sytuacjach transgranicznych, ale również w sytuacjach o charakterze wyłącznie wewnętrznym, co znajduje potwierdzenie w językowej, systemowej i celowościowej wykładni przepisów dyrektywy 2006/123 [90]. Odsyłam Trybunał w kwestii szczegółów toku rozumowania do treści tamtej opinii, tu natomiast streszczę swoje stanowisko następująco: jeżeli chodzi o brzmienie podstawy prawnej zawartej w TFUE, nie ma różnicy między pojęciami „koordynacji", „zbliżenia" i „harmonizacji"; harmonizacja w dziedzinie rynku wewnętrznego może obejmować sytuacje, które nie mieszczą się w zakresie podstawowych swobód gwarantowanych TFUE; przepisy rozdziału III dyrektywy 2006/123 – w przeciwieństwie do tych zawartych w jej rozdziale IV – nie zawierają żadnej wzmianki działalności transgranicznej, a wnioski dotyczące poprawek mających ograniczyć zastosowanie tego przepisu do sytuacji transgranicznych zostały odrzucone.

88 Zobacz pytanie drugie w sprawie C-340/14 i pytanie pierwsze w sprawie C-341/14, odpowiednio pkt 28 i 37 w wyroku z dnia 1 października 2015 r. (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:641).

89 Zobacz sprawy połączone C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:505, pkt 49–57.

90 W swoim wyroku w tej sprawie Trybunał uznał, iż nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na pytania dotyczące sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym, ponieważ sytuacje wskazane w tych pytaniach prejudycjalnych nie są w żadnej z tych dwu spraw sytuacjami o charakterze wyłącznie wewnętrznym; zob. wyrok z dnia 1 października 2015 r., Trijber i Harmsen (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:641, pkt 42).

109. Od czasu przedstawienia opinii w sprawie Trijber i Harmsen nie zmieniłem zdania w tej kwestii [91]. W niniejszej opinii ograniczę się zatem do rozważenia dodatkowych argumentów podniesionych w kontekście niniejszego postępowania, a także do prześledzenia orzecznictwa Trybunału dotyczącego dyrektywy 2006/123.

110. Po pierwsze, różnica w brzmieniu przepisów rozdziału III i rozdziału IV jest istotna: swoboda przedsiębiorczości na podstawie dyrektywy ma obejmować całość działalności usługowej na rynku wewnętrznym (rozdział III). Przede wszystkim nie należy zniechęcać podmiotów gospodarczych do zakładania przedsiębiorstw w państwach członkowskich. W pozostałym zakresie, dotyczącym tymczasowego świadczenia usług, element transgraniczny jest immanentny. Do zastosowania rozdziału IV konieczne wedle wszelkiej logiki jest zatem istnienie elementu transgranicznego.

111. Po drugie, te przepisy [92] lub nawet rozdziały [93] dyrektywy 2006/123, które odnoszą się w szczególności do „innego państwa członkowskiego", a tym samym – do sytuacji transgranicznej, należy uznawać za mające szczególne zastosowanie do sytuacji transgranicznych, co w żaden sposób nie przesądza o możliwości zastosowania innych przepisów dyrektywy w sytuacjach o charakterze wyłącznie wewnętrznym.

112. Po trzecie, nie można powiedzieć, by podstawa prawna dyrektywy, tj. art. 53 TFUE i 62 TFUE [94] przewidywały jedynie uprawnienie do normowania sytuacji transgranicznych. Jak bowiem podkreślała Komisja w trakcie rozprawy, brzmienie art. 53 ust. 2 TFUE, zgodnie z którym, w odniesieniu do zawodów medycznych i paramedycznych oraz farmaceutycznych, stopniowe znoszenie ograniczeń zależy od koordynacji warunków ich wykonywania *w* różnych państwach członkowskich, wskazuje na coś zgoła przeciwnego.

113. Ponadto art. 53 TFUE został wskazany przez prawodawcę unijnego jako podstawa prawna w sytuacjach wykraczających poza te o wyłącznie wewnętrznym charakterze. Moim zdaniem ów przepis spójnie oraz standardowo wykorzystywany jest jako (jedyna) podstawa prawna harmonizacji [95] w dziedzinie usług. W szczególności dotyczy to obszernej harmonizacji w sektorze usług finansowych. Tytułem przykładu wspomnę o dyrektywach w sprawie reorganizacji i likwidacji instytucji

91 Powtórzyłem swoje stanowisko w opiniach: w sprawie Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, pkt 24); w sprawach połączonych Promoimpresa i in. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:122, pkt 50).

92 Zobacz na przykład art. 5 ust. 3 dyrektywy 2006/123.

93 Zobacz na przykład rozdział VI dyrektywy.

94 Dawne art. 47 ust. 2 TWE i art. 55 TWE.

95 Sam Trybunał wspomina o „harmonizacji" w tym kontekście; zob. wyrok z dnia 12 października 2004 r., Paul i in. (C-222/02, EU:C:2004:606, pkt 36).

kredytowych [96], w sprawie rynków instrumentów finansowych [97] oraz w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych [98]. Nie napotkałem żadnego orzeczenia Trybunału dotyczącego którejkolwiek z tych dyrektyw, w którym zakwestionowano by art. 53 TFUE jako podstawę prawną w odniesieniu do sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym [99].

114. Po czwarte, należy przeanalizować praktykę orzeczniczą Trybunału. Wynika z niej, że Trybunał dokonuje wykładni przepisów rozdziału III dyrektywy 2006/123 w sytuacjach o charakterze wyłącznie wewnętrznym bez doszukiwania się nawet elementu transgranicznego czy też odwoływania się do swego ogólnego orzecznictwa dotyczącego dopuszczalności odesłań prejudycjalnych skierowanych w sytuacjach o charakterze wyłącznie wewnętrznym – które to orzecznictwo obecnie zostało podsumowane (i doprecyzowane) w wyroku w sprawie Ullens de Schooten [100].

115. Aby uniknąć jakichkolwiek nieporozumień, podkreślam, że zachodzi fundamentalna różnica między pytaniem a): czy dyrektywa obejmuje sytuacje o charakterze wyłącznie wewnętrznym, a pytaniem b): czy Trybunał odpowie na pytanie, nawet jeśli spór w postępowaniu głównym ogranicza się do jednego państwa członkowskiego [101]. Pytanie a) dotyczy *zakresu materialnego zastosowania* dyrektywy. Jest pytaniem *co do istoty sprawy*. Kiedy odpowiedź na nie jest twierdząca, sprawa się kończy – w tym sensie, że nie ma potrzeby poszukiwania jej ewentualnych elementów transgranicznych. Pytanie b) nie ma natomiast charakteru materialnoprawnego, a formalnoprawny. Dotyczy *dopuszczalności* pytania w sprawie. Pytanie b) należy poddać analizie wyłącznie wówczas, gdy odpowiedź na pytanie a) jest przecząca. W sprawie Ullens de Schooten [102] rozpatrywane jest pytanie b).

116. W sprawie Rina Services i in. [103], w której przepisy prawa krajowego nakładały na usługodawców zaliczanych do podmiotów akredytujących wymóg posiadania siedziby w konkretnym państwie członkowskim, Trybunał dokonał wykładni przepisów rozdziału III dyrektywy 2006/123 pomimo tego, że okoliczności faktyczne sprawy objętej postępowaniem głównym ograniczone były ewidentnie tylko do jednego państwa członkowskiego – do czego Trybunał nawet się nie odniósł. Później w sprawie Trijber i Harmsen Trybunał nie udzielił odpowiedzi na pytanie, czy przepisy rozdziału III dyrektywy 2006/123 stosuje się w sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym. Zamiast tego poszukał elementów transgranicznych i uznał je za dostateczne [104]. Owo podejście uległo zmianie wraz z wyrokiem Hiebler [105]. Okoliczności faktyczne w sprawie Hiebler, dotyczącej ograniczenia terytorialnego działalności kominiarzy tylko do okręgu kominiarskiego, do którego zostali przydzieleni,

96 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/59/UE z dnia 15 maja 2014 r. ustanawiająca ramy na potrzeby prowadzenia działań naprawczych oraz restrukturyzacji i uporządkowanej likwidacji w odniesieniu do instytucji kredytowych i firm inwestycyjnych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 82/891/EWG i dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2001/24/WE, 2002/47/WE, 2004/25/WE, 2005/56/WE, 2007/36/WE, 2011/35/UE, 2012/30/UE i 2013/36/UE oraz rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 1093/2010 i (UE) nr 648/2012 (Dz.U. 2014, L 173, s. 190).

97 Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.U. 2004, L 145, s. 1).

98 Dyrektywa 2006/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14 czerwca 2006 r. w sprawie adekwatności kapitałowej firm inwestycyjnych i instytucji kredytowych (wersja przeredagowana) (Dz.U. 2006, L 177, s. 201).

99 Choć należy do nich wydany przez Trybunał obradujący w pełnym składzie wyrok z dnia 12 października 2004 r., Paul i in. (C-222/02, EU:C:2004:606), który dotyczył pierwszej dyrektywy Rady 77/780/EWG z dnia 12 grudnia 1977 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe (Dz.U. 1977, L 322, s. 30), dyrektywy Rady 89/299/EWG z dnia 17 kwietnia 1989 r. w sprawie funduszy własnych instytucji kredytowych (Dz.U. 1989, L 124, s. 16), jak również drugiej dyrektywy Rady 89/646/EWG z dnia 15 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych dotyczących podejmowania i prowadzenia działalności przez instytucje kredytowe oraz zmieniającej dyrektywę 77/780 (Dz.U. 1989, L 386, s. 1) – wszystkie zostały przyjęte na podstawie art. 53 TFUE.

100 Wyrok z dnia 15 listopada 2016 r. (C-268/15, EU:C:2016:874).

101 Zobacz też moją opinię w sprawie *The* Gibraltar Betting and Gaming Association (C-591/15, EU:C:2017:32, pkt 62).

102 Wyrok z dnia 15 listopada 2016 r. (C-268/15, EU:C:2016:874).

103 Zobacz wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r. (C-593/13, EU:C:2015:399). Rzecznik generalny P. Cruz Villalón poruszył tę kwestię w swojej opinii i doszedł do wniosku, że w sprawie tej występowały dostateczne (potencjalne) elementy transgraniczne – zob. jego opinię w sprawie Rina Services i Rina (C-593/13, EU:C:2015:159, pkt 14, 15). Niemniej należy zwrócić uwagę, że rzecznik generalny nie odniósł się do kwestii, czy sytuacje o charakterze wyłącznie wewnętrznym wchodzą w zakres zastosowania rozdziału III dyrektywy 2006/123.

104 Zobacz wyrok z dnia 1 października 2015 r. (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:641, pkt 42).

105 Wyrok z dnia 23 grudnia 2015 r. (C-293/14, EU:C:2015:843).

ograniczały się tylko do jednego państwa członkowskiego [106]. Trybunał nawet nie wspomniał o obligatoryjnym elemencie transgranicznym i przeszedł wprost do analizy zadanego pytania [107]. To samo odnosi się do wyroku Promoimpresa i in. [108], dotyczącego automatycznego przedłużenia okresu ważności koncesji na majątek publiczny położony na obszarach nad brzegami mórz i jezior na podstawie przepisów prawa krajowego. I znów, mimo że okoliczności sprawy zawisłej przed sądem odsyłającym ograniczone były tylko do jednego państwa członkowskiego [109], Trybunał bez wnikania w to ograniczenie dokonał wykładni rozdziału III dyrektywy [110]. Dla odmiany, przy analizie art. 49 TFUE Trybunał wymagał występowania elementu transgranicznego [111]. Ponadto w sprawie Hemming i in., dotyczącej wymogu uiszczenia opłaty w kontekście wniosku o udzielenie zezwolenia, wszystkie okoliczności sprawy ograniczały się do Londynu. Ani Trybunał [112], ani rzecznik generalny [113] nie odnieśli się do tej kwestii.

117. Pokrótce rzecz ujmując – z wyżej wymienionych orzeczeń dotyczących sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym wnoszę, że dokonując wykładni przepisów rozdziału III dyrektywy 2006/123, Trybunał przyjmował założenie, iż przepisy te znajdują zastosowanie w sytuacji o charakterze wyłącznie wewnętrznym [114]. Ponieważ sytuacja taka objęta jest materialnym zakresem zastosowania dyrektywy 2006/123, nie ma potrzeby doszukiwania się ewentualnych lub możliwych elementów transgranicznych.

118. Nie powinno zatem dziwić, że w niniejszej sprawie proponuję, by Trybunał trzymał się swego orzecznictwa i z tego względu moja odpowiedź na pytanie czwarte brzmi: przepisy rozdziału III dyrektywy 2006/123 mają zastosowanie do sytuacji takich jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym bez względu na to, czy wszystkie jej okoliczności odnoszą się do jednego państwa członkowskiego.

3. W przedmiocie możliwych elementów transgranicznych (pytanie 3)

119. Ze względu na proponowaną odpowiedź na pytanie czwarte pytanie trzecie staje się hipotetyczne [115].

106 Okoliczności tej sprawy ograniczały się wręcz do jednego regionu państwa członkowskiego, co, jak zauważyłem w mojej opinii w sprawie, nie było istotne, gdyż występowanie elementu transgranicznego nie było konieczne – zob. moją opinię w sprawie Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, pkt 23, 24).

107 Zobacz wyrok z dnia 23 grudnia 2015 r., Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843, pkt 27 i nast.).

108 Wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558).

109 W mojej opinii w sprawach połączonych Promoimpresa i in. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:122, pkt 50) powtórzyłem pogląd, że przepisy rozdziału III dyrektywy 2006/123 dotyczące swobody przedsiębiorczości mają zastosowanie niezależnie od istnienia elementu transgranicznego.

110 Zobacz wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Promoimpresa i in. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 27 i nast.)

111 Zobacz wyrok z dnia 14 lipca 2016 r., Promoimpresa i in. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 68).

112 Zobacz wyrok z dnia 16 listopada 2016 r., Hemming i in. (C-316/15, EU:C:2016:879).

113 Zobacz opinia rzecznika generalnego M. Watheleta w sprawie Hemming i in. (C-316/15, EU:C:2016:618).

114 Wniosek ten znalazł również potwierdzenie w glosach do orzeczeń analizujących ową kwestię. Zobacz np. A. Reinstadler, A. Reinalter, Partikuläre Anwendung der RL 2006/123/EG auf rein innerstaatliche Sachverhalte?, *Zeitschrift für Europarecht, internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung*, 2016, s. 124–126, na s. 125; S. Korte, Dienstleistungsfreiheit: Gebietsbeschränkungen für Rauchfangkehrer, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2014, s. 224–229, na s. 228; R. Streinz, Anwendungsbereich der DienstleistungsRL bei rein innerstaatlichen Sachverhalten; Kohärenz und Systematik als Maßstab für die Verhältnismäßigkeit der territorialen Beschränkung von Gewerbekonzessionen, *Juristische Schulung*, 2016, s. 759–761, na s. 761. Krytycznie w odniesieniu do mojej opinii w sprawach połączonych Trijber i Harmsen (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:505): A. Schiff, Zur Anwendbarkeit der Dienstleistungsrichtlinie auf Inlandssachverhalte, *Zeitschrift für europäisches Wirtschaftsrecht*, 2015, s. 899–904, na s. 901.

115 Zobacz też pkt 115 niniejszej opinii.

4. Plan zagospodarowania przestrzennego w świetle dyrektywy 2006/123 (pytania 2 i 5)

120. Poprzez pytania drugie i piąte sąd odsyłający dąży do ustalenia, czy przepisy dyrektywy 2006/123 stoją na przeszkodzie obowiązywaniu gminnego planu zagospodarowania przestrzennego, takiego jak ten rozpatrywany w postępowaniu głównym, na podstawie którego wyznaczono obszar przeznaczony do prowadzenia działalności w zakresie handlu detalicznego towarami o dużych gabarytach, z wyłączeniem placówki detalicznej sieci dyskontów obuwniczych i odzieżowych.

121. Zważywszy, że utworzenie placówki detalicznej takiej jak ta objęta postępowaniem głównym ma charakter trwały, przepisów odpowiednich do przeprowadzenia analizy odpowiedzi na to pytanie należy szukać w rozdziale III dyrektywy, dotyczącym „swobody przedsiębiorczości dla usługodawców". Ten rozdział III dzieli się na dwie sekcje: jedna z nich dotyczy zezwoleń, systemów zezwoleń oraz odpowiednich warunków i procedur (sekcja 1, tj. art. 9–13 dyrektywy 2006/123), a druga dotyczy wymogów zakazanych lub podlegających ocenie (sekcja 2, tj. art. 14 i 15 dyrektywy 2006/123). Możliwość zastosowania tych rozdziałów zależy od tego, czy rozpatrywany plan zagospodarowania przestrzennego stanowi ograniczenie w postaci „systemu zezwoleń" w rozumieniu art. 4 pkt 6 dyrektywy 2006/123, czy też ograniczenie w postaci „wymogu" w rozumieniu art. 4 pkt 7 tej dyrektywy.

a) W przedmiocie zezwoleń

122. „System zezwoleń", który przesądza o możliwości zastosowania art. 9–13 dyrektywy 2006/123, oznacza (zgodnie z art. 4 pkt 6 tej dyrektywy) każdą procedurę, zgodnie z którą od usługodawcy lub usługobiorcy faktycznie wymaga się podjęcia kroków w celu uzyskania od właściwego organu formalnej lub dorozumianej decyzji dotyczącej dostępu do działalności usługowej lub jej prowadzenia.

123. Zazwyczaj, choć niekoniecznie w każdym przypadku, decyzja skierowana jest do jednostki (osoby fizycznej lub prawnej). Inaczej rzecz się ma z planem zagospodarowania przestrzennego, który jest dokumentem opracowanym niezależnie i uprzednio. Innymi słowy: choć zgodność z planem może być konieczna do podjęcia działalności gospodarczej, sam plan jest aktem rady gminy wydanym ex ante oraz in abstracto. Plan zagospodarowania przestrzennego nie stanowi zatem systemu zezwoleń.

124. Za przyjęciem takiego rozumienia „systemu zezwoleń" przemawia moim zdaniem orzecznictwo Trybunału.

125. Choć, o ile wiem, Trybunał nie dokonał jeszcze szczegółowego rozróżnienia między „systemem zezwoleń" a innymi formami ograniczeń, trzykrotnie miał już do czynienia z systemami zezwoleń w rozumieniu dyrektywy 2006/123: były to sprawy Trijber i Harmsen [116], Promoimpresa i in. [117] oraz Hemming i in. [118]. W każdej z nich rozpatrywana była decyzja organu administracyjnego wymagana jeszcze przed rozpoczęciem działalności przez usługodawcę. Podobnie Trybunał EFTA uznał system pozwoleń budowlanych w Norwegii za system zezwoleń w rozumieniu art. 16 ust. 2 lit. b) [119] dyrektywy 2006/123, gdyż pozwolenie takie było potrzebne firmie budowlanej do rozpoczęcia robót budowlanych w Norwegii).

116 Wyrok z dnia 1 października 2015 r. (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:641).

117 Wyrok z dnia 14 lipca 2016 r. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558).

118 Wyrok z dnia 16 listopada 2016 r. (C-316/15, EU:C:2016:879).

119 Wyrok Trybunału EFTA z dnia 28 września 2015 r., EFTA Surveillance Authority/Królestwo Norwegii, EFTA Court Report 2015, 484, pkt 50.

126. We wszystkich tych sprawach usługodawca 1) musiał wystąpić do organu z wnioskiem o wydanie decyzji, 2) uzyskał decyzję adresowaną konkretnie do siebie oraz 3) musiał przestrzegać treści oraz warunków tej decyzji, aby móc rozpocząć działalność [120].

127. Żaden z tych trzech elementów nie występuje w rozpatrywanej sprawie, dlatego też uważam, że plan zagospodarowania przestrzennego taki jak ten objęty postępowaniem głównym nie stanowi systemu zezwoleń w rozumieniu art. 4 pkt 6 dyrektywy 2006/123.

b) W przedmiocie wymogów

128. „Wymogiem" w rozumieniu art. 4 pkt 7 jest „wszelkie zobowiązanie, zakaz, warunek lub ograniczenie przewidziane w przepisach ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych państw członkowskich" [121].

129. Plan zagospodarowania przestrzennego taki jak ten przyjęty w gminie Appingedam jest aktem administracyjnym stanowiącym warunek konieczny do podjęcia i prowadzenia przez podmiot gospodarczy działalności gospodarczej na terenie gminy. Objęty jest on zatem pojęciem „wymogu" w rozumieniu dyrektywy 2006/123.

c) W przedmiocie motywu 9 dyrektywy 2006/123

130. Nim zajmiemy się analizą art. 14 i 15 dyrektywy 2006/123, musimy zająć się podniesionym przez sąd odsyłający pytaniem, czy motyw 9 tej dyrektywy przesądza o wyłączeniu środków takich jak plan zagospodarowania przestrzennego z zakresu dyrektywy.

131. Motyw 9 dyrektywy stanowi, że dyrektywa „ma zastosowanie wyłącznie do wymogów prawnych, które mają wpływ na podejmowanie i prowadzenie działalności usługowej. Nie ma zatem zastosowania do wymogów takich jak przepisy ruchu drogowego, przepisy dotyczące użytkowania lub zagospodarowania terenu, planowania przestrzennego w środowisku miejskim i wiejskim, normy budowlane oraz sankcje administracyjne nakładane w przypadku niewypełnienia takich wymogów, które szczegółowo nie dotyczą [w szczególności] działalności usługowej lub nie mają na nią szczególnego wpływu, ale które powinny być przestrzegane przez usługodawców w trakcie prowadzenia ich działalności gospodarczej w ten sam sposób jak przez osoby fizyczne działające prywatnie".

132. Powszechnie wiadomo, że choć motywy unijnych aktów normatywnych nie mają same w sobie mocy prawnej [122], Trybunał często odwołuje się do nich przy wykładni przepisów danego aktu prawa Unii i tak też uczynił w odniesieniu do dyrektywy 2006/123 [123]. W porządku prawnym Unii mają one charakter opisowy, a nie – normatywny. Ponadto kwestia ich mocy prawnej jest pozbawiona znaczenia

120 Zobacz art. 4 pkt 6 (podkreślenie moje): „»system zezwoleń« oznacza każdą procedurę, zgodnie z którą od usługodawcy lub usługobiorcy faktycznie *wymaga się podjęcia kroków* w celu *uzyskania od właściwego organu formalnej* lub dorozumianej *decyzji dotyczącej podjęcia lub prowadzenia działalności usługowej*".

121 Czy też, zgodnie z orzecznictwem Trybunału, są nimi praktyka administracyjna, zasady zrzeszeń zawodowych lub zbiorowe zasady przyjęte przez stowarzyszenia bądź inne organizacje zawodowe w ramach ich autonomii regulacyjnej.

122 Wyroki z dnia 19 listopada 1998 r., Nilsson i in. (C-162/97, EU:C:1998:554, pkt 54); z dnia 24 listopada 2005 r., Deutsches Milch-Kontor (C-136/04, EU:C:2005:716, pkt 32); opinia rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w sprawie TeliaSonera Finland (C-192/08, EU:C:2009:309, pkt 87–89).

123 Zobacz wyroki: z dnia 8 maja 2013 r. (C-197/11 i C-203/11, EU:C:2013:288, pkt 104); z dnia 16 czerwca 2015 r., Rina Services i in. (C-593/13, EU:C:2015:399, pkt 24, 38); z dnia 1 października 2015 r., Trijber i Harmsen (C-340/14 i C-341/14, EU:C:2015:641, pkt 44, 49, 52, 53); z dnia 23 grudnia 2015 r., Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:843, pkt 41, 44, 73); z dnia 14 lipca 2016 r., Promoimpresa i in. (C-458/14 i C-67/15, EU:C:2016:558, pkt 39, 44, 48); z dnia 23 lutego 2016 r., Komisja/Węgry (C-179/14, EU:C:2016:108, pkt 62, 63, 88, 106, 111); z dnia 16 listopada 2016 r., Hemming i in. (C-316/15, EU:C:2016:879, pkt 28).

z tej prostej przyczyny, że zazwyczaj treść motywów zostaje odzwierciedlona w części normatywnej dyrektywy. Celem stosowania zasad dobrej praktyki stanowienia prawa przez instytucje polityczne Unii jest osiągnięcie sytuacji, w której motywy preambuły przedstawiają uwarunkowania faktyczne części normatywnej.

133. Motyw 9 nie został jednak odzwierciedlony w dalszej (normatywnej) części dyrektywy. Wskutek tego dziedziny wymienione w tym motywie nie są *jako takie* zwolnione z zakresu zastosowania dyrektywy 2006/123 wyłącznie z uwagi na to, że się w tym motywie znalazły. Dyrektywa nie zawiera zatem luki prawnej jeżeli chodzi o plany zagospodarowania przestrzennego.

134. Niektórzy z uczestników postępowania powołali się na wyrok Trybunału w sprawie Libert i in.[124], ale wystarczy stwierdzić, iż mimo tego, że w treści tego wyroku pojawiła się wzmianka o motywie 9, powodem, dla którego Trybunał uznał, iż środki związane z budownictwem socjalnym znajdują się poza zakresem zastosowania dyrektywy 2006/123, było jednoznaczne brzmienie art. 2 ust. 2 lit. j) tej dyrektywy[125].

135. Nie oznacza to jednak, że motyw ten jest pozbawiony wartości z punktu widzenia wykładni. Ja odczytuję treść motywu 9 w kontekście nałożonego na państwa członkowskie w art. 15 ust. 7 dyrektywy 2006/123 obowiązku powiadamiania o wszelkich nowych przepisach oraz przewidzianego w jej art. 39 ust. 1 lit. b) obowiązku przedstawiania Komisji sprawozdania dotyczącego wymogów podlegających ocenie, zawierającego informacje określone w art. 15 ust. 5. Rzecz jasna nie można jednak oczekiwać od państw członkowskich powiadamiania Komisji o każdym planie zagospodarowania przestrzennego jako o środku służącym planowaniu miast i wsi w przestrzeni.

136. Zatem za pomocą motywu 9 wyjaśnione zostało, że w większości przypadków przepisy w przedmiocie planowania przestrzennego obszarów miejskich nie stanowią wymogów w rozumieniu dyrektywy 2006/123. Większość zawierających takie przepisy aktów, zwłaszcza te mające powszechne zastosowanie, nie dotyczy usługodawców, ponieważ nie ustanawiają one warunków mających wpływ na prowadzoną przez nich działalność[126]. Dyrektywa 2006/123 chroni usługodawcę przed obciążeniami, jakie mogą dotykać usługodawców w większym stopniu niż obywateli nieświadczących usług, ale pozostaje jasne, że dyrektywa ta nie służy eliminacji powszechnie obowiązujących ograniczeń o charakterze administracyjnym, takich jak normy budowlane, przepisy prawa o ruchu drogowym czy przepisy w przedmiocie planowania przestrzennego obszarów miejskich. Nie wszystko, co może w jakikolwiek sposób wpływać na swobodę przedsiębiorczości, winno być uznawane za wymóg.

137. Z motywu 9 nie wynika natomiast, że plan zagospodarowania przestrzennego jest całkowicie wyłączony z zakresu zastosowania dyrektywy. Może zdarzyć się, że taki plan będzie wpływał na poszczególnych usługodawców. Ograniczenia terytorialne (art. 15 ust. 2) i zezwolenia dla hipermarketów (motyw 47) zostały wymienione w treści dyrektywy wprost. Ponadto w moim odczuciu każda norma – bez względu na to, kto ją ustanowił – która skutkuje zwiększeniem ponoszonych przez usługodawców kosztów podejmowania działalności, jest co do zasady objęta zakresem zastosowania dyrektywy 2006/123.

138. Badany środek, czyli zakaz prowadzenia pewnych rodzajów działalności polegającej na handlu detalicznym na określonym obszarze, stwarza zaś taki dodatkowy koszt podejmowania działalności, a zatem – jest objęty zakresem dyrektywy 2006/123.

139. W świetle motywu 9 dyrektywy 2006/123 plan zagospodarowania przestrzennego taki jak rozpatrywany w niniejszym przypadku nie jest zatem wyłączony z zakresu zastosowania tej dyrektywy.

124 Zobacz wyrok z dnia 8 maja 2013 r. (C-197/11 i C-203/11, EU:C:2013:288, pkt 104).

125 Zgodnie z którym dyrektywa nie ma zastosowania do usług społecznych związanych z budownictwem socjalnym.

126 Zobacz też S. Rodin, Scope of the Services Directive 2006/123/EC, w: *Conference notes Internal Market for Services*, University of Maribor, 2009, s. 21; M. Klamert *Services Liberalization in the EU and the WTO*, Cambridge University Press, 2015, s. 285.

d) W przedmiocie art. 14 pkt 5 dyrektywy 2006/123

140. Dotyczący zakazanych wymogów art. 14 dyrektywy 2006/123 wyszczególnia osiem wymogów, od których spełnienia państwa członkowskie nie mogą w żadnych okolicznościach uzależniać możliwości podejmowania lub prowadzenia działalności usługowej na swoim terytorium. Taka „czarna lista" ma na celu systematyczne i szybkie zagwarantowanie usunięcia pewnych ograniczeń w swobodzie przedsiębiorczości, uznanych przez prawodawcę Unii i przez Trybunał za naruszające w sposób poważny właściwe funkcjonowanie rynku wewnętrznego [127].

141. Pokrótce rzecz ujmując – art. 14 pkt 5 dyrektywy 2006/123 zabrania stosowania w poszczególnych przypadkach kryterium ekonomicznego wobec przedsiębiorców. Choć może wydawać się, że plan zagospodarowania przestrzennego zawiera pewien element ekonomiczny, zakazujący prowadzenia niektórych rodzajów działalności detalicznej na pewnych obszarach, środek ten nie wchodzi w zakres zastosowania art. 14 pkt 5 dyrektywy 2006/123. Nie mamy tu do czynienia bowiem ani z kryterium ekonomicznym stosowanym w poszczególnych przypadkach jeszcze przed założeniem przedsiębiorstwa, ani też element ekonomiczny nie wydaje się być w tym środku dominujący [128] (zob. analiza uzasadnienia poniżej).

e) W przedmiocie art. 15 dyrektywy 2006/123

142. Do analizy pozostało jeszcze pytanie, czy plan zagospodarowania przestrzennego objęty jest zakresem art. 15 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2006/123 [129], zakazującym ograniczeń ilościowych lub terytorialnych.

143. Jak słusznie podniósł rząd włoski w swoich uwagach, plan zagospodarowania przestrzennego taki jak rozpatrywany w badanej sprawie stanowi ograniczenie terytorialne [130]. Plan taki ogranicza potencjalną przestrzeń, w której usługodawcy mogą zakładać swe przedsiębiorstwa, lecz nie ogranicza samej liczby usługodawców – o ile rzecz jasna na ich działalność zostanie przydzielona dostateczna przestrzeń.

144. Takie ograniczenie może być uznane za uzasadnione jedynie wówczas, gdy zostaną spełnione warunki wymienione w art. 15 ust. 3 [131].

145. Ocena okoliczności faktycznych w świetle tego przepisu należy do sądu odsyłającego. Na podstawie dostępnych informacji uważam jednak, że badany środek, czyli przydzielanie konkretnych obszarów celem prowadzenia w ich obrębie sprzedaży, wydaje się uzasadniony na podstawie art. 15 ust. 3 dyrektywy 2006/123.

146. Mamy do czynienia ze środkiem stosowanym niewybiórczo – od strony prawnej i faktycznej stosuje się go tak samo wobec wszystkich usługodawców, bez bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

127 Zobacz wyrok z dnia 16 czerwca 2015 r., Rina Services i in. (C-593/13, EU:C:2015:399, pkt 39).

128 W doktrynie za cel art. 14 pkt 5 uznaje się ustanowienie ekonomicznego kryterium popytu („Bedarfsplanung"); zob. na przykład M. Schlachter/Ch. Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Handkommentar, Nomos, Baden-Baden, 2008, art. 14, pkt 16.

129 Artykuł 15 podlega bezpośredniemu zastosowaniu i mogą się nań powoływać jednostki w sporach przeciwko państwu członkowskiemu – zob. moja opinia w sprawie Hiebler (C-293/14, EU:C:2015:472, pkt 53).

130 Zobacz też pkt 6.2.5 i 6.3.1 wydanego przez Komisję podręcznika wdrażania dyrektywy o usługach.

131 Brzmienie art. 15 ust. 3 dyrektywy przypomina fragment wyroku Trybunału z dnia 30 listopada 1995 r., Gebhard (C-55/94, EU:C:1995:411, pkt 37). Zobacz też G. Davies, The Services Directive: extending the country of origin principle, and reforming public administration, *European Law Review*, vol. 32, 2007, s. 232–245, na s. 234. Zobacz ponadto – w odniesieniu do wymogów określonych w art. 15 ust. 3 dyrektywy – M.R. Botman, De Dienstenrichtlijn in Nederland, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2015, rozdz. 7, § 4.1.2, s. 275.

147. Ochrona środowiska miejskiego, wskazana jako jeden z nadrzędnych względów interesu ogólnego, została usankcjonowana w art. 4 pkt 8 dyrektywy 2006/123 [132], kodyfikującym w tym aspekcie wcześniejsze orzecznictwo dotyczące art. 56 TFUE [133]. Dane miasto może mieć interes w utrzymywaniu za pomocą planu zagospodarowania przestrzennego tętniącego życiem śródmieścia, które zachowa swój oryginalny charakter. Uregulowanie tego, jakiego rodzaju sklepy mogą znajdować się na jakich obszarach, może co do zasady stanowić element takiej polityki. Ponadto miasto może zechcieć wpływać na natężenie i przepływ ruchu ulicznego w swych granicach i poza nimi. Należy dodać, że badany środek nie ma charakteru ekonomicznego w takim sensie, by jego celem i skutkiem było uprzywilejowanie jednych podmiotów zajmujących się prowadzeniem handlu detalicznego kosztem innych. Celem realizowanym za jego pomocą jest raczej pewien sposób życia w mieście, co zbliża go do środków polityki kulturalnej, którą również uważa się za jeden nadrzędnych względów interesu ogólnego, o którym mowa w art. 4 pkt 8 dyrektywy 2006/123 [134].

148. Środek ten wydaje się proporcjonalny i niewykraczający poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia jego celu. Lokalizowanie centrów handlowych poza śródmieściem wywołuje efekt samonapędzający się. Po wyprowadzeniu sklepów ze śródmieścia, a wraz z nimi – samochodów mieszkańców, miejsca te stają się bardziej atrakcyjne dla innych sklepów, które dotąd mieściły się w śródmieściu. Jedynym sposobem na zapobieżenie negatywnym skutkom wzmożonego ruchu oraz zwalnianiu przestrzeni w śródmieściu jest ograniczenie usługodawcom możliwości prowadzenia działalności poza śródmieściem.

149. Co najistotniejsze w tym kontekście, gmina wyjaśniła w rozpatrywanej sprawie, że środek sam w sobie nie powstrzymuje usługodawców przed podejmowaniem działalności w mieście jako takim, gdyż dostępna jest dostateczna ilość przestrzeni do prowadzenia handlu detalicznego po przystępnych cenach [135]. Nic więc nie wskazuje na to, by plan zagospodarowania przestrzennego pośrednio ograniczał liczbę podmiotów zajmujących się prowadzeniem handlu detalicznego w gminie.

150. Jak stwierdziłem wyżej, wobec tego, że brak jest powodów pozwalających uznać dany środek za nieproporcjonalny, należy te kwestię pozostawić ocenie sądu odsyłającego. Jeżeli sąd odsyłający uzna, że dostępne powierzchnie handlowe są na tyle ograniczone, iż uniemożliwia to usługodawcom takim jak Bristol BV założenie przedsiębiorstwa lub zniechęca ich do tego, środek ten nie będzie spełniał kryterium proporcjonalności, a tym samym będzie niedopuszczalny na podstawie art. 15 dyrektywy 2006/123.

151. Odpowiedź na pytanie drugie i piąte powinna zatem brzmieć: plan zagospodarowania taki jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, dopuszczający jedynie niektóre rodzaje handlu detalicznego, stanowi ograniczenie terytorialne w rozumieniu art. 15 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2006/123, które jednak będzie uzasadnione na podstawie art. 15 ust. 3 tej dyrektywy, jeżeli zostanie wykazane, że za jego pomocą realizowany jest w sposób proporcjonalny cel polegający na ochronie środowiska miejskiego.

132 Ponadto wzmianka o „nadrzędnym interesie publicznym” (nadrzędnych względach interesu ogólnego) pojawia się w motywach 40, 56 i 66 dyrektywy 2006/123. W motywie 40 wyszczególniono nawet planowanie przestrzenne miast i wsi jako element ochrony środowiska miejskiego.

133 Zobacz wyrok z dnia 29 listopada 2001 r., De Coster (C-17/00, EU:C:2001:651, pkt 38).

134 Mimo że polityka kulturalna nie pojawiała się orzecznictwie Trybunału przed przyjęciem dyrektywy, jak to zauważył C. Barnard, Unravelling the services directive, 45, *Common Market Law Review*, 2008, s. 323–396, na s. 354.

135 Sytuacja ta jest zgoła odmienna od sytuacji w sprawie Komisja/Hiszpania, w której przepisy prawa hiszpańskiego systemowo wykluczały pewne rodzaje placówek detalicznych; zob. wyrok z dnia 24 marca 2011 r. (C-400/08, EU:C:2011:172).

5. W przedmiocie art. 34 TFUE i 49 TFUE (pytanie 6)

152. W związku z proponowaną odpowiedzią na poprzednie pytania i zważywszy, że niniejsza sprawa wchodzi w zakres zastosowania dyrektywy 2006/123, nie ma potrzeby przeprowadzania analizy w świetle swobód traktatowych [136].

VI. Wnioski

153. Mając na względzie całokształt powyższych rozważań, proponuję, aby Trybunał odpowiedział na przedstawione mu przez Hoge Raad der Nederlanden (sąd najwyższy Niderlandów) i Raad van State (radę stanu, Niderlandy) pytania w sposób następujący:

1) Opłaty takie jak te rozpatrywane w postępowaniu głównym w sprawie C-360/15, nakładane przez organ państwa członkowskiego za rozpatrzenie wniosku o wyrażenie zgody w odniesieniu do terminu, miejsca i sposobu wykonania wykopów w związku z układaniem przewodów dla publicznej sieci łączności elektronicznej, objęte są art. 2 ust. 2 lit. c) dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym. Nie należą one do dziedziny podatków w rozumieniu art. 2 ust. 3 dyrektywy 2006/123.

2) Działalność w zakresie prowadzenia handlu detalicznego obejmująca sprzedaż towarów takich jak obuwie i odzież konsumentom objęta jest definicją „usług” zawartą w art. 4 pkt 1 dyrektywy 2006/123.

3) Przepisy rozdziału III dyrektywy 2006/123 mają zastosowanie do sytuacji takich jak sytuacja rozpatrywana w postępowaniu głównym w sprawie C-31/16 bez względu na to, czy wszystkie okoliczności sprawy dotyczą tylko jednego państwa członkowskiego.

4) Plan zagospodarowania przestrzennego taki jak rozpatrywany w postępowaniu głównym w sprawie C-31/16, dopuszczający jedynie niektóre rodzaje handlu detalicznego, stanowi ograniczenie terytorialne w rozumieniu art. 15 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2006/123, które jednak może być uzasadnione na podstawie art. 15 ust. 3 tej dyrektywy, jeżeli zostanie wykazane, że za jego pomocą realizowany jest w sposób proporcjonalny cel polegający na ochronie środowiska miejskiego.

136 Zobacz wyrok z dnia 23 lutego 2016 r., Komisja/Węgry (C-179/14, EU:C:2016:108, pkt 118).