

*Marek Szydło\**

## **Prywatny pracodawca jako adresat przepisów TWE o swobodzie przepływu pracowników. Uwagi na tle bezpośredniej horyzontalnej skuteczności art. 39 TWE**

### **1. Koncepcja bezpośredniej horyzontalnej skuteczności przepisów TWE**

Bezpośrednia skuteczność przepisów TWE jest jedną z najbardziej charakterystycznych i oryginalnych cech wspólnotowego porządku prawnego.<sup>1</sup> Polega na tym, że poszczególne jednostki (podmioty prywatne) mają możliwość powoływania się w postępowaniu przed sądem lub też innym organem krajowym na określony – spełniający przesłanki jasności, bezwarunkowości oraz prawnej kompletności – przepis Traktatu, sąd zaś lub inny organ krajowy ma wówczas bezwzględny obowiązek wspomniany przepis wprost i bezpośrednio zastosować.<sup>2</sup> Należy przy tym wyraźnie rozróżnić bezpo-

---

\* Dr hab. **Marek Szydło** – Zakład Prawa Administracyjnego Gospodarczego, Uniwersytet Wrocławski.

<sup>1</sup> Cecha ta wynika ze specyfiki wspólnotowego porządku prawnego, zwłaszcza na tle powszechnego prawa międzynarodowego. Na ową specyfikę prawa wspólnotowego oraz na związaną z nią cechę bezpośredniej skuteczności niektórych przepisów prawa wspólnotowego zwrócił uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie Flaminio Costa, jednym z pierwszych, w których ETS wypracował i zastosował koncepcję bezpośredniej skuteczności przepisów TWE; zob.: orzeczenie ETS w sprawie C-6/64 Flaminio Costa przeciwko E.N.E.L., *Zbiór Orzeczeń 1964*, s.585; zob. też: orzeczenie ETS w sprawie C-26/62 NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos przeciwko Netherlands Inland Revenue Administration, *Zbiór Orzeczeń 1963*, s.1, część II B.

<sup>2</sup> Na temat cechy bezpośredniej skuteczności norm wspólnotowego porządku prawnego zob. szerzej: A.G.Toth, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law. Volume I. Institutional Law*, Oxford 1990, s.166 i nast.; T.C.Hartley, *The*

średnią skuteczność przepisów TWE w układzie wertykalnym oraz w układzie horyzontalnym.<sup>3</sup> O ile bezpośrednia skuteczność w układzie wertykalnym wyraża się tym, iż jednostka może powoływać się na określony przepis Traktatu w swoich sporach przeciwko (szeroko rozumianemu) państwu, o tyle istotą bezpośredniej skuteczności w układzie horyzontalnym jest to, że jednostka może powoływać się na określony przepis Traktatu w swoich sporach przeciwko innym osobom prywatnym.

Jeśli chodzi przy tym o bezpośredni skutek przepisów TWE w relacjach horyzontalnych (która to kwestia jest zasadniczym przedmiotem niniejszego opracowania), należy bardzo mocno podkreślić, że tego rodzaju skutek, dający poszczególnym jednostkom możliwość powoływania się w sporach przeciwko innym podmiotom prywatnym na określony – jasny, bezwarunkowy i prawnie kompletny – przepis TWE, powstaje jedynie wtedy, gdy zostanie uprzednio stwierdzone, iż adresatami danego przepisu są – wyłącznie albo razem z państwami członkowskimi – podmioty prywatne. Dopiero bowiem wtedy, gdy określony przepis TWE jest adresowany do podmiotów prywatnych, przyznaje im pewne prawa i nakłada obowiązki, poszczególne jednostki mogą się w sporze przeciwko innemu podmiotowi prywatnemu na taki przepis wprost powoływać i w ten sposób niejako wymusić na tymże podmiocie zachowanie zgodne ze wzmiankowanym przepisem.<sup>4</sup>

---

*Foundations of European Community Law*, Oxford 2003, s.197 i nast.; P.Craig, G.deBúrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2003, s.178 i nast.; P.Pescatore, *The Doctrine of „Direct Effect”: An Infant Disease of Community Law*, „European Law Review” vol. 8/1983, s.155 i nast.; S.Prechal, *Does direct effect still matter?*, „Common Market Law Review” vol. 37/2000, s.1047 i nast.; B.deWitte, *Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order w: The Evolution of EU Law*, red. P.Craig, G.deBúrca, Oxford 1999, s.177 i nast.; J.A.Winter, *Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law*, „Common Market Law Review” vol. 9/1972, s.425 i nast.; C.Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I*, Warszawa 2000, s.558 i nast.

<sup>3</sup> Por.: A.G.Toth, op.cit., s.166; C.Mik, op.cit., s.562.

<sup>4</sup> Brak więc uzasadnienia dla tezy, że kwestia bezpośredniej skuteczności określonego przepisu TWE w układzie horyzontalnym oraz tego, kto jest adresatem takiego przepisu, są zagadnieniami zupełnie odrębnymi i niezależnymi. Tezy takiej broni m.in. J.Baquero Cruz, twierdząc, że dany przepis TWE może być bezpośrednio horyzontalnie skuteczny nawet wówczas, gdy podmioty prywatne nie są jego adresatami, zob.: J.Baquero Cruz, *Free movement and private autonomy*, „European Law Review” vol. 24/1999, s.605–606; na temat argumentów polemicznych w sto-

W tym kontekście należy równocześnie zauważyć, że to, czy dany przepis TWE jest bezpośrednio horyzontalnie skuteczny (co, jak już powiedziano, zależy od tego, czy jest on dostatecznie jasny, bezwarunkowy i prawnie kompletny, oraz czy jego adresatami są podmioty prywatne), może tak naprawdę autorytatywnie stwierdzić jedynie Europejski Trybunał Sprawiedliwości po dokonaniu pogłębionej wykładni takiego przepisu. Zasadniczo bowiem to wyłącznie Trybunał Sprawiedliwości jest we Wspólnocie Europejskiej powołany, by ostatecznie i autorytatywnie (choć w sposób jedynie deklaratoryjny, a nie konstytutywny) rozstrzygać o bezpośredniej skuteczności (także horyzontalnej) określonych przepisów wspólnotowego porządku prawnego.<sup>5</sup>

## **2. Bezpośrednia skuteczność art. 39 TWE w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości**

Art. 39 TWE, odnoszący się do problematyki swobody przepływu pracowników,<sup>6</sup> już na początku lat 70. ubiegłego wieku, a więc zaraz po upływie okresu przejściowego, został przez Trybunał Sprawiedliwości uznany za bezpośrednio skuteczny w układzie wertykalnym. Trybunał stwierdził mianowicie, że przepis ten jest dostatecznie jasny (precyzyjny), bezwarunkowy (tzn. nie daje podmiotom stosującym go możliwości działania w sposób dyskrejonalny) oraz prawnie kompletny (nie wymaga więc już dalszego podejmowania legislacyjnych działań wykonawczych ani na szczeblu wspólnoto-

---

sunku do tej tezy zob.: M.Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s.394 i nast.

<sup>5</sup> Por.: B.deWitte, op.cit., s.188; A.G.Toth, op.cit., s.168.

<sup>6</sup> Przepis ten ma następującą treść: „1. Zapewnia się swobodę przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty. 2. Swoboda ta obejmuje zniesienie wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową między pracownikami państw członkowskich w zakresie zatrudnienia, wynagrodzenia i innych warunków pracy. 3. Z zastrzeżeniem ograniczeń uzasadnionych względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego i zdrowia publicznego, swoboda ta obejmuje prawo: a) ubiegania się o rzeczywiście oferowane miejsca pracy, b) swobodnego przemieszczania się w tym celu po terytorium państw członkowskich, c) przebywania w jednym z państw członkowskich w celu podjęcia tam pracy, zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi dotyczącymi zatrudniania pracowników tego państwa, d) pozostawania na terytorium państwa członkowskiego po ustaniu zatrudnienia, na warunkach ustalonych przez Komisję w rozporządzeniach wykonawczych. 4. Postanowienia niniejszego artykułu nie mają zastosowania do zatrudnienia w administracji publicznej”.

wym, ani na poziomie krajowym) i może być tym samym powoływany przez poszczególne jednostki przed sądami i innymi organami krajowymi w sporach przeciwko państwu, przyznając tymże jednostkom określone prawa (orzeczenia: Komisja przeciwko Francji oraz van Duyn).<sup>7</sup>

Jest przy tym rzeczą ciekawą, że niemal równocześnie z uznaniem bezpośredniej wertykalnej skuteczności art. 39 TWE Trybunał miał okazję wypowiedzieć się na temat bezpośredniego skutku, jaki przepis ten wywiera w układzie horyzontalnym, ponieważ sąd krajowy zwrócił się do niego z pytaniem, czy art. 39 TWE może być stosowany w odniesieniu do działań podejmowanych przez Międzynarodową Unię Kolarską, czyli podmiot w pełni prywatny, niepowiązany w żaden sposób z państwem. Odpowiadając na to pytanie, ETS stwierdził (w orzeczeniu w sprawie Walrave), że zawarty w art. 39 TWE (oraz w art. 49 TWE) zakaz dyskryminowania ze względu na przynależność państwową „*stosuje się nie tylko do działań podejmowanych przez władze publiczne, lecz rozciąga się również na reguły mające inną naturę* [tj. inną niż publicznoprawna – przyp. M.Sz.], *ukierunkowane na regulowanie w sposób zbiorowy (in a collective manner) zarobkowego zatrudnienia oraz świadczenia usług. Zniesienie przeszkód w swobodnym przepływie między państwami członkowskimi osób oraz w świadczeniu usług, będące fundamentalnym celem Wspólnoty wyspecyfikowanym w art. 3 TWE, byłoby narażone na szwank (would be compromised), gdyby zniesienie barier pochodzenia państwowego zostało zneutralizowane przeszkodami wynikającymi z korzystania z prawnej autonomii przez stowarzyszenia lub organizacje, które nie podlegają prawu publicznemu*”.<sup>8</sup> ETS dodał równocześnie, że gdyby zakaz z art. 39 TWE został ograniczony do działań podejmowanych przez władze publiczne, wówczas byłby stosowany niejednolicie w skali całej Wspólnoty, zważywszy że w poszczególnych państwach członkowskich warunki zatrudnienia (tj. wykonywania pracy zależnej) ustalone są w bardzo różny sposób: przez ustawy i rozporządzenia bądź przez porozumienia i inne akty podejmowane lub przyjmowane

---

<sup>7</sup> Orzeczenia ETS w sprawach: C-167/73 Komisja przeciwko Francji, *Zbiór Orzeczeń 1974*, s.359, pkt 35; C-41/74 Yvonne van Duyn przeciwko Home Office, *Zbiór Orzeczeń 1974*, s.1337, pkt 4 – 8.

<sup>8</sup> Orzeczenie ETS w sprawie C-36/74 B.N.O.Walrave i L.J.N.Koch przeciwko Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo, *Zbiór Orzeczeń 1974*, s.1405, pkt 17 – 18.

przez podmioty prywatne.<sup>9</sup> ETS zwrócił przy tym uwagę na art. 7 ust. 4 rozporządzenia Rady nr 1612/68/EWG,<sup>10</sup> który wyraźnie (*expressis verbis*) stanowi, że „wszelkie postanowienia porozumień zbiorowych lub indywidualnych lub inne zbiorowe regulacje dotyczące dostępu do zatrudnienia, zatrudnienia, wynagrodzenia i innych warunków pracy albo zwolnienia są nieważne w zakresie, w jakim określają lub uprawniają do stosowania warunków dyskryminujących pracowników, którzy są obywatelami innych państw członkowskich”. W rezultacie ETS uznał, że art. 39 TWE powinien być stosowany również do działań podejmowanych przez (prywatne) organizacje sportowe.<sup>11</sup>

Tezy wypowiedziane przez ETS w orzeczeniu w sprawie Walrave zostały następnie w pełni potwierdzone w orzeczeniu Donà przeciwko Mantero, w którym Trybunał ponownie stwierdził, że zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową stosuje się nie tylko do działań podejmowanych przez władze publiczne, ale rozciąga się również na reguły mające inną naturę, ukierunkowane na regulowanie „w sposób zbiorowy” zarobkowego zatrudnienia (i świadczenia usług).<sup>12</sup> Pewna natomiast zmiana w podejściu Trybunału do omawianego tutaj zagadnienia widoczna jest w orzeczeniach Bosman, Deliège oraz Lehtonen. Wprawdzie Trybunał powtórzył w nich swoje wcześniejsze stwierdzenia o „regułach mających inną naturę niż publicznoprawna”, które „w sposób zbiorowy” regulują warunki zarobkowego zatrudnienia, tym niemniej zaznaczył równocześnie, że do tego rodzaju reguł powinien być stosowany art. 39 TWE,<sup>13</sup> względnie postanowienia Traktatu o swobodzie przepływu osób<sup>14</sup>, a nie – jak to

---

<sup>9</sup> Pkt 19 orzeczenia w sprawie Walrave.

<sup>10</sup> Rozporządzenie Rady nr 1612/68/EWG w sprawie swobodnego przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty, O.J., L 257/2, 1968.

<sup>11</sup> Pkt 21 – 22 i 25 orzeczenia w sprawie Walrave.

<sup>12</sup> Orzeczenie ETS w sprawie C-13/76 Gaetano Donà przeciwko Mario Mantero, *Zbiór Orzeczeń 1976*, s.1333, pkt 17.

<sup>13</sup> Orzeczenie ETS w sprawie C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL przeciwko Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA przeciwko Jean-Marc Bosman i inni oraz Union des associations européennes de football (UEFA) przeciwko Jean-Marc Bosman, *Zbiór Orzeczeń 1995*, s.I-4921, pkt 82 – 84.

<sup>14</sup> Orzeczenia ETS w sprawach C-51/96 i C-191/97: Christelle Deliège przeciwko Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo oraz Christelle Deliège przeciwko Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL i François Pacquée, *Zbiór Orzeczeń 2000*, s.I-2549, pkt 47; C-176/96 Jyri Lehtonen i Ca-

stwierdzał w orzeczeniach Walrave oraz Donà przeciwko Mantero – zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Ponieważ zaś równocześnie w orzeczeniu Bosman oraz Lehtonen ETS uznał, iż art. 39 TWE nie tylko wymaga znoszenia dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale zakazuje stawiania wszelkich przeszkód (*obstacles*) swobodnemu przepływowi pracowników,<sup>15</sup> jasne jest, że ów wymóg znoszenia przeszkód (nawet o charakterze niedyskryminacyjnym) odnosi się również do „reguł mających inną naturę niż publicznoprawna”, które „w sposób zbiorowy” regulują warunki zarobkowego zatrudnienia.

W kontekście interesujących nas tutaj zagadnień niezwykle ważne jest również orzeczenie Trybunału w sprawie Angonese.<sup>16</sup> W pierwszym rzędzie odwołał się w nim do swojego wcześniejszego orzeczenia w sprawie Walrave i stwierdził, że zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową stosuje się nie tylko do działań podejmowanych przez władze publiczne, ale także do reguł o innym charakterze, ukierunkowanych na regulowanie „w sposób zbiorowy” zarobkowego zatrudnienia. Trybunał powtórzył również – za orzeczeniem w sprawie Walrave – argumenty, które przemawiają za przyjęciem takiego właśnie stanowiska.<sup>17</sup> Wynika z tego, że ETS wycofał się tutaj z tez wypowiedzianych w orzeczeniach Bosman oraz Lehtonen (a także Deliège) i w odniesieniu do reguł o innym niż publicznoprawny charakterze, które „w sposób zbiorowy” regulują zarobkowe zatrudnienie, postawił wyraźnie jedynie wymóg niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową, nie zaś wymóg znoszenia wszelkich przeszkód.

O wiele jednak bardziej interesująca oraz nowatorska jest dalsza część orzeczenia w sprawie Angonese, w której Trybunał zna-

---

stors Canada Dry Namur-Braine ASBL przeciwko Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB), *Zbiór Orzeczeń 2000*, s.I–2681, pkt 35.

<sup>15</sup> Zob.: pkt 92 i nast. orzeczenia ETS w sprawie Bosman oraz pkt 47 i nast. orzeczenia ETS w sprawie Lehtonen; teza o konieczności znoszenia w oparciu o art. 39 TWE nie tylko dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, ale również wszelkich innych przeszkód w swobodnym przepływie pracowników została ponadto potwierdzona przez ETS w orzeczeniu C-190/98 w sprawie Volker Graf przeciwko Filzmoser Maschinenbau GmbH, *Zbiór Orzeczeń 2000*, s.I–493, pkt 23.

<sup>16</sup> Orzeczenie ETS w sprawie C-281/98 Roman Angonese przeciwko Cassa di Risparmio di Bolzano SpA, *Zbiór Orzeczeń 2000*, s.I–4139.

<sup>17</sup> Pkt 30 – 33 orzeczenia ETS w sprawie Angonese.

cząco pogłębił swoje rozważania na temat bezpośredniej horyzontalnej skuteczności art. 39 TWE. Stwierdził mianowicie, że fakt, iż niektóre przepisy Traktatu są formalnie adresowane do państw członkowskich, nie wyklucza wcale tego, że mogą równocześnie przyznawać określone prawa poszczególnym jednostkom, które są zainteresowane tym, aby zobowiązania nałożone przez takie przepisy były przestrzegane. Trybunał nawiązał w tym momencie do swojego wcześniejszego orzeczenia w sprawie Defrenne przeciwko Sabena, w której miał okazję oceniać kwestię bezpośredniej horyzontalnej skuteczności art. 141 TWE ustanawiającego zasadę jednakowego wynagrodzenia dla mężczyzn i kobiet za jednakową pracę lub za pracę o tej samej wartości. ETS przypomniał, iż w tym ostatnim orzeczeniu w sposób niebudzący żadnych wątpliwości uznano, że skoro art. 141 TWE jest ze swojej istoty przepisem imperatywnym, to zawarty w nim zakaz dyskryminacji odnosi się nie tylko do działań podejmowanych przez władze publiczne, ale w równym stopniu do wszelkich porozumień zmierzających do zbiorowego regulowania pracy zarobkowej oraz wszystkich umów zawieranych między poszczególnymi podmiotami.<sup>18</sup> Zdaniem Trybunału (wyrażonym w orzeczeniu w sprawie Angonese) podobne rozumowanie powinno być również przeprowadzone w przypadku art. 39 TWE, który ustanawia fundamentalną swobodę oraz stanowi szczególny przypadek zastosowania ogólnego zakazu dyskryminacji zawartego w art. 12 TWE. Podobnie bowiem jak art. 141 TWE, art. 39 TWE zmierza w swoim założeniu do zapewnienia, aby na rynku pracy nie występowały żadne przypadki dyskryminacji. W rezultacie zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową musi być stosowany również w odniesieniu do podmiotów prywatnych.<sup>19</sup>

Z tego wynika, że w orzeczeniu Angonese Trybunał zgodził się ostatecznie z poglądem, iż art. 39 TWE, przynajmniej jeśli chodzi o zawarty w nim zakaz dyskryminacji, jest przepisem bezpośrednio horyzontalnie skutecznym i, nakładając określone obowiązki także na pracodawców prywatnych, może być przez poszczególne jednostki (pracowników) powoływany przed sądami krajowymi w toczonych przez nich sporach ze wzmiankowanymi pracodawcami. Natomiast pewne kontrowersje w judykaturze ETS budzi kwestia zakresu,

---

<sup>18</sup> Zob.: orzeczenie ETS w sprawie C-43/75 Gabrielle Defrenne przeciwko Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena, *Zbiór Orzeczeń 1976*, s.455, pkt 39.

<sup>19</sup> Pkt 34 – 36 orzeczenia ETS w sprawie Angonese.

w jakim bezpośrednio horyzontalna skuteczność art. 39 TWE obejmuje reguły o innym niż publicznoprawny charakterze, regulujące „w sposób zbiorowy” zarobkowe zatrudnienie. O ile bowiem nie ma żadnych wątpliwości co do tego, że te kreowane w istocie przez podmioty prywatne reguły są objęte przez art. 39 TWE (który jest tym samym bezpośrednio horyzontalnie skuteczny), o tyle sporne jest, czy do tego rodzaju reguł stosuje się jedynie zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji (tak ETS w orzeczeniach Walrave, Donà przeciwko Mantero oraz Angonese), czy może również zawarty w tym przepisie nakaz znoszenia wszelkich, także niedyskryminacyjnych, przeszkód (tak ETS w orzeczeniach Bosman, Deliège oraz Lehtonen).

### **3. Pracodawcy prywatni regulujący zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy” jako adresaci art. 39 TWE**

W przytoczonych orzeczeniach ETS, w których była mowa o tym, że podmioty prywatne regulujące zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy” pozostają związane art. 39 TWE (orzeczenia w sprawach: Walrave, Donà przeciwko Mantero, Bosman, Deliège oraz Lehtonen), Trybunał Sprawiedliwości miał w istocie do czynienia z pewnymi krajowymi lub też ponad(między)narodowymi związkami (federacjami) sportowymi zrzeszającymi poszczególne kluby sportowe lub narodowe federacje. W omawianym tutaj kontekście pojęcie podmiotów regulujących zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy” warto byłoby jednak zdefiniować ogólnie i pokusić się o wskazanie – w sposób abstrakcyjny – kilku podstawowych cech, które dany prywatny podmiot (prywatny pracodawca, związek pracodawców) musi spełniać, aby tak właśnie zostać zakwalifikowany (co z kolei powoduje, że pozostaje on wówczas związany analizowanym w niniejszym opracowaniu art. 39 TWE). Otóż w tym zakresie należałoby przyjąć, że dany podmiot powinien mieć przede wszystkim możliwość ustanawiania określonych reguł dotyczących wykonywania pracy zarobkowej, które stanowiłyby przejaw tzw. prywatnej (prywatnoprawnej) legislacji.<sup>20</sup> Nazwa ta implikuje, że wspomniane reguły powinny wprawdzie pochodzić od podmiotu o charakterze prywatnym, a nie bezpośrednio od państwa (stąd legislacja prywatna), tym niemniej równocześnie powinny też w dużym stopniu

---

<sup>20</sup> J.Baquero Cruz, op.cit., s.616.



przypominać stanowienie prawa przez państwo i być porównywalne z państwowym prawodawstwem. Owo podobieństwo do państwowego prawodawstwa (pozwalające twierdzić, że mamy do czynienia ze swoistą – choć prywatną – legislacją) musi się wyrażać tym, iż adresaci wzmiankowanych regulacji (np. pracownicy i inne podmioty prywatne) nie mogą mieć żadnej praktycznie możliwości uchylecia się od nich i muszą się im podporządkowywać.<sup>21</sup> Z kolei ta niemożność uchylecia się przez podmioty zainteresowane (adresatów) od wchodzących w grę regulacji (przypominająca skutek, jaki wywołuje stanowienie prawa przez państwo) może wynikać albo z tego, że dany podmiot prywatny (prywatny pracodawca, związek pracodawców) został wyposażony w moc stanowienia ogólnie wiążących regulacji przez państwo (a więc państwo przekazało temu podmiotowi w pewnym zakresie określone uprawnienia normotwórcze),<sup>22</sup> albo z tego, że dany podmiot posiada określoną siłę (tzn. silną pozycję) społeczną lub gospodarczą, np. pozycję monopolistyczną w określonym zakresie,<sup>23</sup> przy czym ta jego silna pozycja jest porównywalna z pozycją, jaką ma samo państwo.<sup>24</sup> Jeżeli w tym ostatnim przypadku wzmiankowany podmiot ustanawia jednostronnie określone re-

---

<sup>21</sup> T.Kingreen, *Grundfreiheiten w: Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, ed. A.vonBogdandy, Berlin-Heidelberg 2003, s.676; D.Schindler, *Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten. Entwurf eines Kollisionsmodells unter Zusammenführung der Schutzpflichten- und der Drittwirkungslehre*, Berlin 2001, s.101.

<sup>22</sup> Choć równocześnie podmiot taki nie powinien być w zbyt daleko idący sposób kontrolowany przez państwo, ponieważ w tym przypadku musiałby zostać uznany za będący – z punktu widzenia przepisów TWE o podstawowych swobodach – częścią składową danego państwa członkowskiego. To zaś oznaczałoby, że pozostaje związany art. 39 TWE z racji swojego statusu (tj. z racji tego, że jest częścią państwa członkowskiego), bez względu na to, czy „w sposób zbiorowy” reguluje zarobkowe zatrudnienie czy też nie. Tymczasem w ramach rozważań prowadzonych w niniejszym opracowaniu chodzi o ustalenie, w jakich sytuacjach art. 39 TWE pozostają związane podmioty prywatne, czyli te, które nie wykazują dostatecznych powiązań z państwem (tak, aby były uznane za jego część); na temat podmiotów prywatnych, których działania są zarachowywane na rzecz państwa członkowskiego (i które na potrzeby przepisów TWE o podstawowych swobodach stanowią część państwa członkowskiego), zob. szerzej: D.Schindler, op.cit., s.31 i nast.; zob. też orzeczenia ETS w sprawach: C-249/81 Komisja przeciwko Irlandii, *Zbiór Orzeczeń 1982*, s.4005, pkt 10 – 15; C-302/88 Hennen Olie BV przeciwko Stichting Interim Centraal Orgaan Voorraadvorming Aardolieprodukten oraz Holandia, *Zbiór Orzeczeń 1990*, s.I-4625, pkt 15 – 16.

<sup>23</sup> T.Kingreen, op.cit., s.676–677.

<sup>24</sup> Por.: W.Frenz, *Handbuch Europarecht. Band 1. Europäische Grundfreiheiten*, Berlin-Heidelberg 2004, s.130–131.

guły determinujące sposób wykonywania zarobkowego zatrudnienia, zaś ze względu na posiadanie przez ów podmiot aż tak silnej pozycji społecznej lub gospodarczej adresaci tych reguł nie mają praktycznych możliwości uchylenia się (i odstąpienia) od nich, wówczas kreowanie takich reguł przypomina stanowienie prawa przez państwo (jest regulowaniem zbiorowego zatrudnienia „w sposób zbiorowy”) i musi być oceniane z punktu widzenia tego, czy nie narusza art. 39 TWE. Dotyczy to np. reguł wykonywania zarobkowego zatrudnienia kreowanych przez organizacje pracodawców, inne organizacje branżowe lub przez organizacje samorządów gospodarczych zrzeszające podmioty o silnej pozycji rynkowej. Dotyczy to także bardzo silnych niekiedy i mających duże znaczenie w życiu społeczno-gospodarczym niektórych państw członkowskich związków zawodowych, zwłaszcza zrzeszających pracowników szeroko rozumianego sektora publicznego. W omawianej sytuacji wspomniane podmioty pozostają w pełni związane art. 39 TWE. Dotyczy to zarówno zawartego w tym przepisie zakazu podejmowania działań bezpośrednio i pośrednio dyskryminujących, jak też zakazu kreowania wszelkich ograniczeń, tj. ograniczeń – i to istotnych – w dostępie do rynku pracy, chociażby nie miały charakteru bezpośrednio lub pośrednio dyskryminującego.

Przy tym, o ile związanie art. 39 TWE podmiotów regulujących zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy” nie wywołuje jakichś większych sporów i kontrowersji (i jest dość powszechnie akceptowane, nawet jeżeli samo pojęcie zbiorowej regulacji zatrudnienia nie jest do końca jasne), o tyle o wiele większe wątpliwości rodzą się wówczas, gdy pojawia się pytanie o sensowność i konieczność związania omawianym przepisem również innych podmiotów (pracodawców) prywatnych, a mianowicie tych, którzy w świetle przytoczonych wyżej kryteriów nie mogą być uznani za regulujących zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy”.

#### **4. Argumenty przemawiające za związaniem art. 39 TWE podmiotów (pracodawców) prywatnych**

Aby w sensie merytorycznym oraz aksjologicznym uzasadnić tezę, że art. 39 TWE powinien wiązać podmioty prywatne, i to zarówno regulujące zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy”, jak niemające tego rodzaju możliwości, można by podać bardzo wiele różnych argumentów. Oto jeden z nich: poszczególne podmioty prywatne będące podmiotami uprawnionymi na podstawie swobody

przepływu pracowników (czyli np. osoby fizyczne pozostające w stosunku pracy lub poszukujące pracy) nie powinny być wystawiane na samowolną i arbitralną dyskryminację ze strony innych podmiotów prywatnych.<sup>25</sup> Trzeba przy tym pamiętać, że wśród swobód rynku wewnętrznego są liczne komponenty „prawnopodstawowe”, tzn. takie uprawnienia, które przypominają klasyczne prawa podstawowe.<sup>26</sup> Związanie zaś podmiotów (pracodawców) prywatnych art. 39 TWE sprawia, że te uprawnienia (czy też treści) wynikające ze swobody przepływu pracowników, które mają charakter „prawnopodstawowy” i które mają podkreślać subiektywnie zorientowaną i indywidualną ochronę poszczególnych podmiotów uprawnionych na podstawie tej swobody, mogą być chronione i zagwarantowane jeszcze bardziej efektywnie (bo muszą być respektowane także przez podmioty prywatne, a konkretnie przez prywatnych pracodawców).<sup>27</sup> Ponadto poddanie podmiotów prywatnych obowiązki respektowania art. 39 TWE może sprawić, że o wiele bardziej efektywnie będzie urzeczywistniany we Wspólnocie Europejskiej rynek wewnętrzny.<sup>28</sup> Pojmowany jako obszar bez wewnętrznych granic, w obrębie którego swobodny przepływ m.in. pracowników jest zagwarantowany (zob. art. 14 TWE), rynek wewnętrzny będzie funkcjonował znacznie lepiej i sprawniej (efektywniej), jeżeli podmiotami zobowiązanymi do przestrzegania omawianego art. 39 TWE będą również – obok państw członkowskich – podmioty prywatne (prywatni pracodawcy). W tym sensie przestrzeganie art. 39 TWE przez podmioty prywatne (tj. przez prywatnych pracodawców) służy szeroko rozumianemu *effet utile* przepisów TWE kreujących rynek wewnętrzny. Wreszcie włączenie podmiotów (pracodawców) prywatnych w obręb podmiotów mających przestrzegać art. 39 TWE, co dotyczy zwłaszcza tych, które regulują zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy” (w znaczeniu nadanym temu pojęciu w punkcie 3. opracowania), zapobiega niejednolitemu stosowaniu prawa wspólnotowego, w tym konkretnym przypadku art. 39 TWE, w poszczególnych państwach członkowskich. To niejednolite stosowanie

---

<sup>25</sup> J.Gebauer, *Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags als Gemeinschaftsgrundrechte*, Berlin 2004, s.143.

<sup>26</sup> Por.: K.Preedy, *Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten. Zur sogenannten Drittwirkung im Europarecht*, Berlin 2005, s.152 i nast.; J.Gebauer, op.cit., s.359 i nast.

<sup>27</sup> K.Preedy, op.cit., s.161.

<sup>28</sup> J.Gebauer, op.cit., s.135; K.Preedy, op.cit., s.125; M.Szydło, op.cit., s.408–409.

art. 39 TWE w poszczególnych państwach członkowskich brałoby się zaś stąd, że w różnych państwach członkowskich bardzo różnie wygląda podział uprawnień (kompetencji) dotyczących regulowania rozmaitych kwestii, związanych z szeroko rozumianym zatrudnieniem, między państwo i jego aparat a podmioty prywatne, zwłaszcza organizacje samorządów gospodarczych, zrzeszenia branżowe czy organizacje związków zawodowych. W niektórych państwach członkowskich istotne uprawnienia związane z szeroko pojmowanym kreowaniem warunków pracy i płacy mają podmioty prywatne (choćby takie jak wymienione wyżej), nie tylko zresztą dlatego, że dane państwo formalnie delegowało wspomniane uprawnienia na różne prywatne organizacje branżowe. Równie dobrze bowiem może być tak, że określone prywatne zrzeszenia czy konfederacje pracodawców, zrzeszające przedsiębiorstwa o bardzo poważnej sile rynkowej, wspólnie ustalają i uzgadniają określone warunki pracy i płacy (które teoretycznie każdy pracodawca powinien ustalać indywidualnie i samodzielnie) stosowane następnie solidarnie przez wszystkich członków takiej organizacji (tj. przez wszystkich pracodawców) wobec własnych pracowników. W rezultacie w niektórych państwach członkowskich powiększają się obszary społecznej (prywatnej) samoregulacji (lub koregulacji) kosztem państwowej regulacji i państwowego kierownictwa.<sup>29</sup> Gdyby w odniesieniu do podmiotów prywatnych regulujących zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy” (tj. w odniesieniu do podmiotów opisanych wcześniej)

art. 39 TWE nie był stosowany, wówczas doszłoby do wspomnianego już niejednolitego stosowania tego przepisu w poszczególnych państwach członkowskich. W tych państwach członkowskich, w których procesy prywatyzacji władztwa państwowego oraz powiększania się obszarów samoregulacji społecznej są zaawansowane w stopniu o wiele większym niż w pozostałych, art. 39 TWE byłby stosowany o wiele rzadziej i w o wiele mniejszym zakresie, niż w tych państwach członkowskich, gdzie państwo i jego agendy nadal mają poważne kompetencje w zakresie ustalania, choćby w sposób jedynie ramowy, warunków pracy i płacy. Ponieważ na takie niejednolite stosowanie art. 39 TWE zgodzić się nie sposób, należy przystać na rozwiązanie, zgodnie z którym powołany przepis TWE

---

<sup>29</sup> M.Szydło, op.cit., s.410.

będzie stosowany również w odniesieniu do podmiotów prywatnych regulujących zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy”<sup>30</sup>

Za bezpośrednim związaniem pracodawców prywatnych art. 39 TWE mogłoby również przemawiać – przynajmniej w pewnej mierze – samo literalne brzmienie tego przepisu. Stanowi on, że „1. Zapewnia się swobodę przepływu pracowników wewnątrz Wspólnoty. 2. Swoboda ta obejmuje zniesienie **wszelkiej** (podkr. M.Sz.) dyskryminacji ze względu na przynależność państwową między pracownikami państw członkowskich w zakresie zatrudnienia, wynagrodzenia i innych warunków pracy”. Skoro więc przepis ten zapewnia zniesienie „wszelkiej” dyskryminacji (ust. 2), to można by twierdzić, że zapewnia także zniesienie przejawów dyskryminacji pochodzących od podmiotów (pracodawców) prywatnych.<sup>31</sup> Ponadto zwraca uwagę bardzo otwarte sformułowanie ust. 1 w powołanym przepisie, gdzie mówi się jedynie o zapewnianiu swobody przepływu pracowników na terenie Wspólnoty i nie wymienia bynajmniej państw członkowskich jako (wyłącznie) odpowiedzialnych za zagwarantowanie owego pożądanego stanu rzeczy. Mogłoby to *prima facie* wskazywać, że także podmioty prywatne (pracodawcy prywatni) muszą zapewniać ów swobodny przepływ i pozostają w związku z tym adresatami art. 39 TWE.<sup>32</sup>

### **5. Argumenty przemawiające przeciw związaniu art. 39 TWE podmiotów (pracodawców) prywatnych**

Z drugiej wszakże strony istnieją poważne argumenty przemawiające przeciwko zobowiązaniu do respektowania art. 39 TWE podmiotów (pracodawców) prywatnych, zwłaszcza jeżeli chodzi nie o te podmioty prywatne, które zarobkowe zatrudnienie regulują „w sposób zbiorowy” (tu argumenty przemawiające za wydają się być bardzo mocne), lecz o pozostałe. Związanie podmiotów (praco-

---

<sup>30</sup> J.Baquero Cruz, op.cit., s.616–617; M.Szydło, op.cit., s.410–411; zob. też orzeczenia ETS w sprawach: C-36/74 B.N.O.Walrave i L.J.N.Koch przeciwko Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo, *Zbiór Orzeczeń 1974*, s.1405, pkt 17 i 19; C-415/93 Union royale belge des sociétés de football association ASBL przeciwko Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA przeciwko Jean-Marc Bosman i inni oraz Union des associations européennes de football (UEFA) przeciwko Jean-Marc Bosman, *Zbiór Orzeczeń 1995*, s.I–4921, pkt 82 i 84.

<sup>31</sup> Por.: W.Frenz, op.cit., s.445.

<sup>32</sup> Por.: K.Preedy, op.cit., s.94–95.

dawców) prywatnych art. 39 TWE spowodowałyby, że prawa, jakie ten przepis daje poszczególnym podmiotom prywatnym (tj. pracownikom lub osobom poszukującym pracy) wobec władzy publicznej (czyli wobec poszczególnych państw członkowskich), stałyby się nagle obowiązkiem podmiotów prywatnych wobec innych podmiotów prywatnych, do czego powołany przepis Traktatu wydaje się nie być strukturalnie przystosowany.<sup>33</sup> Uczynienie podmiotów (pracodawców) prywatnych adresatami art. 39 TWE spowodowałyby przy tym, że bardzo znacząco zostałaby zawężona sfera (przeźren) wolności i swobody zobowiązanych podmiotów (pracodawców) prywatnych.<sup>34</sup> Zobowiązane do respektowania powołanego przepisu TWE podmioty prywatne odczułyby to niewątpliwie jako daleko idące zawężenie swojej wolności i autonomii, przy czym na podkreślenie zasługuje fakt, że w ten sposób doszłoby do naruszenia przysługujących im praw podstawowych gwarantowanych we wspólnotowym porządku prawnym (chodzi tu np. o takie prawa podstawowe jak swoboda umów, prawo zrzeszania się czy też ogólna wolność działania).<sup>35</sup>

Trzeba ponadto zauważyć, że w sytuacji związania art. 39 TWE również podmiotów (pracodawców) prywatnych, podmioty te, chcąc dokonać określonego działania naruszającego powołany przepis Traktatu, musiałyby swoje działanie w dostatecznie przekonująco usprawiedliwić (w oparciu o któryś z powodów uznanych przez prawo wspólnotowe), co z kolei postawiłoby na głowie jedną z naczelných zasad obowiązujących w relacjach między państwem a jednostkami, a mianowicie, że swoboda działania jednostek jest w każdym państwie regułą (zasadą), a wszelkie ingerencje państwa w tę swobodę stanowią, wymagający dostatecznego usprawiedliwienia, wyjątek.<sup>36</sup> Taka sama zasada powinna również obowiązywać we wspólnotowym porządku prawnym. Zasadą powinna być możliwość swobodnego i nieskrępowanego zachowania jednostek gwarantowana wspólnotowymi prawami podstawowymi, natomiast wszelkie ograniczenia tej swobody (wolności) muszą stanowić ściśle uzasadniony i usprawiedliwiony wyjątek. Związanie podstawowymi swobodami podmiotów prywatnych o tyle tę zasadę by odwróciło, że

---

<sup>33</sup> Por.: T.Kingreent, op.cit., s.679.

<sup>34</sup> H.D.Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, „Europarecht”, nr 3/1995, s.210.

<sup>35</sup> Zob. szeroko: K.Preedy, op.cit., s.61 i nast.

<sup>36</sup> Por.: J.Isensee, *Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht* w: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Band V. Allgemeine Grundrechtslehren*, eds. J.Isensee, P.Kirchhof, Heidelberg 1992, s.148.

odtąd regułą (zasadą) stałoby się ograniczenie swobody działania jednostek, gdyż wszelkie swoje naruszające podstawowe swobody zachowania musiałyby dostatecznie usprawiedliwiać (te zachowania byłyby więc wówczas wyjątkiem), zamiast cieszyć się nieograniczoną swobodą postępowania.<sup>37</sup>

W omawianym tutaj kontekście dość często można się spotkać z argumentem (który *prima facie* mógłby przemawiać przeciwko wiązaniu podmiotów czy też pracodawców prywatnych art. 39 TWE), że zachowania podmiotów prywatnych są w dostateczny sposób ograniczane oraz poddawane sankcjom w oparciu o wspólnotowe reguły konkurencji dotyczące przedsiębiorstw (chodzi mianowicie o art. 81 i 82 TWE) i już ta okoliczność przemawia przeciwko konieczności dodatkowego wiązania tych podmiotów przepisami Traktatu o swobodach rynku wewnętrznego.<sup>38</sup> Ponadto równoczesne poddawanie podmiotów prywatnych obowiązkom przestrzegania reguł konkurencji dotyczących przedsiębiorstw oraz respektowania przepisów TWE o swobodach rynku wewnętrznego (do których należy też art. 39 TWE) mogłoby w poszczególnych przypadkach prowadzić do wielu niepożądanych kolizji i sprzecznych rozstrzygnięć, kiedy np. pewne kooperacyjne zachowania podmiotów prywatnych korzystałyby wprawdzie w oparciu o art. 81 ust. 3 TWE z wyłączenia spod ogólnego (zawartego w art. 81 ust. 1 TWE) zakazu zawierania (jako przynoszące pewne ogólnogospodarcze korzyści), ale jednocześnie byłyby zakazane jako naruszające przepisy TWE o podstawowych swobodach.<sup>39</sup>

Nie negując generalnej zasadności tego argumentu, należałoby wszakże zauważyć, że zdaniem Trybunału Sprawiedliwości (wyrażonym w orzeczeniu Albany) niektóre kolektywne porozumienia zawierane między organizacjami reprezentującymi pracodawców z jednej strony i pracowników z drugiej, mające w założeniu służyć

---

<sup>37</sup> W.Kluth, *Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages. Eine Analyse am Beispiel des Bosman-Urteils des EuGH*, „Archiv des öffentlichen Rechts” no. 4/1997, s.570–571.

<sup>38</sup> Por.: W.Frenz, op.cit., s.133; D.Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften. Allgemeine Lehren w: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, ed. D.Ehlers, Berlin 2005, s.200; K.Hailbronner, G.Jochum, *Europarecht II. Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, Stuttgart 2006, s.94; J.Gebauer, op.cit., s.136; M.Quinn, N.MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, „European Law Review” vol. 12/1987, s.167–168.

<sup>39</sup> W.Kluth, op.cit., s.573; W.Frenz, op.cit., s.133; M.Quinn, N.MacGowan, op.cit., s.168–169; M.Szydło, op.cit., s.418.

realizacji pewnych celów społecznych, takich jak poprawa warunków pracy oraz zatrudnienia, nie mieszczą się w zakresie zastosowania art. 81 ust. 1 TWE i nie podlegają zawartemu w tym przepisie zakazowi, nawet jeżeli mają w treści pewne ograniczenia konkurencji<sup>40</sup>. W takim układzie porozumienia te mogłyby być ewaluowane jedynie w oparciu o art. 39 TWE (jeżeli oczywiście zgodzimy się, że tym przepisem są związane również podmioty prywatne, przynajmniej w zakresie „zbiorowego” regulowania zarobkowego zatrudnienia), a argument o zbędności jednoczesnego poddawania tych samych zachowań zarówno reżimowi reguł konkurencji, jak reżimowi reguł rynku wewnętrznego byłby wówczas po prostu nieaktualny. Inna sprawa, że to stanowisko Trybunału Sprawiedliwości bywa krytykowane, jako w nieuprawniony sposób wyłączające pewne antykonkurencyjne porozumienia spod ogólnego zakazu zawierania już na poziomie art. 81 ust. 1 TWE, zamiast uznawać je za naruszające ten ostatni przepis Traktatu oraz równocześnie za usprawiedliwione, chociażby w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE<sup>41</sup> (co notabene w przypadku uznania, że podmioty dokonujące takich działań pozostają równocześnie związane art. 39 TWE, mogłyby prowadzić do tego, iż działania te – będąc dozwolone w świetle wspólnotowych reguł konkurencji – byłyby uznawane za naruszające art. 39 TWE. W rezultacie pojawiłyby się sprzeczne rozstrzygnięcia). Ponadto nie wszystkie przecież zachowania prywatnych pracodawców oraz zrzeszających ich organizacji pozostają – jak ETS uznał w orzeczeniu w sprawie Albany – *a priori* wyłączone spod reżimu wspólnotowych reguł konkurencji. W przypadku zachowań nieimmunizowanych spod reżimu reguł konkurencji argument o zbędności równoczesnego poddawania określonych zachowań traktatowym regułom konkurencji oraz przepisom TWE o swobodach rynku wewnętrznego byłby nadal aktualny i mógłby przemawiać przeciwko dodatkowemu wiązaniu podmiotów (pracodawców) prywatnych art. 39 TWE.

W punkcie 4. niniejszego opracowania, w ramach analizy argumentów, które mogłyby przemawiać za zobowiązaniem podmiotów

---

<sup>40</sup> Orzeczenie ETS w sprawie C-67/96 Albany International BV przeciwko Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, *Zbiór Orzeczeń 1999*, s.I–5751, pkt 59 – 60.

<sup>41</sup> M.Klasse, *Gemeinschaftsrechtliche Grenzen für staatlich veranlasste Wettbewerbsbeschränkungen. Dargestellt anhand von Entscheidungen des EuGH unter besonderer Berücksichtigung von Preisregelungen im Energierecht*, Baden-Baden 2006, s.70–71.



prywatnych do respektowania art. 39 TWE, była mowa o tym, że art. 39 ust. 1 TWE zawiera zobowiązanie do zapewnienia swobodnego przepływu pracowników na terenie Wspólnoty bez wymienia państw członkowskich jako adresatów tego zobowiązania, art. 39 ust. 2 TWE mówi zaś o konieczności znoszenia wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a więc – jak można by sądzić – także dyskryminacji ze strony podmiotów prywatnych. Od razu jednak trzeba powiedzieć, że taka interpretacja przytoczonych sformułowań, z której by wynikała dopuszczalność uznania podmiotów prywatnych za adresatów art. 39 TWE, nie jest bynajmniej jedynie możliwa (jedynie słuszna) i nie przez wszystkich jest podzielana. Nie pretendując do pełnego wyczerpania zasygnalizowanego problemu związanego z literalnym brzmieniem powołanego przepisu, warto byłoby wszakże zwrócić uwagę na fakt, że sformułowanie o obowiązku znoszenia „wszelkiej dyskryminacji” odnosi się najprawdopodobniej nie do źródeł pochodzenia dyskryminacji (w tym sensie, że nikt – także podmioty prywatne – nie powinien podejmować działań dyskryminacyjnych), lecz raczej do rodzajów działań dyskryminacyjnych (w tym sensie, że zakazane są wszelkie rodzaje działań dyskryminacyjnych).<sup>42</sup> Prowadzi to do wniosku, że w literalnym brzmieniu art. 39 TWE nie sposób się doszukiwać argumentu, który by jednoznacznie i bez żadnej wątpliwości przemawiał za związaniem tymże przepisem także podmiotów prywatnych. Należy raczej przyjąć, że zgodnie z literalnym brzmieniem powołanego przepisu sprawa jest w pełni otwarta, nie zaś jednoznacznie przesądzona na korzyść koncepcji związania nim podmiotów (pracodawców) prywatnych.

## **6. Próba ostatecznej odpowiedzi na pytanie, w jakim zakresie podmioty prywatne (prywatni pracodawcy) pozostają związane art. 39 TWE**

Próbując ostatecznie odpowiedzieć na pytanie, w jakim zakresie art. 39 TWE wiąże oprócz państw członkowskich także podmioty prywatne (prywatnych pracodawców) oraz mając na uwadze omówione wcześniej (w punktach 4. i 5.) argumenty przemawiające zarówno za, jak i przeciw obligowaniu podmiotów prywatnych do respektowania powołanego przepisu TWE, należałoby się opowiedzieć za poglądem, zgodnie z którym państwa członkowskie pozostają

---

<sup>42</sup> W.Frenz, op.cit., s.445.

pierwszoplanowymi jego adresatami i to one muszą przede wszystkim respektować wynikające z niego zobowiązania. Choć nie wynika to jasno z literalnego brzmienia powołanego przepisu (z tego punktu widzenia kwestia jest – jak powiedziano – otwarta), jednak wykładnia systemowa (ale także historyczna) bez żadnej wątpliwości wskazuje, że to sami członkowie Wspólnoty są w pierwszym rzędzie adresatami art. 39 TWE. To państwa członkowskie muszą zatem znosić (eliminować) przeszkody w swobodnym (transgranicznym) przepływie pracowników, przy czym chodzi tutaj zarówno o przeszkody bezpośrednio (formalnie) i pośrednio (ukrycie) dyskryminujące, jak też stosowane bez zróżnicowania, stanowiące wszakże „*istotne ograniczenie w dostępie do rynku pracy*” w przyjmującym państwie członkowskim (i mające często charakter faktycznie – choć już nie formalnie czy ukrycie – dyskryminujący).<sup>43</sup>

Jeżeli chodzi natomiast o podmioty prywatne, z całą pewnością obowiązki wynikające z omawianego przepisu Traktatu respektować powinny te, które zarobkowe zatrudnienie regulują „*w sposób zbiorowy*”, czyli – zgodnie z tym, co zostało już powiedziane w punkcie 3. – determinują warunki zarobkowego zatrudnienia w sposób przypominający stanowienie prawa przez państwo, a mianowicie tak, że poszczególni adresaci tego rodzaju reguł nie mają praktycznie (*de facto*) żadnej możliwości uchylecia się od wzmiankowanych reguł (czego przyczyną może być formalne delegowanie przez państwo pewnych uprawnień normotwórczych na dany podmiot prywatny albo znacząca siła społeczna i gospodarcza danego podmiotu prywatnego, porównywalna z pozycją państwa).

Jeżeli chodzi natomiast o pozostałe podmioty prywatne (prywatnych pracodawców), niemające możliwości regulowania zarobkowego zatrudnienia „*w sposób zbiorowy*”, zgodzić się należy z tezą wypowiedzianą przez Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie Angonese, że podmioty prywatne pozostają w pełni związane zawartym w art. 39 TWE zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Pracodawcy prywatni nie mogą zatem podejmować żadnych działań (np. w zakresie określania wa-

---

<sup>43</sup> Por.: C.Barnard, *Fitting the remaining pieces into the goods and persons jigsaw?*, „European Law Review” vol. 26/2001, s.53; C.Barnard, *The substantive law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2004, s.147–148, 239–240; S.Weatherill, *After Keck: Some Thoughts on How to Clarify the Clarification*, „Common Market Law Review” vol. 33/1996, s.896–897; opinia adwokata generalnego Jacobsa w sprawie C-412/93 Société d'Importation Edouard Leclerc-Siplec przeciwko TF1 Publicité SA i M6 Publicité SA, *Zbiór Orzeczeń 1995*, s.I-179, pkt 42 i 49.

runków zatrudnienia, pracy, spraw socjalnych itp.), które by stawały pracowników pochodzących z innych państw członkowskich (tzn. będących obywatelami innych państw członkowskich) w gorszej sytuacji niż pracowników pochodzących z (i będących obywatelami) danego państwa członkowskiego. Ciekawe jest przy tym uzasadnienie tej tezy podane w powołanym orzeczeniu przez Trybunał. Otóż ETS zwrócił uwagę, że art. 39 TWE ustanawia fundamentalną swobodę oraz stanowi równocześnie szczególny przypadek zastosowania ogólnego zakazu dyskryminacji zawartego w art. 12 TWE. Podobnie jak art. 141 TWE, będący przepisem imperatywnym (ustanawiającym zasadę jednakowego wynagrodzenia dla mężczyzn i kobiet za jednakową pracę lub za pracę o tej samej wartości), art. 39 TWE zmierza w swoim założeniu do zapewnienia, aby na rynku pracy nie występowały żadne przypadki dyskryminacji.<sup>44</sup> Z tego wynika, że dla Trybunału istotne znaczenie miał „*imperatywny charakter*” art. 39 TWE (w analogii do art. 141 TWE) oraz fakt, że przepis ten jest szczególnym przypadkiem zastosowania ogólnej zasady niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową.

Jak się wydaje, stwierdzenie Trybunału o „*imperatywnym charakterze*” art. 39 TWE oznacza, iż ETS wiąże z tym przepisem szczególnie ważne i istotne treści oraz że przypisuje mu – w kontekście całokształtu przepisów Traktatu – szczególne znaczenie. Jest to więc przepis na tyle merytorycznie i aksjologicznie ważny, że wymusza swoje stosowanie także w relacjach między podmiotami prywatnymi (a konkretnie w relacjach między prywatnymi pracodawcami a pracownikami). Należy przy tym mocno podkreślić, że mówiąc o „*imperatywnym charakterze*” art. 39 TWE (oraz przypisując mu tak ważne merytorycznie i aksjologicznie treści), Trybunał ma tak naprawdę na myśli jedynie zawarty w tym przepisie zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, a bynajmniej nie inne wynikające z tego przepisu obowiązki (takie chociażby jak obowiązek zaniechania wszelkich innych, także niedyskryminacyjnych, działań odnoszących się do transgranicznego przepływu pracowników, o ile wszakże działania te stanowiłyby „*istotną przeszkodę w dostępie do rynku pracy*” w przyjmującym państwie członkowskim). To zatem jedynie w zakresie zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową art. 39 TWE jest przepisem na tyle merytorycznie i aksjologicznie ważnym (w świetle aksjologii całego Traktatu), że wiąże także podmioty prywatne (prywatnych

---

<sup>44</sup> Zob.: pkt 34 – 36 orzeczenia ETS w sprawie Angonese.

pracodawców). Nie są one natomiast związane zawartym w tym przepisie obowiązkiem eliminowania niedyskryminacyjnych przeszkód w swobodnym przepływie pracowników.

Należy przy tym uznać, że ów zawarty w art. 39 TWE zakaz dyskryminacji pracowników pochodzących z innych państw członkowskich ze względu na ich przynależność państwową dlatego jest tak ważny z merytorycznego i aksjologicznego punktu widzenia (dlatego jest przepisem imperatywnym) – i wiąże w związku z tym również podmioty prywatne – że jego korelatem jest przysługujące wspomnianym pracownikom stosowne uprawnienie, tj. uprawnienie do bycia uwolnionym – w omawianym zakresie – od przejawów dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, czy inaczej mówiąc – uprawnienie do równego z innymi pracownikami traktowania w kontekście ich przynależności państwowej, przy czym uprawnienie to ma status i charakter prawa podstawowego jednostek (tj. wspólnotowego prawa podstawowego przysługującego poszczególnym jednostkom). Prawo do tego, by nie być dyskryminowanym ze względu na przynależność państwową, jest bowiem jednym z gwarantowanych we wspólnotowym porządku prawnym praw podstawowych, zakotwiczone w art. 12 TWE.<sup>45</sup> Wprawdzie art. 12 TWE nie przyznaje takiego prawa (tj. prawa podstawowego do niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową) *explicite*, czyli wyraźnie (art. 12 TWE mówi jedynie, że „*W zakresie zastosowania niniejszego Traktatu i bez uszczerbku dla postanowień szczególnych, które on przewiduje, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową*”), tym niemniej prawo to wynika z tego przepisu *implicite*. Co więcej, należałoby przyjąć, że prawo to (jako jedno praw podstawowych, które we wspólnotowym porządku prawnym mają znaczenie absolutnie fundamentalne) może być przez jego beneficjentów egzekwowane od wszystkich innych podmiotów, także zatem od podmiotów prywatnych, a nie tylko państw członkowskich. W rezultacie zawartym

w art. 12 TWE zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową pozostają związane również podmioty prywatne.<sup>46</sup>

---

<sup>45</sup> K.Preedy, op.cit., s.157; J.Gebauer, op.cit., s.189 i nast.

<sup>46</sup> J.Gebauer, op.cit., s.195; inaczej G.Meier, *Der Schutz des Marktbürgers durch das Diskriminierungsverbot des Artikels 7 Abs. 1 EWGV*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” Band 133/1969, s.89 i nast.; F.Gundersen, *Das Diskriminierungsverbot im EWG-Vertrag*, „Neue Juristische Wochenschrift” no. 11/1975, s.472 i nast.; J.Baquero Cruz, op.cit., s.614.

Inna sprawa, że chodzi tutaj jedynie o taką dyskryminację, która jest ściśle powiązana z cechami osobowymi danego podmiotu (beneficjenta tego prawa), a konkretnie bazuje na jego przynależności państwowej.<sup>47</sup>

Owo wynikające z art. 12 TWE prawo podstawowe, tj. prawo do tego, by nie być – w zakresie zastosowania prawa wspólnotowego – dyskryminowanym ze względu na przynależność państwową, które jest przy tym bezpośrednio skuteczne także w relacjach horyzontalnych (a więc w relacjach z innymi podmiotami prywatnymi) jest w oczywisty sposób zawarte we wszystkich podstawowych swobodach (w swobodach rynku wewnętrznego) mających charakter osobowy, a więc w swobodzie przepływu pracowników, świadczenia usług oraz swobodzie przedsiębiorczości (przeciwieństwem są swobody o charakterze przedmiotowym, czyli swoboda przepływu towarów oraz przepływu kapitału, gdzie tego rodzaju prawo podstawowe do niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową nie występuje). Jeśli chodzi przy tym o (osobową przecież) swobodę przepływu pracowników, fakt, że w jej ramach (w ramach zawartych w niej gwarancji) mieści się wynikające z art. 12 TWE prawo podstawowe w postaci prawa do uwolnienia od dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, został w pełni potwierdzony przez Trybunał Sprawiedliwości, chociażby w orzeczeniu *Angonese*, w którym ETS zauważył, iż art. 39 TWE stanowi szczególny przypadek zastosowania ogólnego zakazu dyskryminacji zawartego w art. 12 TWE. Rzecz jasna art. 39 TWE ma o wiele bogatszą treść normatywną niż sam (zawarty już w art. 12 TWE) zakaz dyskryminacji pracowników ze względu na przynależność państwową (oraz będące korelatem tegoż zakazu stosowne, przysługujące przynależnym wspólnotowym, prawo podstawowe do niedyskryminacji), jako że oprócz tego zakazu wspomniany przepis nakłada na podmioty nim związane (tzn. na jego adresatów) obowiązek znoszenia (zaniechania) wszelkich działań stanowiących „*istotną przeszkodę w dostępie do rynku pracy*” w przyjmującym państwie członkowskim, nawet jeżeli działania takie nie stanowiłyby ani formalnej (bezpośredniej), ani pośredniej (ukrytej) dyskryminacji i byłyby najwyżej przejawem dyskryminacji faktycznej (z czym oczywiście korelują

---

<sup>47</sup> Względnie też na innych cechach osobowych związanych z danym podmiotem, które mogłyby wywołać skutek równoznaczny z dyskryminacją ze względu na przynależność państwową (np. miejsce zamieszkania, znajomość określonego języka będącego językiem urzędowym w danym państwie).

stosowne prawa podmiotów uprawnionych z tytułu tej swobody). Również i takie działania są zakazane podmiotom zobowiązanym do przestrzegania tej części omawianego przepisu w świetle art. 39 TWE, a beneficjenci tej swobody mają prawo domagać się znoszenia tego rodzaju działań, przy czym obowiązek znoszenia (zaniechania) tych działań spoczywa jedynie na państwach członkowskich, a już nie na podmiotach prywatnych (nie na prywatnych pracodawcach). Podmioty uprawnione na podstawie swobody przepływu pracowników mogą się zatem domagać znoszenia niedyskryminujących bezpośrednio i pośrednio istotnych przeszkód w dostępie do rynku w przyjmującym państwie członkowskim jedynie od państw członkowskich, nie zaś od podmiotów prywatnych (od pracodawców prywatnych), przy czym to ostatecznie prawo – w przeciwieństwie do wynikającego z art. 12 oraz z art. 39 TWE prawa do uwolnienia od dyskryminacji ze względu na przynależność państwową – nie ma bynajmniej statusu i charakteru prawa podstawowego. Jest to więc prawo czy uprawnienie typowe dla swobód podstawowych, a nie dla praw podstawowych. Prawem tym podmioty prywatne nie są bynajmniej związane (nie są jego adresatami).

Z niniejszej analizy wynika, że w ramach poszczególnych swobód rynku wewnętrznego zawarte są pewne komponenty „prawopodstawowe”, przy czym w swobodach osobowych tym elementem „prawopodstawowym” jest między innymi prawo do niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową. Tym ostatecznym prawem – mieszczącym się chociażby w swobodzie przepływu pracowników – są związane także podmioty prywatne (prywatni pracodawcy), w przeciwieństwie do innych zawartych w omawianej swobodzie uprawnień (niemających statusu praw podstawowych), którymi podmioty prywatne związane są najwyżej wówczas, gdy regulują zarobkowe zatrudnienie „w sposób zbiorowy”.

Trudno byłoby przy tym zgodzić się z poglądem, że w przypadku zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową podmioty prywatne nie są bynajmniej związane samą swobodą podstawową jako taką – w tym konkretnym przypadku swobodą przepływu pracowników – lecz jedynie prawem podstawowym zawartym w tej swobodzie (tj. prawem do niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową). Zgodnie z tym poglądem Trybunał Sprawiedliwości (choćby w orzeczeniu *Angonese*) jedynie zewnętrznie (tj. w sposób formalny czy też werbalny) stosuje w omawianych przypadkach względem działalności podmiotów prywatnych (prywatnych pracodawców) swobodę przepływu pracowników,

podczas gdy tak naprawdę (tj. w sensie materialnym) stosuje wówczas wobec wzmiankowanych podmiotów prawo podstawowe.<sup>48</sup>

Pogląd ten jednak trudno byłoby podzielić. Należy raczej przyjąć, że podmioty prywatne pozostają w omawianych przypadkach związane swobodą przepływu pracowników, choć oczywiście związanie to odnosi się jedynie do tego fragmentu omawianej swobody, który ma charakter (status) prawa podstawowego (strukturę „prawnopodstawową”). To, że prawo do niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową (zakotwiczone chociażby w art. 12 oraz 39 TWE) jest – co do swojej struktury i materialnej treści – prawem podstawowym, nie przeszkadza w równoczesnym uznaniu go za immanentną część podstawowej swobody.

Związanie podmiotów (pracodawców) prywatnych zawartym w art. 39 TWE (oraz w art. 12 TWE) zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową jest przy tym o tyle słuszne i pożądane, że przecież współcześnie stosunki zatrudnienia są głównie nawiązywane właśnie w sektorze prywatnym, nie zaś w sektorze publicznym. Tym samym proponowane tutaj rozwiązanie służy szeroko rozumianemu *effet utile* przepisów TWE o swobodzie przepływu pracowników.

## Abstract

### **Private employer as addressee of provisions of TEC regarding movement of workers. Remarks on direct horizontal effect of Article 39 TEC**

Since the primary addressees of the Article 39 of the Treaty concerning the free movement of workers are Member States (and the Community itself), vertical direct effect may be attributed to that provision. This leaves a question open whether that provision has horizontal direct effect as well or whether the category of its addressees includes private employers (*i.e.* employers not connected functionally or structurally with Member States). The answer to this question is fully affirmative only in the case of private employers with regulatory powers, *i.e.* employers who regulate business operations covered by the objective scope of the freedom in question “in collective manner”. These employers create rules in a way that resembles issuance of (legislative) rules by the State and are not allowed to hinder in that way the free movement (not only by the discriminatory

---

<sup>48</sup> J.Gebauer, *op.cit.*, s.195.

rules but also by rules having non discriminatory character). As far as other private employers (having no regulatory power) are concerned, the arguments against them being directly subject to rules on free movement of workers (especially the danger of excessive transgression of their private autonomy, which is respected by the EU and by the Member States under fundamental rights) are strongly prevailing over the arguments in favour thereof (especially the need for more effective implementation of the internal market idea). The article argues that private employers are bound only by a certain segment (section) of the Article 39 of the Treaty, namely by the prohibition of discrimination on grounds of nationality. That segment forms part of the Article 39, but does not exhaust its full content.