

Anna Wyrozumska

Nieformalne porozumienia w prawie wspólnotowym i krajowym : (na przykładzie Obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów ds. Ochrony Konkurencji)

Kwartalnik Prawa Publicznego 4/2, 209-245

2004

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Anna Wyrozumska *

NIEFORMALNE POROZUMIENIA W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM I KRAJOWYM (NA PRZYKŁADZIE OBWIESZCZENIA KOMISJI W SPRAWIE WSPÓŁPRACY W RAMACH SIECI ORGANÓW DS. OCHRONY KONKURENCJI)

Prawo wspólnotowe posługuje się całym szeregiem instrumentów nieformalnych¹, niewymienionych *expressis verbis* w art. 249 i in-

* Prof. dr hab. Anna Wyrozumska – kierownik Zakładu Europejskiego Prawa Instytucjonalnego, Katedra Prawa Europejskiego, Uniwersytet Łódzki

¹ Istnienie nieformalnych instrumentów, jak i to, że wywoływać one mogą skutki prawne, potwierdzają m.in. akty akcesji zawierane z kolejnymi państwami przystępującymi do WE/UE. W Akcie akcesji dotyczącym m.in. przystąpienia Polski z 16.4.2004 r. instrumentów nieformalnych dotyczy art. 5. Nawiązuje do nich w ust. 1 i 3. Ust. 1 stwierdza: „Na mocy niniejszego Aktu nowe Państwa Członkowskie przystępują do decyzji i umów przyjętych przez przedstawicieli rządów Państw Członkowskich zebranych w ramach Rady (...)”. Z kolei ust. 3 wskazuje: „Nowe Państwa Członkowskie zajmują tę samą pozycję co obecne Państwa Członkowskie względem deklaracji lub rezolucji lub innych stanowisk przyjętych przez Radę Europejską lub Radę, a także względem stanowisk dotyczących Wspólnoty lub Unii przyjętych za wspólnym porozumieniem przez państwa Członkowskie. Nowe Państwa Członkowskie będą stosować się do zasad i wytycznych wynikających z takich deklaracji, rezolucji lub innych stanowisk oraz podejmą środki niezbędne dla zapewnienia wprowadzenia ich w życie.” Art. 5 Aktu akcesji dotyczy tylko niektórych rodzajów aktów nieformalnych, nie dotyczy np. aktów Komisji czy Parlamentu Europejskiego. Nie oznacza to jednak, że akty nieformalne tych instytucji nie mogą wywoływać skutków prawnych nie tylko w stosunku do instytucji, ale i w stosunku do państw członkowskich, czy nawet w stosunku do podmiotów prawa prywatnego. Istnienie innych instrumentów nieformalnych potwierdza projekt traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy, który w art. IV-2 stwierdza: „Inne składniki *acquis* Wspólnoty i Unii, istniejące w czasie wejścia w życie niniejszego Traktatu, w szczególności porozumienia międzyinstytucjonalne, decyzje i porozumienia przyjęte przez przedstawicieli rządów państw członkowskich zebranych w Radzie, dotyczące funkcjonowania Unii lub Wspólnoty lub powiązane z działaniami

nych postanowieniach Traktatu o Wspólnocie Europejskiej z 1957 r., w tym porozumieniami nieformalnymi². Przez porozumienia nieformalne, dla potrzeb niniejszego artykułu, będziemy rozumieć z jednej strony porozumienia, które charakteryzują się tym, że m.in. z punktu widzenia prawa wspólnotowego, prawa międzynarodowego lub prawa krajowego, nie są umowami międzynarodowymi, a więc nie podlegają zasadom prawa traktatów ani formalnym procedurom przyjętym w Traktacie o Wspólnocie Europejskiej lub w Traktacie o Unii Europejskiej, lub w prawie krajowym, przewidzianym dla umów międzynarodowych, niemniej wywołują skutki prawne, z drugiej zaś porozumienia, które w istocie, z punktu widzenia prawa międzynarodowego stanowią porozumienia w formie uproszczonej. Środki te mogą odgrywać istotną rolę praktyczną, ułatwiać czy wspomagać proces implementowania prawa wspólnotowego, czy wręcz ułatwiać proces integracji.

Przyczyny posługiwania się środkami nieformalnymi są złożone. Można wśród nich wymienić chęć zapisania osiągniętego porozumienia w danej kwestii, nawet słabego, gdy z różnych powodów żaden inny rodzaj porozumienia nie może być osiągnięty, np. strony nie są w stanie z powodów politycznych zawrzeć umowy międzynarodowej. Przykładem tego typu sytuacji jest słynny Kompromis luksemburski z 1966 r. rządzący przez długi czas zasadami głosowania w Radzie (obok Traktatu), nieformalne porozumienie zawarte między państwami członkowskimi, kompromis z Ioanniny (decyzja Rady) ustalający mechanizm wstrzymywania podejmowania decyzji w Radzie w związku z rozszerzeniem UE w 1995 r. W ten sam nieformalny sposób, jak wynegocjowano w czerwcu br. w Brukseli na podstawie polskiej propozycji, zapi-

Unii lub Wspólnoty, deklaracje, włączając deklaracje złożone w kontekście konferencji międzyrządowych, jak i uchwały lub inne stanowiska przyjęte przez Radę Europejską lub Radę i te odnoszące się do Unii lub Wspólnoty przyjęte za wspólną zgodą państw członkowskich, będą także zachowane (preserved) do czasu ich usunięcia lub zmiany².

² Zob. na temat instrumentów nieformalnych w prawie WE np. A. Jurcewicz, *Rola „miękkiego prawa“ w praktyce instytucjonalnej Wspólnoty Europejskiej* [w:] C. Mik (red.) *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, Toruń 1998, s. 111 i n.; J. Sozański, *Wspólnotowe a powszechne prawo traktatów – wzajemne relacje a jedność czy odrębność unormowań i systemów*, Toruń 2004, s. 50 i n.; zwłaszcza s. 331 i n.; K. C. Wellens, G. M. Borchardt, *Soft Law in European Community Law*, „European Law Review” 1989, s. 267; F. Snyder, *Soft Law and Institutional Practice in the European Community* (EUI Working Paper Law No. 93/5, 1993, Florence), s. 2; J. Klabbbers, *Informal Instruments before the European Court of Justice*, „Common Market Law Review” 1994, nr 31, s. 997; D. Chalmers, *European Union Law*, 1998, vol. I, s. 161 i n.; P. J. G. Kapteyn, P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, Kluwer Law International 1998, s. 340 i n.

sany zostanie mechanizm wstrzymywania podejmowania decyzji w Radzie w związku z ostatnim rozszerzeniem. Przyjęcie środka nieformalnego jest łatwiejsze niż środka formalnego, nie wymaga np. zachowywania konstytucyjnych procedur wewnętrznych wymaganych dla procesu legislacyjnego, w tym zawierania umów międzynarodowych. Gdyby Kompromis luksemburski był umową międzynarodową stosowałyby się do niej przepisy TWE dotyczące zmiany Traktatu, a państwa członkowskie musiałyby go ratyfikować. Ważnym przykładem porozumienia nieformalnego jest Karta Praw Podstawowych UE przyjęta w Nicei w 2000 r., zawierająca istotny katalog praw fundamentalnych chronionych przez instytucje UE i państwa członkowskie, gdy implementują prawo UE (art. 51). Do środków nieformalnych uciekają się nie tylko państwa członkowskie³, ale także instytucje wspólnotowe Często w sytuacjach, gdy w Traktacie brak jest wyraźnego wskazania środka, jaki może zostać przyjęty, albo kompetencja instytucji nie jest do końca jasna, a także gdy nie mogą lub nie chcą przyjąć w danej dziedzinie np. rozporządzenia czy dyrektywy.

Porozumienia nieformalne rodzą różne pytania prawne dotyczące ich charakteru, skutku prawnego, kompetencji do zawierania czy ewentualnej procedury, która musiałaby być zastosowana. Przedstawimy je na tle jednego z ostatnich obwieszczeń Komisji – Obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów ds. Ochrony Konkurencji, ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym UE z 27.4.2004 r.

1. KONTEKST OBWIESZCZENIA

Od 1.5.2004 r., a więc od momentu akcesji Polski do UE, stosowane jest we WE, także w Polsce, rozporządzenie nr 1/2003 Rady z 16.12.2002 r. w sprawie stosowania art. 81 i 82 TWE⁴. Zastępuje ono dotychczasowe rozporządzenie Rady nr 17/62. Polska związana jest rozporządzeniem nr 1/2003 na podstawie Traktatu o przystąpieniu z 16.4.2003 r.

³ Nieformalnymi porozumieniami z punktu widzenia prawa wspólnotowego są niektóre decyzje (akty) przedstawicieli państw członkowskich zebranych w Radzie, przyjmowane gdy np. nie ma podstaw w Traktacie, częste zwłaszcza w pierwszych latach integracji. Ich charakter prawny jest różny, niektóre są bardziej porozumieniami politycznymi, porozumieniami dżentelmeńskimi, inne mają wyraźnie za cel ustanowienie prawnie wiążących stosunków między państwami, zob. na ten temat np. P. J. G. Kapteyn (i inni), op. cit., s. 340 i n.

⁴ Zgodnie z art. 45 ww. Rozporządzenia.

Rozporządzenie nr 1/2003 stanowi część polskiego porządku prawnego i stosowane jest w prawie polskim bezpośrednio (wynika to z art. 249 ust. 2 TWE). Po pierwsze, Rozporządzenie reguluje materię, której nie dotyczy ustawa z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2000 r., Nr 122, poz. 1319). W tym sensie uzupełnia ustawę. Po drugie, w razie nakładania się regulacji, gdy zaistnieje sprzeczność z ustawą, lub jakimkolwiek innym aktem prawa polskiego, zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, a także zasadą prymatu prawa wspólnotowego, Rozporządzenie będzie miało pierwszeństwo w stosunku do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i innych regulacji krajowych. Rozporządzenie Rady 1/2003 tworzy system równoległych kompetencji, w którym Komisja (art. 4) i organy ds. ochrony konkurencji państw członkowskich (art. 5), także sądy krajowe (art. 6) będą mogły stosować art. 81 ust. 1 i 3 i art. 82 TWE. Organy krajowe ds. konkurencji wraz z Komisją tworzą sieć władz publicznych (dalej – Sieć); działają w interesie publicznym i współpracują ze sobą w celu ochrony konkurencji, w sprawach, w których zastosowanie ma art. 81 i 82 TWE.

Zasady funkcjonowania Sieci określa:

- 1) Rozporządzenie Rady nr 1/2003 z 16.12.2002 r. w sprawie stosowania art. 81 i 82 TWE,
- 2) Wspólne oświadczenie Rady i Komisji w sprawie funkcjonowania Europejskiej Sieci Konkurencji (dok 1543/02 ADD 1), dokument ma charakter polityczny,
- 3) Obwieszczenie Komisji w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów ds. Ochrony Konkurencji dok 2004/C 101/03 (dalej – Obwieszczenie)⁵.

W tym „zestawie” dokumentów Rozporządzenie nr 1/2003 ma charakter prawnie wiążący, jest jednak dokumentem w pewnym sensie ramowym, szczegóły bowiem współpracy Sieci określone są w dokumentach nie wiążących prawnie – politycznym oświadczeniu złożonym przez Radę i Komisję przy przyjmowaniu Rozporządzenia i Obwieszczeniu Komisji. Niewiązący charakter tych dwóch ostatnich dokumentów w zasadzie nie powinien budzić wątpliwości, w pierwszym przypadku wynika wręcz z zawartego we Wspólnym Oświadczeniu stwierdzenia w pkt. 3: „Oświadczenie niniejsze ma charakter polityczny i stąd nie tworzy żadnych praw lub zobowiązań prawnych. Ogranicza się do wypracowania wspólnego politycznego rozumienia (*common political understanding*) zasad funkcjonowania Sieci, podzielanego przez wszystkie państwa członkowskie i Komisję”. Nie oznacza to, że Oświadczenie

⁵ O.J. z 27.4.2004 r.

jako takie pozbawione jest generalnie znaczenia prawnego. Choć dokument ten nie jest prawnie wiążący, niemniej wyjaśnia rozumienie pewnych zasad funkcjonowania Sieci, np. że system opiera się na wzajemnym uznaniu różnych standardów systemowych w dziedzinie ochrony konkurencji stosowanych przez członków Sieci, że członkowie Sieci będą się starali w ciągu 3 miesięcy rozstrzygnąć, który organ będzie zajmował się dalej sprawą (pkt 12). Wspólne oświadczenie służyć może np. do interpretacji postanowień Rozporządzenia, a także dla określenia charakteru Obwieszczenia Komisji. Pkt 4 Wspólnego oświadczenia odsyła do Obwieszczenia Komisji – które określi szczegóły dotyczące zasad funkcjonowania Sieci, a później dostosowywane będzie co jakiś czas, w ścisłej współpracy z państwami członkowskimi.

Zarówno Rozporządzenie, jak i przyjęte akty, wskazują na tendencje decentralizacyjne w dziedzinie prawa konkurencji, jak i wyraźną wolę państw członkowskich i Komisji do posługiwania się raczej instrumentami z obszaru tzw. *soft-law* (miękkiego prawa). Warunki szczegółowe działania Sieci nie zostały ustalone w rozporządzeniu wykonawczym czy innym akcie wiążącym. Nadano im szczególną formułę. Obwieszczenie Komisji zostało przyjęte poprzez złożenie oświadczenia przez krajowe organy ds. ochrony konkurencji. Pkt 72 Obwieszczenia wskazuje, że określone w Obwieszczeniu zasady będą „dotrzymywane” (*abide*) także (a więc nie tylko przez Komisję) przez członków Sieci, którzy podpisali oświadczenie w formie Aneksu do niniejszego Obwieszczenia. Dalej pkt 72 wyjaśnia, że w oświadczeniu państwo członkowskie potwierdza/uznaje (*acknowledge*) zasady określone w Obwieszczeniu Komisji, włączając zasady dotyczące statusu wnioskodawców ubiegających się o łagodne traktowanie w ramach programu łagodnego traktowania, i oświadcza (*declare*), że będą one przez nie dotrzymywane (*abide*). Tekst oświadczenia ogłoszony jest w Dzienniku Urzędowym UE, w dzienniku tym ogłaszana jest także lista państw, których organy ds. konkurencji takie oświadczenie złożyły.

Wybrana formuła prawna – akt określający zasady działania Sieci i uznanie, czy potwierdzenie stosowania tych zasad przez państwa członkowskie przypomina umowę międzynarodową zawieraną w formie uproszczonej, umowę między Komisją (czy WE) a państwami członkowskimi. Zwraca jednak uwagę użyty w oświadczeniu język, nie jest to język typowy dla aktów takich jak umowy międzynarodowe, język wyrażający zobowiązania prawne. Użyte są bowiem sformułowania „dotrzymywać” (*abide*), *commit* w języku angielskim, co oznacza słabszą formułę aniżeli „zobowiązać się” (w języku polskim trudno jest znaleźć odpowiednik), a nie np. „być związanym” czy „zobowiązanym” (*to be bound, oblige*) itp. Po drugie, Obwieszczenie wskazuje, że nie rodzi

żadnych nowych praw ani obowiązków. Podobnie, jak i poprzednie obwieszczenia, Obwieszczenie stwierdza także, że nie narusza interpretacji, która może wynikać z orzeczeń SPI czy ETS⁶. Taka formuła, jak można sądzić, ma oznaczać intencję przyjęcia niewiążącego prawnie porozumienia.

Przyjęcie formuły porozumienia – Obwieszczenie Komisji oraz oświadczenia państw członkowskich, które składane są przez organy krajowe wynika m.in. z faktu, że część C Obwieszczenia dotyczy osób fizycznych i przedsiębiorstw. Obwieszczenie ustalając zasady ochrony informacji uzyskanej od wnioskodawcy objętego programem łagodnego traktowania rodzi po ich stronie „uprawnione oczekiwanie”, że warunki określone w Obwieszczeniu będą zachowywane. Do wywołania tego typu skutków nie wystarcza, jak można sądzić, samo Obwieszczenie Komisji, Komisja nie jest bowiem jedynym partnerem w tej wymianie. Stąd wynika potrzeba wskazywanych wyżej jednostronnych oświadczeń (zobowiązania się) wszystkich pozostałych członków Sieci. W ten sposób analizowany tu skutek wyjaśnia także opracowany przez Komisję Podręcznik zasad współpracy w ramach Sieci (*Manual of Rules of Cooperation within the ECN*, projekt z 25.9.2003 r., dalej *Manual*) w pkt. 125: „Wszyscy członkowie Sieci zobowiązali się (*have committed themselves*) do stosowania zasad zawartych w Obwieszczeniu o współpracy (...). Wnioskodawcy, którzy występują z wnioskiem do członka Sieci o łagodne traktowanie na podstawie odpowiedniego programu łagodnego traktowania stosowanego przez danego członka Sieci, mają z tego powodu, uprawnione oczekiwanie, że odpowiednie zasady Obwieszczenia w sprawie współpracy będą zachowane”. *Manual* nie wskazuje jednak, że państwa członkowskie/ organy krajowe są zobowiązane prawnie do przestrzegania warunków wymiany informacji. Nie wspomina także o umowie międzynarodowej.

Prawdą jest, że o istnieniu umowy międzynarodowej nie przesądza ani nazwa, ani forma⁷ instrumentu, a zatem i Obwieszczenie wraz z oświadczeniami mogłoby być uznane za umowę. Warunkiem jednak koniecznym, z punktu widzenia prawa międzynarodowego, istnienia

⁶ Pkt. 69. Por. pkt 64 Obwieszczenia Komisji o współpracy między krajowymi organami ds. konkurencji i Komisją w sprawach dotyczących artykułów 85 i 86 TWE, z 1997 r.

⁷ MTS w sprawie szelfu kontynentalnego Morza Egejskiego stwierdził dobitnie, że nie istnieje „norma prawa międzynarodowego zakazująca, aby wspólny komunikat stanowił umowę międzynarodową”. To czy instrument taki stworzył umowę „zależy w zasadniczym stopniu od natury aktu lub transakcji”, należy także wziąć pod uwagę „przede wszystkim zastosowane terminy i okoliczności, w których komunikat powstał”, ICJ Reports 1978, s.39.

umowy międzynarodowej jest istnienie zgodnej woli podmiotów prawa międzynarodowego nie tylko w odniesieniu do postanowień merytorycznych porozumienia, ale także co do jego charakteru prawnego (trzeba przy tym zauważyć, że w momencie przyjmowania Obwieszczenia Polska np., czy Czechy itd. nie były państwami członkowskimi UE i posługiwanie się w tym przypadku formułą umowy międzynarodowej byłoby tym bardziej usprawiedliwione). Wydaje się, że intencją stron nie było jednak posłużenie się instrumentem wiążącym prawa międzynarodowego. O intencji stron świadczy także to, że gdyby traktować Obwieszczenie wraz z oświadczeniami jako umowę międzynarodową musiałaby to być np. umowa zawarta ze Wspólnotą Europejską – np. reprezentowaną przez Komisję WE. Jako umowa Wspólnoty, nawet gdyby zawarta była w formie uproszczonej, tak jak w omawianym przypadku, musiałaby spełniać warunki proceduralne np. zawarte w art. 300 TWE. Poza tym pamiętać trzeba, że byłaby to umowa między WE a państwami członkowskimi i państwami przystępującymi. W zasadzie w zakresie materii I filaru UE, TWE nie przewiduje takiego środka prawnego. Wątpliwa jest także kompetencja Komisji do zawarcia takiej umowy (co do zasady umowy zawiera Rada, a kompetencja Komisji musi wynikać z wyraźnego upoważnienia Rady)⁸. Jeśli choćby jedna ze „stron”

⁸ W przypadku WE zasadę generalną dotyczącą kompetencji traktatowej instytucji WE normuje art. 300 TWE (ex art. 228). Umowy negocjuje, na podstawie decyzji Rady, Komisja. Zgodę na związanie WE umową wyraża Rada. Zasada ta doznaje wyjątków na rzecz samodzielnych kompetencji Komisji. Kompetencje Komisji mogą albo być przewidziane w Traktacie (kompetencje autonomiczne Komisji), albo stanowić kompetencje delegowane. Ponadto Komisja posiada uprawnienia wynikające z art. 302, art. 303, i art. 304 TWE. Do zawarcia innego rodzaju umów Komisja musi być specjalnie upoważniona przez Radę (generalnie w akcie prawa wtórnego lub jednostkową decyzją). Komisja usiłowała w praktyce szeroko interpretować art. 300 ust. 2 TWE uzurpując sobie niekiedy kompetencje, zawierając umowy w zakresie przywilejów i immunitetów, stosunków gospodarczych z państwami należącymi do GATT, spraw technicznych, w szczególności w dziedzinie ochrony zdrowia roślin, współpracy naukowej i technicznej, współpracy dwustronnej z państwami trzecimi, bez zachowania wymogu posiadania upoważnienia do prowadzenia negocjacji i zatwierdzenia przez Radę. Rada ani żadna z instytucji WE nie kwestionowała tej praktyki, zrobiła to Francja w sprawie C 327/91 ([1994] ECR-I3641) w odniesieniu do porozumienia między Komisją i Rządem USA z 1991 r. w sprawie stosowania prawa konkurencji. ETS odrzucił wyraźnie twierdzenie Komisji, że jest ona uprawniona do zawierania tzw. umów administracyjnych, tj. umów, których wykonanie nie wymaga działania ze strony Rady, mieści się w granicach określonych w budżecie i nie rodzi żadnych nowych zobowiązań finansowych dla WE (par. 31 orzeczenia). ETS podkreślił, że TWE nadał Komisji jedynie ograniczone uprawnienia, kompetencja Komisji do wyrażenia zgody na związanie umową międzynarodową musi jasno wynikać z prawa wspólnotowego (z aktu Rady). Konsekwencją w prawie wspólnotowym braku kompetencji Komisji do zawarcia umowy ze

porozumienia nie traktuje go jako umowy międzynarodowej, traktowanie przez drugiego partnera, czy innych partnerów aktu jako umowy, choć możliwe, może budzić jednak wątpliwości, przede wszystkim co do celowości takiego działania. Bardziej właściwe wydaje się zatem traktowanie Obwieszczenia wraz z oświadczeniami jako porozumienia niewiążącego prawnie, porozumienia nieformalnego między członkami Sieci co do stosowania w praktyce określonych zasad postępowania stworzenia prawnie wiążących zobowiązań).

Warto w tym miejscu wskazać, że Komisja od dawna posługuje się w prawie konkurencji Obwieszczeniami (*Notices*). Są to wyjaśnienia Komisji dotyczące ważnych aspektów jej praktyki jako organu egzekwującego przestrzeganie prawa konkurencji. Nie są one aktami wiążącymi, ale wywierają duży wpływ na praktykę (są ważnymi wskazówkami dla praktyki, wskazują np., jak w danym przypadku Komisja będzie postępować). Dotyczą one różnych kwestii, np. wyjaśniają, jakie sprawy nie wchodzą, zdaniem Komisji, w zakres art. 81 [dawny art. 85], np. Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie wchodzą w zakres art. 85(1) Traktatu ustanawiającego WE⁹, określają zasady współpracy między sądami krajowymi i Komisją – Obwieszczenie w sprawie współpracy między sądami krajowymi i Komisją w odniesieniu do stosowania art. 85 i 86 TWE¹⁰, zastąpione później przez Obwieszczenie w sprawie współpracy między sądami krajowymi i Komisją w postępowaniach w sprawach wchodzących w zakres art. 85 i art. 86 TWE¹¹, czy definiują niektóre pojęcia – np. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji odpowiedniego rynku (*relevant market*) dla celów prawa konkurencji¹². Również w formie Obwieszczenia Komisja poinformowała, że będzie stosować program łagodnego traktowania w postępowaniu przed Komisją – Obwieszczenie w sprawie nienakładania kar w sprawach dotyczących karteli z 1996 r.¹³, które następnie zastąpione zostało Obwieszczeniem z 2002 r. – w sprawie immunitetu egzekucyjnego i redukcji kar w sprawach dotyczących kar-

Stanami Zjednoczonymi w ww. sprawie było stwierdzenie nieważności decyzji Komisji (powoduje to konieczność wypowiedzenia umowy i zawarcie nowej, albo sanowanie procedury w inny sposób).

⁹ Obwieszczenie Komisji w sprawie porozumień mniejszej wagi (*agreements of minor importance*), które nie wchodzą w zakres artykułu 5(1) TWE z 1997 r. (O.J. C 372/13), zastąpiło Obwieszczenie z 1986 r. (O.J. C 231/2, poprawione (1994) O.J. C 368/20.

¹⁰ O.J. 1993, C 39/5.

¹¹ O.J. 1997, C 313/3.

¹² Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku istotnego (*relevant market*) dla celów wspólnotowego prawa konkurencji O.J. 1997, C 372.

¹³ O.J. 1996, C 207/4.

teli¹⁴. Rozszerzenie UE spowodowało zmianę szeregu z wcześniejszych Obwieszczeń¹⁵, a w pewnym stopniu także przyjęcie nowej formuły. Dotychczas Komisja nie zawierała porozumienia z państwami, że i one będą przestrzegać warunków określonych w Obwieszczeniu.

Obwieszczenia Komisji nie są instrumentami wymienionymi w art. 249 TWE, ani w innych postanowieniach Traktatu. Z tego punktu widzenia są instrumentami nieformalnymi. Co do zasady nie są aktami prawnie wiążącymi, mogą jednak wywoływać skutki prawne na gruncie prawa wspólnotowego, co wynika z orzecznictwa SPI i ETS¹⁶. Na ogół akty te podkreślają, iż nie zmieniają praw i obowiązków nałożonych na jednostki lub przedsiębiorstwa przez wspólnotowe prawo konkurencji, lub/i że nie naruszają interpretacji prawa konkurencji dokonywanej przez ETS. Ich skutek „mieści się” zatem w pewnym sensie w przepisach traktatowych, czy aktów prawa wtórnego, których Obwieszczenia dotyczą. Obwieszczenie stanowi rodzaj „samozobowiązania” się Komisji do przestrzegania podanych w Obwieszczeniu reguł i stąd może rodzić po stronie podmiotów polegających na zapewnieniach Komisji uprawnione oczekiwania. Wynika to zresztą wprost z treści niektórych Obwieszczeń Komisji. Np. w ww. Obwieszczeniu z 2002 r. w sprawie immunitetu egzekucyjnego i redukcji kar w sprawach dotyczących karteli, pkt 29 stwierdza wyraźnie: „Komisja jest świadoma, że to obwieszczenie tworzy uprawnione oczekiwania, na których przedsiębiorstwa mogą się oprzeć, gdy ujawniają Komisji istnienie kartelu”. To jednak, jakie skutki prawne konkretny akt wywoła zależy od różnych czynników, przede wszystkich od jego charakteru i treści, a także kompetencji instytucji lub organu do przyjęcia takiego aktu, czy szerzej kontekstu aktu.

2. INSTRUMENTY NIEWIĄŻĄCE PRAWNIE I POROZUMIENIA NIEFORMALNE W PRAWIE WE

W prawie WE, pomijamy dla uproszczenia, problem instrumentów prawnych II i III filaru UE, przyjął się podział źródeł prawa na

¹⁴ O.J. C 45/3 z 19.2.2002 r.

¹⁵ Zob. O.J. 2004, C 101/43.

¹⁶ Zob. np. C-313/90 *CIRFS v. Komisja* [1993] ECR I-1125; C-311/94 *Ijssel-Vliet Combinatie BV. v. Minister van Economische Zaken* [1996] ECR I-5023 – ETS uznał, że wytyczną Komisji wiąże rząd holenderski; T-214/95 *Vlaams Gewest v. Komisja* [1998] ECR II-717; w zakresie prawa konkurencji np. T-31/99 *ABB Asea Brown Boveri Ltd v. Komisja* z 20.3.2002 r.

źródła prawa pierwotnego i wtórnego. Traktat wskazuje wyraźnie niektóre rodzaje źródeł, katalog źródeł prawa nie jest jednak katalogiem zamkniętym. Choć art. 249 wymienia instrumenty, którymi posługują się instytucje wspólnotowe, oprócz rozporządzeń, dyrektyw czy decyzji, stosują one także inne środki prawne i pozaprawne. Z art. 249 wynika, że nie wszystkie akty instytucji są aktami prawnie wiążącymi. Wśród aktów niewiązących prawnie art. 249 wymienia opinie i zalecenia. Orzecznictwo ETS pokazało, że i środki niewiążące prawnie nie pozostają bez znaczenia dla prawa wspólnotowego, mogą wywoływać skutki prawne i rządzone są prawem wspólnotowym. Charakterystyczne jest w tej mierze orzecznictwo ETS dotyczące zaleceń.

Zalecenia mogą być przedmiotem postępowania ETS w trybie art. 234. Fakt, że zalecenie nie wiąże prawnie nie przeszkodził ETS-owi rozważać jego treści tak jak treści dyrektywy i decyzji, które odnosiły się do przedmiotu sporu. W sprawie 90/76 *Ameyde v. UCI*¹⁷ ETS rozważał zalecenie¹⁸ w grupie aktów wiążących prawnie, których celem było zniesienie kontroli dokumentów ubezpieczenia właścicieli pojazdów od odpowiedzialności cywilnej (tzw. zielona karta) na granicach między państwami członkowskimi. ETS analizował treść tych trzech aktów by dojść do przekonania, że akty te nie upoważniały środków krajowych lub porozumień między ubezpieczycielami, które byłyby sprzeczne z prawami konkurencji, prawem do zakładania przedsiębiorstw lub swobodnym przepływem usług. ETS potraktował zalecenie w istocie jako mający zastosowanie w sprawie formalny instrument¹⁹. W sprawie C-322/88 *Grimaldi*²⁰ dał nieco szerszą wypowiedź na temat charakteru prawnego zaleceń. Władze belgijskie, opierając się na prawie belgijskim (belgijskiej liście chorób zawodowych), odmówiły Grimaldiemu, włoskiemu pracownikowi migrującemu, pracującemu w Belgii, uznania choroby, na którą cierpiał za chorobę zawodową. Choroba ta mogła być jednak, zdaniem eksperta, uznana za jedną z chorób z listy wymienionej w zaleceniu Komisji z 23.7.1962 r. w sprawie przyjęcia europejskiej listy chorób zawodowych. Dodatkowo ETS postawiono pytanie, czy Grimaldi mógłby w celu dochodzenia odszkodowania w systemie odszkodowawczym zalecanym innym zaleceniem Komisji udo-

¹⁷ Orzeczenie *S.r.l. Ufficio Henry van Ameyde v. S.r.l. Ufficio centrale italiano di assistenza assicurativa automobilisti in circolazione internazionale (UCI)*, z 9.6.1977 r. [1977] ECR 1091. Zob. także 113/75 *Frescassetti v. Amministrazione delle finanze dello Stato* [1976] ECR 983.

¹⁸ Zalecenia nr 73/185 z 15.5.1973 r.

¹⁹ Zob. na ten temat J. Klabbers, op. cit., s. 997 i n. Zob. także sprawa 113/75, 996-7.

²⁰ *Salvatore Grimaldi v. Fonds des maladies professionnelles* [1989] ECR 4407.

wodnić, że choroba nie wymieniona na liście krajowej, miała oryginalnie charakter choroby zawodowej, (zalecenie 66/462 z 20.7.1966 r. w sprawie warunków przyznawania odszkodowania osobom cierpiącym na choroby zawodowe). ETS po pierwsze, potwierdził swoją kompetencję do wypowiedzania się w trybie art. 234 (wówczas art. 177), w kwestii interpretacji i ważności wszelkich aktów instytucji. W odróżnieniu bowiem od art. 230 TWE (wówczas art. 173), który wyraźnie wyłącza zalecenia, art. 234 operuje szerokim pojęciem „akty instytucji”. Po drugie, ETS uznał, iż w istocie pytanie sądu krajowego powinno być rozumiane jako pytanie, czy w braku środka krajowego implementującego zalecenia, zalecenia nakładają na jednostki prawa, na które mogłyby one powoływać się przed sądami krajowymi.

Wypowiedź Sądu jest znamienna i charakteryzuje podejście generalne ETS do wszelkich środków prawa wspólnotowego. Otóż ETS podkreślił, że aby stwierdzić, czy te dwa zalecenia, o które chodziło w sprawie, mogą nadawać prawa jednostce, trzeba stwierdzić najpierw, czy mogą one wywoływać wiążące skutki prawne. Zalecenia, jak uważa ETS, zgodnie z art. 189 (obecnie art. 249) nie są prawnie wiążące, i przyjmowane są przez instytucje wspólnotowe, gdy Traktat nie daje im kompetencji przyjęcia środka prawnie wiążącego, lub gdy uważają one, że przyjęcie środka bardziej wiążącego byłoby niewłaściwe. Wybór jednak formy nie może zmienić natury środka. Trzeba zatem zbadać, czy treść środka jest w pełni zgodna z przypisaną mu formą. W tym celu Trybunał zbadał przepisy, które wskazane są w uzasadnieniu zaleceń jako ich podstawy prawne, art. 155 i 117 i 118 TWE. Art. 155 (obecnie art. 211), daje Komisji ogólną kompetencję przyjmowania zaleceń, oraz art. 117 i 118 TWE (obecnie art. 136 i 137), które dotyczą polityki socjalnej. W tej sferze państwa członkowskie zachowały znaczące uprawnienia, kompetencje Komisji muszą być wykonywane w ramach współpracy między państwami członkowskimi, organizowanej przez Komisję. W tych okolicznościach, nie ma powodu, zdaniem ETS, wątpić, że środki, które są przedmiotem postępowania, są prawdziwymi zaleceniami. W konsekwencji nie mogą tworzyć praw, na które jednostki mogą powoływać się przed sądami (pkt. 16). Konkluzji tej nie może zmienić nawet upływ długiego czasu od przyjęcia zaleceń, fakt, że przez 25 lat nie wszystkie państwa prawidłowo wykonały zalecenia. Trybunał podkreślił jednak, że mimo braku skutku bezpośredniego, „środki o których mowa nie mogą byćuważane za nieposiadające skutku prawnego”²¹. I wyjaśnił, że skutek ten polega na tym, iż:

²¹ Ibidem, pkt 18.

„[s]ądy krajowe są zobowiązane do wzięcia pod uwagę zaleceń w celu rozstrzygnięcia sporów im przedstawionych, w szczególności gdy rzucają one światło na interpretację środków krajowych przyjętych w celu implementowania ich lub gdy mają na celu uzupełnienie wiążących postanowień Wspólnoty”²².

Teza orzeczenia wcale nie wskazuje wąskiego skutku zalecenia i wydaje się nie ograniczać roli zaleceń tylko do wykorzystywania ich dla pośredniego stosowania (czyli dla interpretacji) prawa wspólnotowego czy krajowego. Nie dziwi więc opinia, aczkolwiek przesadna, J. Klabbersa, iż z orzeczenia w sprawie *Grimaldi* wynika w zasadzie, że zalecenie jest prawnie wiążące²³:

Jeśli prawnie niewiążące postanowienia uzupełniające wiążące postanowienia muszą być wzięte pod uwagę, wynika z tego, pomimo języka artykułu 189 [obecnie art. 249 – uwaga AW], że te niewiążące postanowienia muszą dla wszelkich praktycznych celów być traktowane jako prawnie wiążące. Podobnie, wydaje się, że w sytuacjach, w których jedynymi mającymi zastosowanie postanowieniami wspólnotowymi są postanowienia mające formę zaleceń (jak w sprawie *Grimaldi*), te zalecenia muszą z powodu wszelkich intencji i celów być traktowane jako prawnie wiążące.

ETS powtórzył tezę orzeczenia w sprawie *Grimaldi* w orzeczeniu w sprawie *C-207/01 Altair Chimica SpA v ENEL Distribuzione SpA*. z 11.9.2003 r.²⁴ dotyczącej interpretacji art. 81, 82 i 85 TWE, dyrektywy 92/12 oraz zalecenia Rady 81/924 z 27.10. 1981 r. w sprawie struktur taryf opłat za energię elektryczną we Wspólnocie. Pytanie sądu krajowego dotyczyło kwestii, czy te trzy akty muszą być interpretowane jako zakazujące środków nakładających dopłaty do cen energii, gdy energia wykorzystywana jest dla procesów elektrochemicznych. ETS dokładnie przeanalizował treść zalecenia i doszedł do wniosku, że zalecenie nie dotyczy w ogóle podatków nakładanych na konsumpcję energii elektrycznej. W tych okolicznościach, zalecenie 81/924 nie może powstrzymać (does not prevent) państwa członkowskiego od nakładania dopłat, o jakie chodziło w postępowaniu²⁵. Trybunał zatem, tak jak i w poprzednich orzeczeniach, rozważał w sprawie zalecenie tak jak

²² Ibidem.

²³ J. Klabbers, op. cit., s. 1014

²⁴ Pkt 41, orzeczenie jeszcze nie opublikowane.

²⁵ Pkt 43.

inne formalne instrumenty. „Prawdziwe” zalecenie (środek, który nie ma na celu stworzenia prawnie wiążących zobowiązań) służy interpretacji zarówno prawa krajowego jak i prawa wspólnotowego.

Rozumowanie zastosowane przez ETS dla określenia skutku prawnego zaleceń ma zastosowanie także do wszelkich innych instrumentów, przyjmowanych tak przez państwa członkowskie jak i przez instytucje wspólnotowe. Przede wszystkim – nie nazwa, nie forma środka, lecz jego treść przesądza o charakterze środka. Instrument niewiązący prawnie nie jest dla prawa wspólnotowego obojętny.

Art. 249 wprowadza do prawa wspólnotowego wyraźną dychotomię, dzieli instrumenty prawa wspólnotowego na środki wiążące prawnie (twarde prawo) oraz środki niewiążące prawnie, niemniej pozostające w zakresie prawa wspólnotowego (miękkie prawo wspólnotowe) i wywołujące skutki prawne. Instrumenty wymienione w art. 249 i innych postanowieniach TWE (wymienić można chociażby umowy międzynarodowe), okazują się jednak nie być wyłącznymi instrumentami stosowanymi w prawie wspólnotowym. W różnych obszarach wspólnotowej kompetencji spotkać można wiele różnorodnych aktów nie tylko o niejasnej formie, czy różnych nazwach, ale i niejasnych skutkach prawnych, aktów pochodzących nie tylko od instytucji wspólnotowych, ale i od państw członkowskich. Mogą to być także akty wspólne i państw członkowskich i jednej lub kilku instytucji wspólnotowych, a także jak dowodzi jedno z nowszych orzeczeń ETS, nieformalne porozumienia międzynarodowe, akty o charakterze międzynarodowym, przyjmowane wraz z podmiotami trzecimi, niebędące jednak umowami międzynarodowymi.

W orzeczeniu z 23.3.2004 r. w sprawie C-233/02 *Francja v. Komisja* Trybunał potwierdził, że i WE może posługiwać się w stosunkach zewnętrznych instrumentami nie wymienionymi w Traktacie i niekoniecznie wiążącymi prawnie, może przyjąć np. Wytyczne w sprawie współpracy w dziedzinie legislacji i jawności (*Guidelines on Regulatory Cooperation and Transparency*). Wytyczne te były porozumieniem zawartym między Komisją z USA. Nie były jednak poddane ani w prawie wspólnotowym, ani w USA procedurom wymaganym przy zawieraniu umów międzynarodowych. Obie bowiem strony porozumienia traktowały je jako porozumienie nieformalne, niewiążące prawnie. Do ETS trafiła jednak skarga Francji o unieważnienie decyzji Komisji, na podstawie której porozumienie z USA zostało zawarte (strony porozumienie negocjowały i podpisały). Francja twierdziła, że Wytyczne stanowią umowę międzynarodową, a więc formalny instrument prawa wspólnotowego, do którego zastosowanie powinna mieć procedura przewidziana w art. 300 TWE.

Francja odwoływała się przy tym do treści Wytycznych i twierdziła, że stanowią umowę międzynarodową bowiem wyraźnie ustanawiają zobowiązanie stron. Pomimo szczególnego języka użytego w Wytycznych, są one zupełne i mają charakter operacyjny, wskazują wyraźnie cel, który chcą osiągnąć, zakres zastosowania, środki, które mają zostać przedsięwzięte w celu osiągnięcia planowanych celów. W rezultacie stanowią instrument prawny, który jest wystarczająco szczegółowy, aby odzwierciedlać zobowiązanie zaciągnięte przez ciała poddane prawu międzynarodowemu (podmioty prawa międzynarodowego) i który ma w stosunku do nich moc wiążącą. Francja wyraźnie nawiązała w tym miejscu do Opinii 1/75, w której ETS zajmował się m.in. koncepcją umowy międzynarodowej, wskazując, że porozumienie, o którym mowa określa regułę postępowania (*rule of conduct*) w określonej dziedzinie wskazaną precyzyjnymi postanowieniami, która jest wiążąca w stosunku do uczestników. Wśród *indicia*, które przesadzają o zakwalifikowaniu instrumentu jako umowy międzynarodowej rozważania dotyczące treści umowy muszą, zdaniem Francji, przeważać. Nie jest więc istotne, wg Francji, że Komisja uparcie twierdzi, że Wytyczne nie są umową międzynarodową, lub że druga strona jest także przeświadczona, że tak jest. Zdaniem Francji, Wytyczne ustanawiają co najmniej zobowiązanie stron do współpracy, o czym świadczy m.in. par. 18 Wytycznych, postanawiający, że ich wykonanie i postępy współpracy będą kontrolowane przez wspólne grupy robocze. W tym miejscu Francja nawiązała *implicite* do orzeczenia MTS w sprawie *Bahrain v. Katar*, sugerując że intencja stron nie może być przeważającym elementem w ocenie porozumienia, jeśli ustalono regułę postępowania (i istnieje choćby minimalne zobowiązanie).

Komisja twierdziła natomiast, że Wytyczne nie tworzą prawnie wiążącego porozumienia, co potwierdza analiza intencji stron, która stanowi „jedyną decydującą kryterium w prawie międzynarodowym dla celów ustalenia istnienia skutku wiążącego”²⁶. Intencja stron wynika jasno z tekstu, np. par. 7, w którym stwierdzono, że Wytyczne będą stosowane na ściśle „woluntarnych podstawach” (dobrowolnie) oraz fakt że działania proponowane przez strony jako nieobowiązkowe opisywane są poprzez użycie angielskich terminów *should* i *will* (łagodnie określenia, strony powinny), a nie *shall* (formuła o najbardziej zobowiązującym charakterze). Intencja wynika także ze struktury Wytycznych, tj. braku klauzul końcowych dotyczących podpisania, wejścia w życie, możliwych poprawek, wygaśnięcia czy rozwiązywania sporów, oraz

²⁶ Orzeczenie jeszcze nie opublikowane, pkt 32.

z kontekstu, tj. m.in. wcześniejszych dokumentów. Przyjęte przez strony wcześniej dokumenty tj. Transatlantyczne Partnerstwo Gospodarcze oraz Plan Działania, nie przewidują przyjęcia umowy międzynarodowej i nie tworzą żadnych innych ram dla przyjęcia traktatu lub innych prawnie wiążących instrumentów. Ponadto historia negocjacji wskazuje, że obie strony w żaden sposób nie miały zamiarów tworzenia „praw i obowiązków”. Z tego powodu Wytyczne nie były notyfikowane Kongresowi USA, co byłoby niezbędne gdyby były one umową międzynarodową. Komisja zauważyła także²⁷, że orzecznictwo ETS wskazuje, że Komisja nie ma tylko kompetencji do zawierania umów międzynarodowych, może zawierać również innego typu porozumienia²⁸, uzgodnić tak, jak w tym przypadku, z władzami amerykańskimi treść dokumentu nieformalnego. Zdaniem Komisji, Wytyczne stanowią jedynie porozumienie co do praktycznej współpracy, i pozbawione są wiążących skutków prawnych.

ETS przyjął stanowisko Komisji, iż Wytyczne nie są umową międzynarodową. Dał prymat wyraźnej intencji stron nad zobowiązaniową treścią porozumienia, potwierdził tym samym możliwość zawierania z państwami trzecimi umów niebędących umowami międzynarodowymi. Zauważyć jednak trzeba, że ETS nie przyjął poglądu Komisji o nieograniczonej jej kompetencji do zawierania nieformalnych porozumień. Trybunał podkreślił, że fakt, że środek nie jest prawnie wiążący nie wystarcza do tego, żeby nadać instytucji kompetencje do przyjęcia go. Trybunał wskazał warunki, zgodnie z którymi taki środek może być przyjęty. Podkreślił konieczność wzięcia pod uwagę podziału kompetencji i równowagi instytucjonalnej ustanowionej w Traktacie w zakresie wspólnej polityki handlowej²⁹. W przedmiotowej sprawie Trybunał „zalegalizował” Wytyczne, jak się wydaje, ponieważ przyjęte zostały we współpracy z Radą, zarówno bowiem wcześniejsze dokumenty, *Transatlantic Economic Partnership* jak i *Action Plan*, były zaaprobowane przez Radę, co jasno wynika z Memorandum Komisji z 9.4.2002 r. przesłanego przez Komisję Komitetowi Artykułu 133 (komitet COREPER-u), i komitet ten był regularnie informowany o postępie negocjacji w sprawie Wytycznych przez służby Komisji. Dalej Trybunał zauważył: „W świetle tego wyjaśnienia, intencja stron musi być co do zasady decydującym kryterium dla celów określenia czy Wytyczne są, czy nie są

²⁷ Pkt 36 orzeczenia.

²⁸ Komisja nawiązała w tym miejscu do sprawy C-327/91 *Francja v. Komisja* [1994] ECRI-3641.

²⁹ Celem Wytycznych było zredukowanie ryzyka konfliktów związanych z istnieniem technicznych barier w handlu towarami.

wiążące...³⁰. Dalej ETS uznał, że intencja stron jasno wynika z par. 7 Wytycznych, wskazującego że strony „mają zamiar stosować [je] dobrowolnie” (z własnej woli, *on a voluntary basis*) i stąd nie wdawał się już w wyjaśnienia znaczenia użycia angielskich terminów „should” lub „will” zamiast „shall. Wytyczne nie są zatem wiążącym prawnie porozumieniem i dlatego nie podlegają także art. 300 TWE. Stanowią jedynie nieformalne porozumienie i jako takie może ono funkcjonować w płaszczyźnie prawa wspólnotowego czy szerszego prawa międzynarodowego.

Instrumenty nieformalne stają się coraz częstsza praktyką stosowaną w UE. Akty te mogą nazywać się np. uchwałami, protokołami spotkania, kodeksami postępowania (*codes of conduct*), podręcznikami (*manuals*), deklaracjami³¹, wytycznymi (*guidelines*), okólnikami (*circulares*) porozumieniami międzyinstytucjonalnymi itp. Oczywiście nie wszystkie te instrumenty opierają się na porozumieniu. Kategoria ta nie jest jednolita także w tym sensie, że zawiera ona nie tylko akty niewiążące prawnie. Część aktów nieformalnych (albo nawet tylko część aktu nieformalnego) może okazać się prawnie wiążąca (zgodnie z zasadą, że nie forma, lecz treść aktu decyduje o jego charakterze i skutku). Szeroko cytowanym przykładem jest przyjęta w Sztutgardzie 19.6.1983 r. przez Radę Europejską Uroczysta Deklaracja o Unii Europejskiej, która wśród postanowień niewiążących prawnie sformułowała obowiązek (nie było go wówczas w TWE) Rady, członków Rady i Komisji udzielania odpowiedzi na pytania zadawane przez członków Parlamentu (interpelacje).

Orzecznictwo ETS wskazuje na kilka generalnych prawidłowości dotyczących środków nieformalnych.

Po pierwsze, środki nieformalne muszą „mieścić się” w zakresie Traktatu, w tym prawa przyjmowanego na podstawie Traktatu, np. rozporządzenia (na tej samej zasadzie jak „prawdziwe” zalecenia, o których mowa w orzeczeniu w sprawie *Grimaldi*). Nie mogą zmieniać Traktatu przez wprowadzanie nowych praw lub obowiązków (chyba że Traktat stanowi inaczej). Zasada, że Traktat może być zmieniony tylko zgodnie z procedurą specjalnie dla tego przewidzianą (obecnie art. 48 TUE)

³⁰ Pkt 42 orzeczenia.

³¹ Zob. np. Wspólna deklaracja w sprawie uchwalania budżetu (O.J. 1982, C 194); Wspólna deklaracja Parlamentu i Rady w sprawie praw fundamentalnych z 5.4.1977 r. (O.J. 1977 C 103), Wspólna deklaracja w sprawie rasizmu i ksenofobii z 11.6.1986 r. (O.J. 1986, C 158). W orzeczeniu w sprawie 34/86 *Rada v. Parlament* ([1986] ECR 2155) ETS odnośnie do Wspólnej deklaracji w sprawie procedury budżetowej z 1982 r. zauważył, że problemy związane z określeniem wydatków nieobowiązkowych i obowiązkowych mogą być „rozwiązane w tym kontekście” (s. 2212).

była wielokrotnie podkreślana przez ETS. Ma ona zastosowanie tym bardziej do środków nieformalnych, nie wymienionych w TWE. ETS podkreślił to w orzeczeniu w sprawie 59-75 *Manghera*³², dotyczyło ono interpretacji art. 37 ust. 1 TWE [obecnie art. 31 ust. 1] i uchwały Rady z 21.4.1970 r. dotyczącej monopoli państwowych o charakterze komercyjnym w przemyśle tytoniowym³³. Uchwała Rady nie miała formy decyzji, wyrażała osiągnięte jak się wydaje porozumienie między państwami członkowskimi co do modyfikacji zobowiązań traktatowych w stosunku do Francji i Włoch. Zgodnie z uchwałą rządu Francji i Włoch miały przedsięwziąć wszelkie niezbędne środki w celu zniesienia dyskryminacji wynikającej z istnienia monopoli państwowych o charakterze handlowym. Zniesienie wyłącznych praw dotyczących importu i sprzedaży hurtowej miało być osiągnięte najpóźniej do 1.1.1976 r. Pytanie sądu włoskiego dotyczyło kwestii, czy uchwała Rady może zmienić skutek prawny art. 37 ust. 1 TWE. Art. 37 ust. 1 postanawiał wówczas, że „Państwa członkowskie będą stopniowo przekształcały monopole państwowe o charakterze handlowym w taki sposób, by po upływie okresu przejściowego nie występowała żadna forma dyskryminacji odnośnie do warunków zaopatrzenia i zbytu pomiędzy obywatelami państw członkowskich.” ETS podkreślił, że uchwała wyraża przede wszystkim wolę polityczną Rady oraz rządów francuskiego i włoskiego, położenia kresu stanowi rzeczy sprzecznemu z art. 37 ust. 1 TWE, nie może jednak „wywoływać skutków, które mogłyby być wykorzystywane przeciwko jednostkom. W szczególności limit czasowy wskazany w uchwale nie może przeważać nad tym określonym w Traktacie”.

Podobną wymowę ma jedno z kluczowych orzeczeń Trybunału, orzeczenie w sprawie 43-75 *Defrenne*³⁴. Dnia 30.12.1961 r., na dzień przed upływem terminu wskazanego w art. 119 (obecnie art. 141) TWE, państwa członkowskie przyjęły uchwałę dotyczącą harmonizacji stawek (rates) wynagrodzenia mężczyzn i kobiet. Uchwała miała na celu określenie szczegółów związanych z pewnymi aspektami materialnej treści zasady równej płacy, ale i opóźnienie implementacji samej zasady w prawie krajowym. Zgodnie z treścią uchwały, wszelka dyskryminacja zarówno bezpośrednia jak pośrednia, miała być całkowicie wyeliminowana do 31.12.1964 r. Pomimo uchwały, niektóre państwa członkowskie nie zdołały wykonać art. 119, co odnotowała Komisja w swoim raporcie. Komisja podejmowała następnie różne działania w celu na-

³² *Pubblico Ministero v. Flavia Manghera and others* [1976] ECR 91.

³³ O.J. 1970, C 50, s. 2.

³⁴ *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena* [1976] ECR 455.

kłonięcia państw do wypełnienia ich zobowiązań, organizowała różnego rodzaju spotkania, opracowywała raporty, fakty te rekapitułuje raport z 18.7.1973 r. W raporcie tym Komisja poinformowała nawet państwa członkowskie o swoich zamiarach uruchomienia procedury przeciwko państwom członkowskim o niewywiązywanie się ze zobowiązań wspólnotowych z art. 169 TWE (obecnie art. 226). Komisja nie uruchomiła jednak skargi, natomiast przygotowała projekt dyrektywy, przyjętej później, 10.2.1975 r. jako dyrektywa 75/117 w sprawie zbliżania prawa państw członkowskich w zakresie stosowania zasady równej płacy dla mężczyzn i kobiet³⁵ Wypowiadając się w kwestii skutku uchwały państw członkowskich ETS zauważył:

Nie przesądzając możliwych skutków uchwały polegających na zachęceniu i przyspieszeniu pełnej implementacji artykułu 119, uchwała państw członkowskich z 30 grudnia 1961 r. nie była zdolna dokonać jakiegokolwiek legalnej zmiany limitu czasowego ustalonego w Traktacie (*was ineffective to make any valid modification*). Faktycznie, z wyjątkiem postanowień szczególnych, Traktat może być zmieniony tylko środkami przewidzianymi przez procedurę zmiany przeprowadzoną zgodnie z artykułem 236 [obecnie art. 48 TUE].

Dalej Trybunał konkludował, że zasada zawarta w art. 119 wywoływała po upływie okresu wskazanego w Traktacie (koniec pierwszego etapu pierwszego okresu przejściowego) wszelkie skutki prawne, w stosunku zaś do państw, które przystąpiły w tym czasie do WE skutkowałą od momentu wejścia w życie traktatu akcesyjnego, tj. od 1.1.1973 r. Zmienić tego skutku nie mogła także dyrektywa 75/117. Orzeczenie w sprawie *Defrenne* podkreśla zatem także specyfikę systemu prawnego Traktatu, wyłączenie stosowania niektórych zasad prawa międzynarodowego. W prawie międzynarodowym, o ile oczywiście strony nie ustalą inaczej, umowa może zostać zmieniona przez późniejsze porozumienie stron, przyjęte niekoniecznie w takiej samej procedurze (*actus contrarius* nie jest wymagany). Trybunał podkreślał szczególnie charakter Traktatu również wcześniej, m.in. także w orzeczeniu w sprawach połączonych 90/63 i 91/63 *Komisja v. Luksemburg i Belgia*³⁶. Sprawy dotyczyły nałożenia po 1.1.1958 r. przez Luksemburg i Belgię specjalnej opłaty z tytułu wydanych licencji importowych na niektóre produkty mleczne, a więc przyjęcia własnej organizacji rynku rolnego w tej

³⁵ O.J. L 45, s. 19.

³⁶ [1964] ECR 625

dziedzinie. Komisja uznała je za sprzeczne m.in. z art. 12 TWE (obecnie art. 25), a także z przepisami dotyczącymi organizacji rynków rolnych. Luksemburg i Belgia usprawiedliwiały swoje zachowanie (własną organizację rynku) niewykonaniem przez samą Wspólnotę obowiązków nałożonych na nią uchwałą Rady z 4.4.1962 r., która przewidywała obowiązek Rady ustanowienia organizacji rynku produktów mlecznych do 31.7.1962 r. Państwa te odwoływały się do zasady *inadimplenti non est adimplendum*. Prawo międzynarodowe pozwala bowiem stronie dotkniętej niewykonywaniem zobowiązań przez drugą stronę nie wykonywać jej własnych zobowiązań. Z zasady tej wynika zatem, że Komisja straciła prawo powoływania się na naruszenie Traktatu. ETS odrzucił możliwość zastosowania ww. zasady do prawa wspólnotowego, podkreślając, że:

Traktat nie ogranicza się do stworzenia wzajemnych zobowiązań między różnymi osobami fizycznymi i prawnymi, do których ma zastosowanie, lecz tworzy nowy porządek prawny, który reguluje kompetencje, prawa i obowiązki tychże osób, a także niezbędne procedury dochodzenia i penalizowania wszelkich naruszeń Traktatu. Stąd, z wyjątkiem gdy wyraźnie nie postanowiono inaczej, podstawowa koncepcja Traktatu wymaga, aby państwa nie brały sprawiedliwości w swoje ręce. Stąd także fakt niewykonania przez Radę jej obowiązków nie może uwolnić pozwanych od wykonania swoich.

ETS odrzucił możliwość wywoływania przez ww. uchwałę Rady skutków prawnych. Wziął przy tym pod uwagę formę uchwały i intencje autorów uchwały:

Uchwała Rady o przyjęciu decyzji na podstawie art. 43 najpóźniej do 31.7.1962 r., tak aby regulacje dotyczące produktów mlecznych mogły wejść w życie najpóźniej 1.11.1962 r., nie tworzy ograniczeń czasowych o takich samych skutkach jak te ustanowione w Traktacie. Intencja autorów środka jasno wynika z faktu, że przejęli oni go w stylu i formie, która nie jest charakterystyczna dla środków wiążących Radę w znaczeniu artykułu 189 Traktatu. Stąd Rada nie naruszyła Traktatu, gdy nie wywiązała się z terminu określonego w uchwale Rady z 4.4.1962 r.

Po drugie, porozumienia nieformalne muszą „mieścić się” w granicach kompetencji instytucji lub państw członkowskich. Autor/autorzy aktu muszą mieć kompetencję do jego przyjęcia. Potwierdziło to orzeczenie, o którym była mowa wcześniej C-233/02 *Francja v. Komisja*, w którym Trybunał odrzucił tezę o nieograniczonej kompetencji

Komisji w tym zakresie. Również wcześniejsze sprawy pozwalają na sformułowanie powyższego wniosku. Sprawa C-303/90 *Francja v. Komisja*³⁷ dotyczyła ważności *Code of Conduct*³⁸ wydanego przez Komisję. Komisja dla poparcia skutku prawnego kodeksu postępowania m.in. powoływała się na fakt, iż kodeks nie był tylko dokumentem Komisji, negocjowany był z państwami członkowskimi (Komisja powoływała się zatem na nieformalne porozumienie). ETS tego aspektu w ogóle nie wziął pod uwagę skupiając się na kompetencjach Komisji do wydania takiego aktu³⁹:

(...) co się tyczy argumentu Komisji (...) wystarczy zauważyć, bez potrzeby badania czy kwestionowany środek rzeczywiście tworzy wynegocjowany akt, że możliwość przyjęcia takiego aktu nie jest przewidziana w art. 23(1) Rozporządzenia nr 4253/88 i że stąd kwestionowany środek nie może zmienić prawnej sytuacji państw członkowskich wynikającej z tego postanowienia.

ETS unieważnił wydany przez Komisję *Code of Conduct*, ponieważ nakładał na państwa członkowskie obowiązki wychodzące poza zakres zobowiązań określonych w art. 23 Rozporządzenia nr 4253/88 dotyczącego koordynacji różnych operacji w ramach pomocy strukturalnej. Kodeks nie tylko uszczegóławiał zobowiązania państw członkowskich do udzielania informacji wynikające z art. 23, lecz ustanawiał dodatkowe obowiązki dotyczące treści informacji, która ma być dostarczona Komisji, częstotliwości i środków komunikacji, zobowiązania, które wykraczają poza zakres art. 23. ETS nie znalazł także podstawy kompetencji Komisji w wówczas art. 155 TWE (daje on Komisji tylko prawo przyjmowania zaleceń i opinii, które zgodnie z art. 189 nie mają mocy wiążącej w stosunku do adresatów), ani w art. 4 rozporządzenia 2052/80 w sprawie zadań funduszy strukturalnych, który wskazuje, że Komisja może podejmować inicjatywy i przyjmować środki implementujące w celu wsparcia operacji strukturalnych. Niemniej środki, które mogłyby ewentualnie przyjąć Komisja, mogą mieć tylko charakter uzupełniający, i być przyjęte w uzgodnieniu z państwami członkowskimi, i dotyczyć m.in. przygotowania, finansowania, monito-

³⁷ [1991] ECR I-5315.

³⁸ Dok. 90/C 200/03 *Code of Conduct* w sprawie implementacji postanowień art. 23(1) Rozporządzenia Rady nr 4253/88 dotyczący pewnych zaniedbań (*irregularities*) i organizacji systemu informacji o tych zaniedbaniach (chodzi o płatności w ramach pomocy strukturalnej).

³⁹ *Ibidem*, s. 34.

rowania ww. operacji. Można z tego wnosić, że gdyby *Code of Conduct* nie wychodził poza zakres zobowiązań określonych w art. 23 miałyby w sprawie zastosowanie⁴⁰.

Z powyższych orzeczeń wynika również, że środki niefORMALNE mogą być nie tylko przedmiotem postępowania ETS z art. 234, ale i przedmiotem skargi na nieważność (art. 230 TWE).

Akty niefORMALNE mogą nie wywoływać żadnych skutków prawnych w prawie wspólnotowym, gdy okaże się, że mają np. tylko polityczny charakter. Mogą jednak także skutkować prawnie. To, jakie skutki dany akt wywoła zależy od różnych czynników, przede wszystkim od jego charakteru i treści, intencji autorów aktu, a także kompetencji instytucji lub organu do przyjęcia takiego aktu (szerszego kontekstu aktu), co ilustrowały wcześniejsze orzeczenia.

ETS odrzucił możliwość wywoływania jakichkolwiek skutków prawnych w stosunku do stron trzecich Uchwały Rady z 8.6.1993 r. w sprawie jakości przygotowywania wspólnotowej legislacji⁴¹. Orzeczenie w sprawie C-149/96 *Portugalia v. Rada UE* z 23.11.1999 r. dotyczyło skargi Portugalii o unieważnienie decyzji Rady wyrażającej zgodę na zawarcie dwóch umów międzynarodowych – *Memoranda of Understanding* z Pakistanem i Indiami dotyczących polityki handlowej (dostęp do rynku produktów tekstylnych). Portugalia zarzucała decyzji Rady m.in. naruszenie zasady przejrzystości legislacji, poprzez np. złą strukturę, ogólnikowe i niejasne sformułowania, innymi słowy naruszenie zasad legislacji określonych w ww. uchwale. ETS ograniczył się do stwierdzenia, że uchwała nie wiąże prawnie i nie nakłada żadnych zobowiązań na instytucje wspólnotowe do przestrzegania specjalnych zasad przy redagowaniu aktów legislacyjnych⁴². Dla określenia takiego skutku uchwały istotny był fakt, że w procesie legislacyjnym nie uczestniczy sama Rada, projekt np. aktu prawnego przygotowuje Komisja. Uchwała Rady nie mogła wywoływać skutków w stosunku do innych uczestników procesu legislacyjnego.

W kilku z kolei sprawach ETS nie miał wątpliwości, co do obowiązkowego charakteru zasad ustalonych w związku z rozszerzeniem przez państwa członkowskie Wyłącznej Strefy Ekonomicznej do 200 mil morskich, w Aneksie VI do tzw. Uchwały haskiej Rady przyjętej 30.10. i 3.11.1976 r. (uchwała była później potwierdzona). Zgodnie z Aneksem,

⁴⁰ J. Klabbers (op. cit., s. 1012) słusznie zauważa, że moc prawna takiego *Code of Conduct* mogłaby wynikać z art. 23, na takiej samej zasadzie jak porozumienia wykonawcze w prawie międzynarodowym czerpią swoją moc z umowy głównej.

⁴¹ O.J. 1993, C 166/1.

⁴² [1999] ECR I-8395, pkt 55 i 56.

do czasu przyjęcia środka wspólnotowego, państwa członkowskie mogą stosować rozwiązania tymczasowe w celu ochrony morskich zasobów żywych, pod warunkiem jednak, że środek skonsultują z Komisją i uzyskają jej zgodę. Aneks był między innymi przedmiotem orzeczenia ETS w sprawie skargi Francji przeciwko Wielkiej Brytanii w sprawie 141/78⁴³. Zdaniem Francji, prawo brytyjskie, przyjęte w obszarze, w którym WE ma wyłączne kompetencje (ochrona żywych zasobów morskich), narusza wymogi ustalone w Aneksie VI. ETS uznał zarzuty Francji, zauważył także, że Komisja słusznie podniosła, że Uchwała, w tym szczególnym obszarze, do którego się odnosi, uszczegóławia obowiązek współpracy, określony w art. 5 TWE, spoczywający na państwach członkowskich od momentu ich przystąpienia do TWE. Wykonywanie tych obowiązków jest szczególnie istotne, gdy z powodu różnicy poglądów, nie jest możliwe przyjęcie wspólnej polityki w danej kwestii. W konkluzji ETS stwierdził, że nie notyfikując uprzednio środka krajowego innym państwom członkowskim i Komisji, i nie starając się o uzyskanie zgody Komisji Wlk Brytania naruszyła obowiązek wynikający z art. 5 TWE (obecnie art. 10), Aneks VI do Uchwały haskiej oraz art. 2 i 3 rozporządzenia 101/76⁴⁴. ETS zastosował Aneks tak jakby był wiążącym dokumentem. Ponieważ jednak orzeczenie nie zawiera żadnej szerszej wypowiedzi na ten temat, trudno jest stwierdzić z całą pewnością czy skutek Aneksu wynika z późniejszego potwierdzenia Aneksu (porozumienia między państwami), czy z faktu, iż uściśla działanie art. 5 TWE (z jego związku z podstawową zasadą Traktatu). Niemniej nie ulega wątpliwości, że naruszenie Aneksu zostało wyraźnie wymienione przez ETS. Charakterystyczne są jednak stwierdzenia ETS w innych orzeczeniach, że konkretne środki nieformalne nie mają niezależnego skutku prawnego, ich skutek wynika niejako z postanowienia Traktatu lub innego aktu wspólnotowego. W sprawie *Deufil* ETS uwzględniał Kodeks regulujący pomoc w dziedzinie włókien syntetycznych i produkcji i wyraźnie wymieniał go wśród „mających zastosowanie reguł prawnych”⁴⁵, zauważył jednak że Kodeks nie wywołuje niezależnych skutków prawnych, „nie narusza postanowień artykułów 92 i 93 Traktatu, i nie może ich naruszyć”⁴⁶.

Podobny rodzaj rozumowania oddaje orzeczenie ETS w sprawie C-311/94 *IJssel-Vliet Combinatie* (orzeczenie z 15.10.1996 r.⁴⁷). Sprawa

⁴³ [1979] ECR 2923 orzeczenie z 4.10.1979 r.

⁴⁴ Ibidem, pkt 12.

⁴⁵ C 310/85 *Deufil GmbH & KG v. Komisja* (postanowienie) [1996] ECR 540.

⁴⁶ C 310/85 *Deufil GmbH & KG v. Komisja* (orzeczenie) [1987] ECR 927.

⁴⁷ C-311/94 *IJssel-Vliet Combinatie BV. v. Minister van Economische Zaken* [1996] ECR I-5023.

dotyczyła odmowy udzielenia pomocy państwa przedsiębiorstwu IJssel-Vliet Combinatie zajmującemu się budową statków rybackich przez holenderskiego ministra ds. gospodarki, m.in. w oparciu o zasady ustalone przez Komisję w Wytycznych dla przeglądu pomocy państwa w sektorze rybołówczym⁴⁸. Kwestie pomocy państwa w sektorze rybołówczym regulowało rozporządzenie oraz dyrektywa WE. ETS odpowiadał po pierwsze, na pytanie, czy Komisja miała kompetencję do przyjęcia w celu wykonania rozporządzenia i dyrektywy, Wytycznych, po drugie, czy Wytyczne owe wiążą państwa członkowskie. ETS wywiódł kompetencję Komisji z generalnych postanowień TWE. Zauważył, że dyrektywa dotyczyła pomocy, „która może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem”. Ponieważ jednak pomoc dla przemysłu stocznioowego nie jest koniecznie kompatybilna ze wspólnym rynkiem, tylko dlatego że spełnia wymogi określone w dyrektywie, Komisja musi oceniać zgodnie z art. 93 ust. 3 [obecnie art. 88 ust. 3] TWE czy wszystkie warunki wymagane przez wspólny rynek, także dotyczące efektywności wspólnej polityki połowowej, są spełnione. Dlatego wykonując swoje uprawnienia przewidziane w art. 92 i 93 TWE, Komisja nawet jeśli Rada wyraziła jej do tego nie upoważniła, przyjąć może wskazówki dla oceny pomocy krajowej w sektorze rybołówczym, która wymaga zgodności nie tylko z polityką konkurencji, lecz także ze wspólną polityką połowową.

Odpowiadając na drugie pytanie, Trybunał wziął pod uwagę, że wraz z wydaniem Wytycznych Komisja zaproponowała państwom członkowskim, zgodnie z art. 93 ust. 1 TWE, aby stosowały one kryteria określone w Wytycznych także do pomocy już istniejącej. Propozycja ta została notyfikowana Holandii listem z 30.11.1988 r. W liście tym Komisja zwróciła się do rządu Holandii o potwierdzenie, że kryteria określone w Wytycznych będą stosowane dla wszelkiej pomocy publicznej w sektorze rybołówczym. Listem z 31.1.1989 r., rząd Holandii potwierdził, że pomoc, o którą chodzi jest zgodna ze wskazówkami. Trybunał nie rozważał jednak, czy w ten sposób nie doszło do zawarcia umowy międzynarodowej w formie uproszczonej między WE (Komisją) a Holandią, choć taka konkluzja byłaby możliwa. Oparł się raczej na obowiązku państwa członkowskiego współpracy z Komisją. Wywiódł zatem zobowiązanie państwa z Traktatu:

Przewidując, że Komisja we współpracy z państwami członkowskimi przeprowadza stały przegląd systemów pomocy istniejących w tych pań-

⁴⁸ *Guidelines for the examination of State aids in the fisheries sector* (88/C 313/09) (O.J. 1988 C 313/21).

stwach i proponuje im podjęcie właściwych środków niezbędnych do stopniowego rozwoju lub sprawnego działania wspólnego rynku, art. 93 ust. 1 [obecnie art. 88 ust. 1] zawiera w sobie także (implikuje) zobowiązanie regularnej, periodycznej współpracy między Komisją i państwami członkowskimi, od którego ani Komisja ani państwa członkowskie nie mogą się jednostronnie uwolnić. W szczególności, państwo członkowskie, podlegające takiemu obowiązkowi współpracy, które zaakceptowało zasady określone w Wytycznych dla oceny pomocy krajowej w sektorze połowowym musi je stosować. Podstawę prawną Wytycznych stanowi art. 93 ust. 1 TWE i są one w ten sposób elementem obowiązku regularnej, periodycznej współpracy, od którego ani Komisja ani państwo członkowskie nie mogą się uwolnić.

Tak więc ETS wydaje się nie mieć wątpliwości co do, w istocie wiążącego, skutku Wytycznych w stosunku do państwa członkowskiego.

Inny problem stanowią skutki wynikające z aktów nieformalnych w stosunku do osób prawa prywatnego. Niektóre akty mogą przecież dotyczyć ich zachowania. Typowym przykładem wydaje się być Obwieszczenie Komisji, które zachęca podmioty prywatne do ujawniania umów niezgodnych z prawem konkurencji oferując im system łagodzenia kar, o którym była mowa wcześniej. W orzeczeniu z 20.3.2002 r. T-31/99 *ABB Asea Brown Boveri Ltd v. Komisja*⁴⁹, Sąd Pierwszej Instancji zajmował się Obwieszczeniem Komisji z 1996 r. (*leniency notice*) i potwierdził, że Komisja była zobowiązana „w celu ochrony uprawnionego oczekiwania, które przedsiębiorcy mogą wywodzić z tego obwieszczenia, ocenić współpracę każdego z przedsiębiorstw stosując kryteria określone w tym obwieszczeniu”⁵⁰. Zakres obowiązku Komisji SPI ustalił na podstawie treści Obwieszczenia i stwierdził, że z tego obwieszczenia skarżący nie może jednak wywodzić uprawnionego oczekiwania „w odniesieniu do kalkulacji grzywny innej niż ocena jego współpracy w trakcie procedury administracyjnej. Obwieszczenie to jasno wskazuje, że Komisja, oceniając redukcję, z której może skorzystać współpracujące z nią przedsiębiorstwo w porównaniu do grzywny, która byłaby nałożona gdyby ono nie współpracowało, w żaden sposób nie pozbawia się swojego dyskrecjonalnego uprawnienia na podstawie artykułu 15(2) Rozporządzenia nr 17. W tym względzie, Komisja w obwieszczeniu w sprawie łagodnego traktowania (*leniency notice*) oświadczyła, że współpraca przedsiębiorstwa jest tylko jednym z kilku czynników, które Komisja bierze pod uwagę określając wysokość grzywny (sekcja A(5)).”

⁴⁹ [2002] ECR II-1881.

⁵⁰ Ibidem, pkt. 126.

Skutek prawny aktu niefORMALnego może zatem wynikać z innych zasad prawa, jak np. zasada ochrony uprawnionego oczekiwania⁵¹, czy zasada pewności prawa⁵².

3. STANOWISKO DOKTRYNY WOBEC NIEFORMALNYCH POROZUMIEŃ PRAWA WE

Doktryna próbuje w różny sposób wyjaśniać zjawisko aktów niefORMALnych. Przytoczymy tylko najbardziej charakterystyczne poglądy. Borchardt i Wellens odwołują się np. do konstrukcji znanej w prawie międzynarodowym – *soft law*, tzw. miękkiego prawa, budując w związku z tym skomplikowaną konstrukcję wspólnotowego *soft law*. Środki *soft law* są to, ich zdaniem, niewiążące prawnie reguły zachowania (w sensie ich wykonalności i sankcjonowalności⁵³), które zgodnie z intencją ich autorów, wywołują skutki prawne. Skutki te mogą być określone tylko w zasadzie w konkretnym przypadku, tj. w odniesieniu do konkretnego aktu. Środki te są zamierzone (celowe) i wpływają, zgodnie z tą intencją (poprzez wspólnotowy porządek prawny) na zachowanie państw członkowskich, instytucji, przedsiębiorstw i jednostek, aczkolwiek nie tworzą jakichkolwiek praw i obowiązków⁵⁴. Autorzy ci nie wykluczają, że środek, w pewnych okolicznościach może zmienić swój charakter i stać się *hard law*⁵⁵. Przy badaniu charakteru każdego środka punktem wyjścia powinno być założenie jego mocy wiążącej. Domniemanie to jest wzruszalne i może je obalić dowód przeciwny. W ten

⁵¹ Zob. sprawa 81/72 *Komisja v. Rada* [1973] ECR 575, w której ETS rozważał, czy Rada może związać się decyzją z 21.3.1972 r. dotyczącą wynagrodzeń, gdy w Traktacie brak jest odpowiedniej podstawy prawnej. ETS odwołał się do treści, prac przygotowawczych decyzji, wskazując intencje Rady do związania się decyzją. ETS podkreślił, że skutek wiążący tej decyzji wynika także z zasady ochrony zaufania pracowników do pracodawcy (*rule of protection of confidence*). ETS wyraźnie wskazał: decyzja „wiąże” Radę. Akt może wiązać na tej zasadzie w zależności jednak od intencji autorów aktu i ich kompetencji do przyjęcia takiego aktu. Por. K. C. Wellens, G. M. Borchardt, op. cit., s. 308.

⁵² Zob. K. C. Wellens, G. M. Borchardt, op. cit., s. 304 i n. Zasada pewności prawa może wykluczać skutek aktu nieogłoszonego oficjalnie w stosunku do jednostki. Na tej zasadzie ETS odrzuca skutek jednostronnych deklaracji składanych do protokołu w związku z przyjmowaniem prawa wtórnego, nie mogą one wpływać na obiektywne znaczenie postanowień prawa wspólnotowego.

⁵³ Cytowani autorzy używają określeń „enforceable and sanctionable”.

⁵⁴ Ibidem, s. 285.

⁵⁵ Ibidem, s. 291. Jeśli Trybunał zastosuje środek jako *ratio decidendi* nie powinno w zasadzie być wątpliwości, że jest środkiem wiążącym prawnie (s. 290).

sposób intencja jest ważnym elementem określającym istotę środka⁵⁶. Od środków soft law Wellens i Borchardt odróżniają także akty polityczne, o *soft law* można mówić tylko w odniesieniu do „instrumentu mającego wymiar prawny (*legal scope*), tj. poprzez który tworzone, modyfikowane lub odwoływane są prawne zobowiązania (*legal commitments*), i to w stosunkach wzajemnych jak i w stosunku do stron trzecich. We wszystkich innych przypadkach mamy do czynienia z ‘podzielanymi oczekiwaniami sformułowanymi w poza-prawnej formie – pozaprawnymi zobowiązaniami’⁵⁷. Wpływ prawa WE na *soft law* (skutki prawne) jest zależny od stopnia powiązania owych aktów ze WE i jej celami. Intensywność związku ze WE zależy od tego kto jest autorem aktu, związku treści aktu z celami lub postanowieniami TWE, i formy aktu⁵⁸. Forma jest tylko pierwszą wskazówką czy strony miały zamiar nadać aktowi moc prawnie wiążącą.

Podejście Borcharda i Wellensa, użyteczność koncepcji *soft law*, krytykuje Klabbers, uważając, że jest ono zbyt teoretyczne, i wymaga kolejnej definicji chociażby pojęcia „*legal scope*” – wymiaru (zakresu) prawnego środka. Różnice między wspólnotowym *soft i hard law*, jego zdaniem, Wellens i Borchardt, sprowadzają do stopniowania siły normy, lub inaczej jej normatywnego znaczenia. *Hard law* tworzy zobowiązania (*obligations*), *soft law* – zaledwie *commitments*, a więc słabsze zobowiązania, lub jeszcze mniej wiążące „oczekiwania”⁵⁹. Klabbers zwraca uwagę, że zobowiązania *hard law* też mogą tworzyć oczekiwania i także mogą być uważane za *commitment* (innymi słowy, zobowiązania prawne także mogą być i mocne i słabe), a teza Wellensa i Borcharda, że *soft law* nie jest w odróżnieniu od *hard law* – *enforceable* i *sanctionable* – wymagalne i sankcjonowalne, przeczy w istocie istnieniu prawa międzynarodowego jako prawa. Instrumenty bowiem prawa międzynarodowego (źródła prawa) bardzo często nie są „wymagalne i sankcjonowalne”, w prawie międzynarodowym brakuje bowiem zorganizowanego aparatu przymusu czy obligatoryjnej kompetencji sądów międzynarodowych. Co więcej, ETS wcale nie opiera się na rozróżnieniu wspólnotowego *soft czy hard law*.

Klabbers krytykuje także wspólnotowe wyjaśnienie zjawiska aktów nieformalnych, m.in. Everlinga. Everling sugeruje, że proces inte-

⁵⁶ Ibidem, s. 297.

⁵⁷ Ibidem s. 281, cytat z M. Virally, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique*, „Annuaire de l’Institut de Droit International”, Session de Cambridge, Paris 1983, vol. 60-I, s. 336, par. 28.

⁵⁸ Ibidem, s. 298.

⁵⁹ Klabbers, op. cit., s. 998–999.

gracji i realizacja celów wspólnotowych, wymagają stosowania środków nieformalnych, porozumienia nieformalne mogą nabywać skuteczność prawną przy pomocy *Gemeinschaftstreue*, zasady lojalności czy wierności Wspólnocie, określonej w art. 5 (obecnie art. 10) TWE⁶⁰. Klabbers dość niejasno, i stąd mało przekonująco uzasadniając, wyjaśnienie to odrzuca. Wskazuje, iż w zasadzie brak jest teorii europejskiej integracji, a instrumenty, które początkowo oceniane były jako szkodliwe dla integracji, jak np. Kompromis luksemburski, okazywały się wielce pozytywne⁶¹.

W rezultacie Klabbers oferuje wyjaśnienie oparte na koncepcji umowy międzynarodowej. Twierdzi, że do prawa wspólnotowego można i powinno się stosować prawo międzynarodowe, gdy prawo wspólnotowe nie ustanawia własnych zasad np. interpretacji norm⁶² itp (autorka zgadza się w tym miejscu z Klabbersem). Dlaczego nie stosować prawa międzynarodowego do porozumienia ministrów spraw zagranicznych państw członkowskich? Jeśli ani prawo wspólnotowe, ani prawo krajowe nie ma zastosowania, to musi przecież istnieć domniemanie, że instrument, o który chodzi wchodzi w zakres prawa międzynarodowego. Klabbers wychodzi zatem od definicji umowy międzynarodowej. Umowa musi spełniać trzy wymogi: musi mieć pisemną formę, musi być zawarta przez upoważnionych do działania przedstawicieli podmiotów prawa międzynarodowego i musi być rządzona prawem międzynarodowym. Nieformalne porozumienia to te, które mogą rodzić wątpliwości co do spełnienia jednego lub kilku z tych wymogów. Ale nieformalne porozumienia nie oznaczają koniecznie porozumień niewiążących prawnie⁶³. Z orzecznictwa ETS wynika, że Trybunał przedkładał zawsze treść nad formę porozumienia, porozumienia uznawał za wiążące bez względu na formę, jaką przybierały. Klabbers konklu-

⁶⁰ U. Everling, *Zur rechtlichen Wirkung von Beschlüssen, Entschliessungen, Erklärungen und Vereinbarungen des Rates oder der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft* [w:] Lüke i inni (red.), *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration: Gedächtnisschrift für Leontin-Jean Constantinesco*, Cologne 1983, s. 151–152.

⁶¹ J. Klabbers, op. cit., s. 1016–1017.

⁶² Ibidem, s. 1000 i n., jest przy tym oczywiste, że w zakresie, w jakim prawo WE ustanawia własne zasady, np. dotyczące interpretacji umów, nie mają zastosowania normy powszechnego prawa międzynarodowego. Podobnie E. Stein, *Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution*, AJIL 1981, nr 75, s. 8; P. Pescatore, *International law and Community law – a comparative analysis*, CMLR 1970, nr 7, s. 176.

⁶³ Zob. Ibidem przypis 22. Dla niektórych autorów nieformalny jest synonimem niewiążący prawnie, por. A. Aust, *The theory and practice of informal international instrument*, ICLQ 1986, nr 35, s. 787.

duje, że ETS przyjmuje w praktyce domniemanie, że porozumienie osiągnięte między państwami członkowskimi, między państwami członkowskimi i jedną z instytucji lub porozumienie osiągnięte między instytucjami jest zawierane z zamiarem wywoływania skutków prawnych (dowód przeciwnej intencji może to domniemanie obalić)⁶⁴, Klabbers niejako sugeruje, że ETS wychodzi z koncepcji porozumienia międzynarodowego. Klabbers nie skupia się zatem na *soft law*, nie ocenia i nie analizuje stopnia normatywności aktu, stara się raczej dowieść, że wspólnotowy porządek prawny posługuje się w istocie także umowami w formie uproszczonej (nieformalnymi, wiążącymi porozumieniami).

Teza Klabbersa ma zalety, ale pomijając sam termin *soft-law* wcale nie odbiega zbyt daleko od koncepcji Wellensa i Borchardta. Autorzy ci wydają się wywodzić skutki niektórych aktów nieformalnych z zasad prawa wspólnotowego, obowiązku szczerzej współpracy określonego w art. 5 (obecnie art. 10) TWE, zasady pewności prawa i zasady ochrony uprawnionego oczekiwania (z bliskości środka w stosunku do Traktatu). Nie wykluczają przy tym, że niektóre akty mogą okazać się prawnie wiążącymi. Wyjaśnienie skutku aktu wiążącego prawnie w oparciu o obecny art. 10 opiera się w zasadzie na tautologii, art. 10 jest przecież sam w sobie odzwierciedleniem zasady *pacta sunt servanda*. To z zasady *pacta sunt servanda* (a więc z faktu związania Traktatem) wynika obowiązek szczerzej współpracy, a z obowiązku wynikać ma skutek prawny, często „zbliżony” do wiążącego prawnie. Teza Klabbersa jest nieco inna – środek ma charakter wiążący, jeśli prawo wspólnotowe nie wyklucza takiego środka (dopuszcza kompetencję) i takie są intencje autorów środka – dlatego, że jest po prostu umową międzynarodową, ale w podtekście – umową wykonawczą w stosunku do umowy głównej. Skutek prawny takiej umowy wynika, jak można to uprościć, bezpośrednio z zasady *pacta sunt servanda*. Słabością tezy, że porozumienia nieformalne są umowami międzynarodowymi jest to, że przeczy jej praktyka. Otóż w praktyce nawet jeśli Komisja negocjuje Kodeks postępowania w jakiejś dziedzinie z państwami członkowskimi nie stosuje procedur określonych w art. 300 TWE, nie szuka formalnego upoważnienia Rady, Rada nie wydaje w tej sprawie decyzji (choć może być przez Komisję na bieżąco informowana i śledzić negocjacje). Art. 300 dotyczy zarówno umów zawieranych przez Radę, jak i przez Komisję, a więc w takim samym stopniu umów solennych jak i zawieranych w formie uproszczonej. Ale wartość tego argumentu ma charakter ograniczony, ponieważ art. 300 ma tylko zastosowanie do umów WE zawieranych

⁶⁴ Ibidem, s. 1023.

z państwami trzecimi, nie dotyczy umów (nieformalnych, czy uproszczonych) zawieranych z państwami członkowskimi, między państwami członkowskimi czy między instytucjami wspólnotowymi. Trzeba zauważyć, że i państwa członkowskie wypowiadając się na forum wspólnotowym w sprawie swojego stanowiska, składając oświadczenia, często nie stosują w prawie krajowym trybu przewidzianego dla umów międzynarodowych. Z punktu widzenia organu krajowego jest często jasne, że nie zawiera on żadnej formalnej umowy międzynarodowej. Nie wyklucza to jednak, że zawarte porozumienie w płaszczyźnie prawa międzynarodowego czy wspólnotowego może okazać się porozumieniem wiążącym. Świadczy to raczej o pewnym niedostosowaniu formalnoprawnym, niedostosowaniu procedur do wymogów działania w sposób uproszczony. Oczywiście, jeśli strony porozumienia uważają zgodnie, że porozumienie nie jest umową międzynarodową trudno jest temu logicznie zaprzeczać. Z drugiej strony, jeśli porozumienie okazuje się prawnie wiążące trudno twierdzić, że nie jest umową międzynarodową, chyba że przyjmuje się, że istnieje jakaś odmienna kategoria aktów prawnych – porozumień o różnym stopniu normatywności, regulowanych prawem wspólnotowym (traktujemy prawo wspólnotowe jako część systemu prawa międzynarodowego).

W istocie więc faktem jest istnienie w prawie wspólnotowym, opartych na Traktacie (w szerokim znaczeniu, także np. na rozporządzeniu WE), nieformalnych porozumień, aktów uzgodnionych (na które strony się zgodziły). Obie koncepcje, a także orzecznictwo ETS owo „oparcie” na Traktacie wskazują i uwypuklają. Co więcej czyniąc to, jak się wydaje, na podobnych przesłankach. Nie ma bowiem zbyt dużej różnicy w twierdzeniu, że porozumienia nieformalne „umocowane” są w art. 10 TWE (zasada ta wymaga zgodności z Traktatem porozumień), podmiot je zawierający musi działać w granicach swoich kompetencji, porozumienie nie może „wykroczyć” poza Traktat itp., oraz twierdzeniu, że porozumienia wykonawcze w prawie międzynarodowym czerpią swoją moc z umowy głównej. Sam Klabbers określa je mianem umów administracyjnych, a termin taki może także oznaczać porozumienia niekoniecznie stanowiące umowy międzynarodowe⁶⁵. Porozumienia wykonawcze, czego dowodzi praktyka, nie muszą być formalnymi umowami międzynarodowymi. Akty te mogą jednak wywoływać określone skutki prawne, niekoniecznie rodząc prawa i obowiązki prawne (w odróżnieniu od np. politycznych). Problem powstaje, gdy porozumienia tworzą „silne” zobowiązania (koncepcja względnej czy różnej norma-

⁶⁵ Ibidem, s. 1012.

tywności środka dobrze oddaje zjawisko), gdy są w pewnych przypadkach w istocie umowami międzynarodowymi. Nic dziwnego, że autorzy na ogół postulują dużą ostrożność w posługiwaniu się środkami *soft law*. Wellens i Borchardt np. choć usprawiedliwiają posługiwanie się nimi potrzebami integracji, dla wspomagania procesu integracyjnego, uważają, że z uwagi na słabą ochronę prawną jednostek konieczna jest ostrożność w stosowaniu tych środków⁶⁶.

Projekt traktatu ustanawiającego konstytucję dla Europy wydaje się dostrzegać przynajmniej niektóre negatywne strony zjawiska, o którym mowa. Jako pewien rodzaj ostrzeżenia i próbę ograniczenia stosowania środków nieformalnych odczytać można art. 32 ust. 2 projektu. Art. 32 ust. 2 projektu stwierdza, że Parlament Europejski i Rada „rozważając projekty aktów legislacyjnych, powstrzymują się od przyjmowania w danej dziedzinie aktów nie wymienionych w niniejszym przepisie”. Pomijając wielce niejasny język przepisu, dotyczy on tylko działań Parlamentu i Rady w procedurze legislacyjnej, nie dotyczy natomiast np. Komisji czy państw członkowskich.

Generalnie projekt zmierza do uporządkowania i ujednoczenia źródeł prawa, zmienia w tym celu typologię aktów prawa UE, znikają rozporządzenia, dyrektywy itp. Na ich miejsce pojawiają się nie tylko nowe akty, ale i nowy podział aktów prawnych: akty ustawodawcze i wykonawcze, czy inaczej implementacyjne. Aktem implementacyjnym o charakterze prawnie wiążącym może być w zasadzie tylko rozporządzenie europejskie i decyzja europejska. Jako niewiążące akty projekt wymienia nadal, tj. tak jak czynił to Traktat rzymski z 1957 r., tylko zalecenia i opinie. Nie świadczy to o zupełnym wyeliminowaniu nieformalnych instrumentów z prawa UE⁶⁷, raczej o niemożności „zmierzenia się” w jasnej formule prawnej z tak różnorodnym zjawiskiem.

⁶⁶ Op. cit., s. 321.

⁶⁷ Od pewnego czasu mówi się wyraźnie, iż niewiążące środki nieformalne powinny dominować np. w polityce socjalnej, nowa metoda zarządzania została nawet nazwana otwartą metodą koordynacji (*Open Method of Coordination*, dalej OMC). OMC zakłada posługiwanie się środkami pozaprawnymi, niewiążącymi prawnie, a nawet politycznymi. Państwa członkowskie zwykle nie mają obowiązku działania, nie ma sankcji za niezastosowanie się do przyjętych środków, np. wytycznych polityki. Rada Europejska przyjęła OMC oficjalnie w Lizbonie (tzw. proces lizboński). OMC dotyczy dziedzin wskazanych w części III rozdziału V projektu traktatu konstytucyjnego: „Obszary, w których Unia może podejmować działania koordynacyjne, uzupełniające lub wspierające”. Akty prawne wskazywane w projekcie w tych dziedzinach to jednak tylko ustawy europejskie lub europejskie ustawy ramowe (obecnie rozporządzenia i dyrektywy), a także zalecenia. Konstytucja pomija milczeniem problem wykonania środkami niewiążącymi prawnie. Zob. np. D. M. Trubek, L. G. Trubek, *Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe, paper prepared for the Workshop “Opening of the*

4. PRAWO KRAJOWE WOBEC ŚRODKÓW NIEFORMALNYCH

Porozumienia niefORMALNE rodzą także problemy na gruncie prawa krajowego. Powstają fundamentalne pytania, jakim procedurom mają być poddane lub w jaki sposób mają być wykonywane. Czy podlegają procedurom przewidywanym dla zawierania umów międzynarodowych? Które z nich są umowami międzynarodowymi, a które nie są? Powróćmy do przywołanego na wstępie Obwieszczenia Komisji w sprawie współpracy w ramach Sieci Organów ds. Ochrony Konkurencji. Wymagało ono, jak pamiętamy, złożenia przez organ krajowy ds. ochrony konkurencji, w przypadku Polski – Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) – oświadczenia potwierdzającego przestrzeganie zasad, o których mowa w Obwieszczeniu.

Po pierwsze, pojawia się pytanie czy konkretny organ krajowy miałby kompetencję do złożenia takiego oświadczenia. Odpowiedź na takie pytanie będzie zależała, jak się wydaje, od szczegółowej treści oświadczenia. Jeśli oświadczenie wymaga np. przyjęcia ustawy wykonawczej, organ, który nie ma inicjatywy ustawodawczej nie mógłby samodzielnie zobowiązywać się do wykonania takich zobowiązań. Zgodnie z art. 24 ustawy z 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2000 r., Nr 122, poz. 1319) Prezes Urzędu jest centralnym organem administracji rządowej właściwym w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów. Przepis zaś art. 26 stwierdza, że do zakresu działania Prezesa Urzędu należy:

- „7) współpraca z zagranicznymi i międzynarodowymi organizacjami i organami w zakresie ochrony konkurencji,
- 8) opracowywanie i przedkładanie Radzie Ministrów projektów aktów prawnych dotyczących praktyk ograniczających konkurencję, rozwoju konkurencji lub warunków jej powstawania, a także ochrony interesów konsumentów (...),
- 19) realizacja zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie współpracy i wymiany informacji w sprawach ochrony konkurencji i pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom (...).”

Open Method of Coordination”, European University Institute, Florence 2003; H. C. H. Hofmann, *A Critical Analysis of the new Typology of Acts in the Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe*, „European Integration online Papers” (EIoP) 2003, vol. 7, nr 9 z 30.9.2003 r.

Zgodnie z art. 6 Ustawy o umowach międzynarodowych⁶⁸ Prezes UOKiK, mógłby być nawet organem zawierającym, z upoważnienia Rady Ministrów, umowę międzynarodową⁶⁹. Tym bardziej, Prezes UOKiK, w granicach swojej kompetencji (art. 26 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.), w celu realizacji zobowiązań międzynarodowych Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie współpracy i wymiany informacji w sprawach ochrony konkurencji i pomocy publicznej udzielanej przedsiębiorcom – mógłby złożyć oświadczenie tworzące np. porozumienie nieformalne. Ustawa o umowach międzynarodowych nie stosuje się do nieformalnych porozumień, skoro nie mają to być porozumienia regulowane prawem międzynarodowym (tzn. np. rodzące odpowiedzialność międzynarodową państwa, do których miałyby mieć zastosowanie Konwencja wiedeńska o prawie traktatów z 1969 r., czy zwyczajowe prawo traktatów)⁷⁰. Wydaje się jednak, że działanie w tym obszarze Prezesa UOKiK, jak i każdego innego organu państwa, dokonywane powinno być pod kontrolą Rady Ministrów, w niektórych przypadkach wręcz za zgodą Rady Ministrów⁷¹ (na zasadzie analogii do zasady odzwierciedlonej w ustawie o umowach międzynarodowych), chociażby dlatego, że zgodnie z art. 146 ust. 4 pkt 9 Konstytucji, Rada Ministrów sprawuje ogólne kierownictwo w dziedzinie stosunków z innymi państwami i organizacjami międzynarodowymi. W Polsce wykształciła się, jak się wydaje, dobra praktyka konsultowania projektów porozumień nieformalnych z zainteresowanymi ministrami, a co najmniej z ministrem spraw zagranicznych (na różnych etapach, projekt lub końcowy dokument). Nie można wykluczyć, że w pewnych przypadkach złożenie

⁶⁸ Dz. U. 2000, Nr 39, poz. 443.

⁶⁹ Na podstawie art. 146 ust. 4 pkt 10 Konstytucji RP, umowy międzynarodowe zawiera Rada Ministrów. Z Konstytucji i z ustawy o umowach międzynarodowych z 2000 r. jasno wynika, że zawieranie nie oznacza ostatecznego wyrażenia zgody na związanie się umową. Terminy te definiuje art. 2 ustawy. Rada Ministrów zatwierdza także umowy nie podlegające ratyfikacji (wyrażając w tym przypadku zgodę na związanie RP umową). Nie wnikając w te kwestie, trzeba zauważyć, że kompetencja Rady Ministrów nie oznacza prowadzenia przez samą Radę negocjacji, ani nawet przyjęcia czy podpisania tekstu. Te czynności dokonywane są z upoważnienia Rady Ministrów przez ministra kierującego działem administracji rządowej właściwego do spraw, których dotyczy umowa międzynarodowa. Przepisy ustawy o umowach międzynarodowych odnoszące się do ministra stosuje się odpowiednio do kierownika centralnego organu administracji rządowej (art. 4 ustawy).

⁷⁰ Definicja umowy międzynarodowej zawarta w art. 2 pkt. 1 ustawy o umowach odpowiada w zasadzie definicji umowy zawartej w Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r.

⁷¹ Wyrażoną np. w formie uchwały lub zapisu do protokołu z obrad Rady Ministrów.

oświadczenia takiego typu, o którym mowa, poprzedzać będzie zgoda Rady Ministrów. Ponieważ nie ma w tej materii jasnych reguł, wiele zależeć będzie od organu bezpośrednio zainteresowanego.

Niezależnie od tego, czy porozumienie jest umową międzynarodową, czy nie wiąże prawnie, powinno być, na zasadzie dobrej wiary, wykonywane. W prawie krajowym muszą istnieć środki prawne, przy pomocy których można wykonać to do czego zobowiązuje porozumienie/oświadczenie. Wykonanie zobowiązania, niezależnie od tego, czy jest zobowiązaniem wiążącym prawnie, czy zobowiązaniem moralnym, politycznym, opartym na dobrej wierze (*soft-law*) może polegać również na wprowadzeniu w tym celu do prawa krajowego odpowiednich przepisów. W znacznej części Obwieszczenie, które analizujemy, wyjaśnia zasady określone w Rozporządzeniu nr 1/2003⁷², zawiera treści neutralne z punktu widzenia prawa krajowego, nie stanowi odstępstw od zasad ustalonych w Rozporządzeniu nr 1/2003⁷³. Problemy pojawiają

⁷² Z art. 12 ust. 1 Rozporządzenia nr 1/2003 wynika wprost dla organów krajowych (tj. bez potrzeby przenoszenia tych rozwiązań do prawa krajowego): 1) prawo przekazywania informacji Komisji lub organom ds. ochrony konkurencji państw członkowskich, 2) prawo do wykorzystywania jako dowodu informacji otrzymanych zarówno od Komisji jak i innych państw członkowskich, w tym także poufnych. Prawo wykorzystania informacji jest obwarowane warunkami określonymi w art. 12 (stanowią one gwarancje dla przedsiębiorstw i osób fizycznych). Ograniczenia te mogą wynikać także z innych przepisów Rozporządzenia. Zgodnie z art. 12 ust. 2, wymienione informacje mogą być wykorzystane dla celów dowodowych jedynie w postępowaniu dotyczącym art. 81 lub 82 Traktatu i w celu, w którym informacje były zbierane przez przekazujący organ. Jeśli jednak w tej samej sprawie stosowane jest prawo krajowe i równoległe wspólnotowe prawo konkurencji, i nie prowadzi to do odmiennego rezultatu, przekazane informacje mogą być także wykorzystane przy stosowaniu prawa krajowego. Przekazane informacje mogą jednak być wykorzystane jako dowody przy nakładaniu sankcji na osoby fizyczne (art. 12 ust. 3 Rozporządzenia), jedynie gdy prawo organu przekazującego przewiduje sankcje podobnego rodzaju w stosunku do naruszenia art. 81 i art. 82 Traktatu, lub w ich braku, informacja była zebrana w sposób, który szanuje ten sam poziom ochrony prawa do obrony osób fizycznych, co poziom ochrony przewidziany w prawie krajowym organu otrzymującego informacje. W tym jednak przypadku przekazana informacja nie może być wykorzystana przez organy otrzymujące do orzeczenia tymczasowego aresztowania.

⁷³ Obwieszczenie Komisji precyzuje niektóre zasady ogólne zawarte w Rozporządzeniu nr 1/2003. Przykładowo: zgodnie z Rozporządzeniem, współpraca organów krajowych ds. ochrony konkurencji i Komisji polegać ma przede wszystkim na przekazywaniu informacji i konsultowaniu się (art. 11). Art. 11 wprowadza obowiązek dla organów krajowych, działających na podstawie art. 81 i 82 TWE, informowania Komisji o wszczętych przez siebie postępowaniach (art. 11 ust. 3). Informacja może być także udostępniona innym państwu członkowskim. Z drugiej strony, Komisja ma obowiązek informowania państw członkowskich o swoich działaniach (art. 11 ust. 2). Informacja tego typu jest niezbędna po pierwsze, aby Sieć „zorientowała się”, którymi sprawami

się w związku z otrzymywaniem i wykorzystywaniem informacji uzyskanej przez organ krajowy innego państwa członkowskiego w ramach stosowanego przez to państwo⁷⁴ programu łagodnego traktowania⁷⁵. W analizowanym przypadku, Obwieszczenie pozostawiało państwu członkowskiemu pewne granice swobody, wyboru sposobu współpracy w Sieci. Jeśli jednak państwo chciało współpracować ściślej, musiało w swoim prawie krajowym zapewnić, że organ krajowy otrzymujący informacje od innego państwa członkowskiego, stosującego tzw. program łagodnego traktowania, nie wykorzysta ani jakiegokolwiek informacji mu przekazanej lub jakiegokolwiek informacji, którą otrzyma po

zajmuje się więcej niż jeden organ; po drugie, do zapewnienia, aby rozstrzygał w sprawie w takim przypadku, organ najbardziej właściwy. Szczegóły postępowania wskazuje Obwieszczenie Komisji: zgodnie z pkt. 18, gdy powstaje ww. problem, powinien on być rozwiązany szybko, zwykle w ciągu dwóch miesięcy, licząc od daty przesłania Sieci pierwszej informacji zgodnie z art. 11 ust. 2 i 3. Podczas tego okresu członkowie sieci będą usiłowali osiągnąć porozumienie co do tego, który organ krajowy lub Komisja ma zajmować się sprawą i, tam gdzie to właściwe, dostosowania działań równoległych. Możliwa jest także, w wyjątkowych przypadkach, późniejsza zmiana organu prowadzącego sprawę.

⁷⁴ Nie ma tego problemu, gdy informacje uzyskane w ramach programu łagodnego traktowania przekazuje Komisja. Zgodnie bowiem z art. 11 ust. 6 Rozporządzenia, gdy Komisja wszczyna postępowanie, organy krajowe pozbawione są kompetencji do stosowania art. 81 i 82 TWE. Obwieszczenie w pkt 39 zatem jedynie wyjaśnia (nie wprowadza nowej zasady), że informacja przekazana na mocy art. 11 rozporządzenia, nie będzie mogła być wykorzystywana przez innych członków Sieci jako podstawa wszczęcia własnego postępowania, niezależnie od tego czy jest ono prowadzone na podstawie wspólnotowych przepisów dotyczących konkurencji, czy przepisów krajowych. Organ krajowy może wszcząć postępowanie, ale tylko na podstawie informacji uzyskanych z innych źródeł. Innymi słowy organ krajowy nie może wszcząć postępowania na tej samej podstawie prawnej, przeciwko takim samym umowom lub praktykom prowadzonym przez te same przedsiębiorstwa na tym samym rynku (zob. pkt. 51 Obwieszczenia).

⁷⁵ Zgodnie z Obwieszczeniem, programy łagodnego traktowania (lenniency programme) zostały wprowadzone przez Komisję i tylko niektóre państwa członkowskie. Zgodnie z wyjaśnieniem Komisji (przypis 9, s. 10 Obwieszczenia), program łagodnego traktowania oferuje pełen immunitet lub znaczące złagodzenie kary, która w normalnych warunkach byłaby nałożona na uczestnika kartelu, w zamian za ujawnienie przez niego, w pełni z własnej woli, informacji dotyczących kartelu, który spełnia szczególne kryteria, przed lub w czasie na etapie prowadzonego w sprawie dochodzenia. Program ma ułatwić wykrywanie przez krajowe organy ochrony konkurencji działalności kartelowej oraz działać odstrasżająco. Wnioskujący o zastosowanie w stosunku do niego programu musi swój wniosek złożyć we wszystkich właściwych organach ds. konkurencji, które potencjalnie mogą mieć kompetencje do rozstrzygnięcia w sprawie (np. zmowa kartelowa może wywierać skutki na terytorium kilku państw). Organ ds. ochrony konkurencji, do którego wniosek o łagodne traktowanie został złożony informuje Komisję, informacja może być także dostępna dla organów ochrony konkurencji innych państw członkowskich (zastosowanie ma art. 11 ust. 3 Rozporządzenia nr 1/2003).

dacie i czasie przekazania informacji wskazanej przez organ przekazujący, do nałożenia sankcji w określonym celu i przeciwko pewnym osobom (pkt 41 (2) Obwieszczenia⁷⁶). Dla wykonania niewiążącego prawnie zobowiązania Polska zmieniła ustawę z 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów wprowadzając nowy ustęp do art. 65 ustawy. Art. 65 ustawy brzmiał:

- „1. Informacje uzyskane w toku postępowania nie mogą być wykorzystane w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów.
2. Przepis ust. 1 nie dotyczy postępowania karnego prowadzonego w trybie publiczno skargowym oraz innych postępowań prowadzonych przez Prezesa Urzędu.
3. Prezes Urzędu powiadamia strony o zaliczeniu w poczet dowodów informacji uzyskanych w trakcie innego prowadzonego przez niego postępowania.”

⁷⁶ Z pkt 40 Obwieszczenia wynika, że informacja może być przekazana przez państwo zgodnie z art. 12 Rozporządzenia nr 1/2003, na podstawie zgody osoby korzystającej z programu łagodnego traktowania. Zasadę stosuje się także do informacji uzyskanych w związku z prowadzonym postępowaniem opartym na programie, np. w rezultacie przeszukania, czy kontroli, które nie zostałyby przeprowadzone gdyby nie zastosowano programu łagodnego traktowania. Dlatego członkowie Sieci mają zachęcać osoby korzystające z programu do wyrażenia takiej zgody, zwłaszcza gdy chodzi o przekazanie informacji władzom państwowym, które także stosują program łagodnego traktowania. Jest jednak mało prawdopodobne, aby taka osoba wyraziła zgodę na przekazanie informacji państwu, które nie stosuje lub nie gwarantuje tej osobie łagodnego traktowania. Obwieszczenie w pkt. 41 przewiduje sytuacje, w których zgoda osoby korzystającej z programu na przekazanie informacji nie jest potrzebna. Ma to miejsce, gdy: 1) do otrzymującego informację organu państwowego (organ przyjmujący), także wpłynął wniosek tej samej osoby o łagodne traktowanie dotyczący tego samego naruszenia, które jest przedmiotem postępowania organu przekazującego (pod warunkiem, że w czasie przekazywania informacji, wnioskujący nie mógł wycofać jeszcze swoich informacji przekazanych organowi przyjmującemu), lub 2) organ przyjmujący zobowiąże się na piśmie, że nie wykorzysta ani jakiegokolwiek informacji mu przekazanej, ani jakiegokolwiek innej informacji, którą może otrzymać po dacie i czasie przekazania informacji wskazanej przez organ przekazujący, do nałożenia sankcji: a) na osobę korzystającą z programu łagodnego traktowania; b) na jakąkolwiek inną osobę fizyczną lub prawną objętą programem łagodnego traktowania oferowanym przez organ przekazujący jako rezultat wniosku złożonego zgodnie z programem łagodnego traktowania; c) na jakiegokolwiek pracownika lub byłego pracownika jakiegokolwiek osoby, o której mowa w pkt a i b. A zatem, organ krajowy będzie mógł otrzymać i wykorzystać niektóre informacje uzyskane przez inne organy krajowe pod pewnymi tylko warunkami (generalne ograniczenia wynikają wprost z Rozporządzenia). Jeśli organ otrzymujący informację nie będzie miał instrumentów w prawie krajowym, aby wykonać zobowiązanie (z Obwieszczenia nie wynika, żeby musiał je mieć) – nie zobowiąże się na piśmie (pkt. 41(2)), ale w rezultacie informacji nie otrzyma. Będzie mógł liczyć w zasadzie tylko na przekazanie informacji za zgodą wnioskodawcy (co zapewne będzie zdarzać się rzadko).

Zmieniony w 2004 r. art. 65 stanowi:

„Art. 65. 1. Informacje uzyskane w toku postępowania nie mogą być wykorzystane w innych postępowaniach prowadzonych na podstawie odrębnych przepisów, z zastrzeżeniem ust. 2 i ust. 3.

2. Przepis ust. 1 nie dotyczy:

- 1) postępowania karnego prowadzonego w trybie publicznoskargowym;
- 2) innych postępowań prowadzonych przez Prezesa Urzędu oraz
- 3) wymiany informacji z Komisją Europejską i organami ochrony konkurencji państw członkowskich Unii Europejskiej na podstawie rozporządzenia nr 1/2003/WE.

3. Informacje uzyskane w toku postępowania od organu ochrony konkurencji państwa członkowskiego Unii Europejskiej mogą być wykorzystane w toku tego postępowania na warunkach, na jakich zostały przekazane przez ten organ, włączając w to niewykorzystanie informacji do nałożenia sankcji na określone osoby.

4. Prezes Urzędu zawiadamia strony o zaliczeniu w poczet dowodów informacji uzyskanych w trakcie innego prowadzonego przez niego postępowania.”;

Dla wykonania „miękkiego” zobowiązania wynikającego z oświadczenia o zapewnieniu przestrzegania warunków ustalonych w ww. Obwieszczeniu Komisji znaczenie ma przede wszystkim ust. 3, wyłączający możliwość wykorzystywania informacji chronionych w programie łagodnego traktowania.

5. KONKLUZJE

Obwieszczenie i oświadczenie prezesa UOKiK mogło być potraktowane również jak umowa międzynarodowa. Wówczas stosowałyby się do tej umowy art. 89 ust. 1 Konstytucji z 1997 r. Nie jest trudno wysnuć wnioski, że w istocie porozumienie dotyczy materii ustawowej, dotyczy spraw uregulowanych w ustawie, zgodnie z formułą art. 89 ust. 1 pkt 5. Jeśli potraktować porozumienie, o którym mówimy jak umowę międzynarodową na gruncie prawa polskiego, wymagałoby ono trybu ratyfikacji, i to ratyfikacji za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. Umowa taka nawet, gdyby była ratyfikowana zapewne i tak dla swojego wykonania wymagałaby zmiany ustawy. Zastosowanie trybu ratyfikacji byłoby nie tylko trudne, wymagałoby długiego czasu, ale i mało racjonalne, chyba że projekt zmiany ustawy przedstawiany był-

by w procesie ratyfikacji. Uwidacznia to ważny problem, a mianowicie nieprzystawania rozwiązania konstytucyjnego do wymogów praktyki. Zbyt trudne wymogi formalne powodować będą coraz częściej odwoływanie się do instrumentów nieformalnych. Środki takie i w doktrynie i w praktyce powodować będą coraz większe trudności logiczne. Warto zatem zastanowić się czy nie lepiej przyjrzeć się raz jeszcze koncepcji umowy w formie uproszczonej, wyłączyć ją wyraźnie z zakresu art. 89 ust. 1 Konstytucji. Obecnie nawet i umowa zawarta w formie uproszczonej, jeśli spełnia wymogi art. 89 ust. 1 wymaga ratyfikacji za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie. Miałyby to niewątpliwie walory porządkujące system prawny⁷⁷. Patrząc na prawo wspólnotowe trudno nie dostrzec, że i ETS niektóre nieformalne porozumienia słusznie traktuje jako prawnie wiążące, i że i w tym systemie prawnym dokonywane są, na tyle na ile jest to możliwe, zabiegi korygujące. Np. projekt traktatu ustanawiającego konstytucję dla Europy wskazuje na możliwość zawierania między Komisją, Parlamentem a Radą, dla celów współpracy, porozumień międzyinstytucjonalnych i stwierdza wyraźnie, że porozumienia te są prawnie wiążące⁷⁸.

⁷⁷ W tym sensie słusznie M. Lachs zauważył: „im wyższe wymogi stawia się formalnemu i wiążącemu porozumieniu, tym trudniejsze staje się zmniejszenie luki, znalezienie kompromisu” (*the higher the requirements for a formal and binding agreement, the more difficult it becomes to bridge the gap, to find a compromise*), *Some reflections on substance and form in international law* [w:] W. Friedmann i inni (red.) *Transnational law in a changing society: essays in honor of Philip C. Jessup*, New York 1972, s. 111. Cyt. za J. Klabbers, op. cit., s. 1023.

⁷⁸ Art. III-303, zob. także art. I-25. Dotychczas porozumienia takie były zawierane, wypowiadał się w kwestii ich skutku prawnego ETS.