

Marek Szydło

Usprawiedliwienie naruszenia podstawowych swobód w oparciu o wyjątki traktatowe i doktrynę nadrzędnych wymogów interesu publicznego oraz w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE

Kwartalnik Prawa Publicznego 7/3, 165-188

2007

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.

Marek Szydło*

USPRAWIEDLIWIENIE NARUSZENIA PODSTAWOWYCH SWOBÓD
W OPARCIU O WYJĄTKI TRAKTATOWE
I DOKTRYNĘ NADRZĘDNYCH WYMOGÓW INTERESU PUBLICZNEGO
ORAZ W OPARCIU O ART. 86 UST. 2 TWE

1. Uwagi wprowadzające

W grudniu 2007 r. do Trybunału Sprawiedliwości wpłynął wniosek holenderskiej Rady Stanu o wydanie orzeczenia wstępnego w sprawie, w której skarżącym jest holenderski Minister Mieszkalnictwa, zaś pozwany jest przedsiębiorstwo *Woningstichting Sint Servatius*¹. Wśród wielu interesujących pytań prejudycjalnych, jakie zostały zadane Trybunałowi, znajdują się też następujące: (1) czy państwo członkowskie w celu uzasadnienia ograniczenia swobodnego przepływu kapitału może powoływać się obok lub w związku ze wskazanymi w art. 58 Traktatu WE i przyjętymi w orzecznictwie Trybunału nadrzędnymi względami interesu ogólnego jednocześnie na art. 86 ust. 2 Traktatu WE, jeśli danym przedsiębiorstwom zostały przyznane prawa specjalne i przedsiębiorstwa te zostały zobowiązane do świadczenia usług w ogólnym interesie

* Dr hab. Marek Szydło – Adiunkt, Zakład Prawa Administracyjnego Gospodarczego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.

¹ Sprawa C-567/07, O.J. 2008 Nr C 64/24.

gospodarczym?, (2) czy treść pojęcia interesu ogólnego w rozumieniu art. 58 Traktatu WE i przyjętych w orzecznictwie Trybunału nadrzędnych względów interesu ogólnego pokrywa się z treścią pojęcia ogólnego interesu gospodarczego w rozumieniu art. 86 ust. 2 Traktatu WE?, oraz (3) czy powołanie się przez dane państwo członkowskie na art. 86 ust. 2 Traktatu WE z takim uzasadnieniem, że dane przedsiębiorstwa, którym zostały przyznane prawa specjalne, wykonują zadania w ogólnym interesie gospodarczym, ma dodatkowe znaczenie wobec powołania się na interes ogólny w rozumieniu art. 58 Traktatu WE i na przyjęte w orzecznictwie Trybunału nadrzędne względy interesu ogólnego?

Z powyższego wynika, że sąd holenderski zmierza w istocie do ustalenia wzajemnych relacji pomiędzy, z jednej strony, art. 58 TWE oraz orzecniczą doktryną nadrzędnych wymogów interesu publicznego (jako instytucjami, dzięki którym możliwe jest usprawiedliwienie naruszenia swobody przepływu kapitału), a z drugiej strony, art. 86 ust. 2 TWE (jako przepisem, który także, przynajmniej potencjalnie, umożliwia usprawiedliwianie naruszeń podstawowych swobód, w tym swobody przepływu kapitału). Mówiąc zaś dokładniej, sąd ten chce wiedzieć, czy przesłanki zastosowania (hipoteza) normy z art. 58 TWE oraz normy wyinterpretowanej z orzecniczej doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z jednej strony) pokrywają się z przesłankami zastosowania (hipotezą) normy z art. 86 ust. 2 TWE (z drugiej strony). W razie natomiast pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie sąd ten chciałby ustalić, czy dyspozycje powołanych wyżej norm (które stanowią, że dopuszczalne jest usprawiedliwienie określonych naruszeń podstawowych swobód) mogą być zastosowane w danym konkretnym przypadku równocześnie, a więc czy podmiot naruszający podstawowe swobody może się na te dyspozycje wskazanych norm powołać niejako równolegle.

Zreferowane wyżej pytania sądu krajowego dotyczą wprawdzie jednej konkretnej swobody (tj. swobody przepływu kapitału), tym niemniej stanowią one dobrą okazję do tego, by pokusić się – co właśnie zostanie uczynione w ramach poniższych rozważań – o zanalizowanie tej kwestii w odniesieniu do wszystkich podstawowych swobód, tym bardziej, że z uwagi na zachodzącą pomiędzy poszczególnymi swobodami daleko idącą konwergencję² problem ten w przypadku wszystkich swobód powinien być rozwiązywany jednolicie. Zarysowany wyżej problem, wraz z pytaniami sądu krajowego, siłą rzeczy narzuca przy tym określoną

² Por. P. Behrens, *Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, „Europarecht” 1992, nr 2, s. 145 i n.

strukturę dalszych rozważań. Mianowicie, w pierwszej kolejności powinna być rozważona kwestia przesłanek zastosowania wyjątków traktatowych (tj. art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46 oraz art. 58 TWE) i orzeczniczej doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z jednej strony) oraz art. 86 ust. 2 TWE (z drugiej strony), tak, aby ustalić, czy w ogóle możliwa jest sytuacja, że hipotezy te będą się ze sobą pokrywały (co jest w ogóle warunkiem wstępnym jakiegokolwiek dyskusji na temat tego, czy omawiane instytucje mogą być równoległe zastosowane w odniesieniu do jednego i tego samego stanu faktycznego). W dalszej natomiast kolejności, przy założeniu udzielenia pozytywnej odpowiedzi na powyższe pytanie, powinna zostać podjęta analiza tego, czy w danym stanie faktycznym wspomniane wyżej instytucje prawa wspólnotowego mogą swoje skutki (konsekwencje) prawne (w postaci usprawiedliwienia naruszenia podstawowej swobody) wywoływać równocześnie (czy też może – alternatywnie – skutki te może wywoływać w danym stanie faktycznym wyłącznie jedna z tych instytucji). Inaczej mówiąc: czy możliwe jest skuteczne zastosowanie w danym stanie faktycznym obu wspomnianych instytucji równocześnie.

2. Przesłanki zastosowania wyjątków traktatowych i doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z jednej strony) oraz art. 86 ust. 2 TWE (z drugiej strony)

2.1. Podmioty uprawnione do powoływania się na obie instytucje

Pierwszą przesłanką zastosowania analizowanych instytucji jest fakt powołania się na nie przez podmiot rzeczywiście uprawniony, a więc przez taki podmiot, który ma prawo z tych instytucji korzystać. Jeżeli chodzi o traktatowe wyjątki od podstawowych swobód oraz o doktrynę nadrzędnych wymogów interesu publicznego, to podmiotami mogącymi z tych instytucji korzystać są wszystkie te podmioty, które na podstawie przepisów TWE o podstawowych swobodach są podmiotami zobowiązanymi (są adresatami podstawowych swobód), zobligowanymi do przestrzegania wspomnianych przepisów w swojej działalności.

Chodzi zatem o państwa członkowskie, o Wspólnotę Europejską oraz o te podmioty prywatne, które w sposób „zbiorowy” („kolektywny”) regulują wykonywanie działalności gospodarczej, świadczenie usług czy też transakcje kapitałowe³. Jest przy tym rzeczą ciekawą, że te ostatnie podmioty, a więc podmioty prywatne, w tych rzecz jasna przypadkach, w których pozostają one związane przepisami TWE o podstawowych swobodach⁴, są w pełni uprawnione do powoływania się także na wyjątki traktatowe, odwołujące się do takich względów (powodów), jak porządek publiczny czy też bezpieczeństwo publiczne. Co prawda, w doktrynie zgłoszono swego czasu poważną wątpliwość dotyczącą tego, czy wspomniane podmioty, nawet będąc zobowiązane przez przepisy TWE o podstawowych swobodach, mają prawo odwoływania się do wspomnianych wyżej traktatowych wyjątków. Wątpliwość tę motywowano w ten sposób, że względy (powody) występujące w ramach wyjątków traktatowych (jak np. porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne) są odpowiednie jedynie dla państw członkowskich (jako podmiotów zobowiązanych), gdyż to właśnie wspomniane państwa są w pierwszym rzędzie powołane do tego, by tego rodzaju egzystencjalne i niezwykle istotne dla całej państwowej społeczności dobra chronić. Natomiast podmioty prywatne nie mają nawet dostatecznego rozeznania co do tego, w jaki sposób oraz w jakim zakresie dobra te należy obejmować protekcją⁵. Niemniej jednak wątpliwości te rozwił sam Trybunał Sprawiedliwości, który w orzeczeniu w sprawie *Bosman*, odpowiadając na zarzut Europejskiej Unii Piłkarskiej (*UEFA*), iż stosowanie art. 39 TWE względem działalności podmiotów prywatnych byłoby

³ Ogólnie na temat adresatów podstawowych swobód zob. W. Frenz, *Handbuch Europarecht. Band 1. Europäische Grundfreiheiten*, Berlin-Heidelberg 2004, s. 116 i n.; K. Hailbronner, G. Jochum, *Europarecht II. Binnenmarkt und Grundfreiheiten*, Stuttgart 2006, s. 89 i n.; D. Ehlers, *Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften. Allgemeine Lehren*, [w:] *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, (red. D. Ehlers), Berlin 2005, s. 198 i n.; H.D. Jarass, *Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten*, „Europarecht” 1995, nr 3, s. 209 i n.

⁴ W tym względzie zob. np. orzeczenia ETS w sprawach: 36/74 *B.N.O. Walrave i L.J.N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie et Federación Española Ciclismo* ECR [1974] 1405, pkt 17-18; 13/76 *Gaetano Donrè v. Mario Mantero* ECR [1976] 1333, pkt 17; C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni oraz Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman* ECR [1995] I-4921, pkt 82-84; C-51/96 i C-191/97 *Christelle Delicé v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL, Union européenne de judo oraz Christelle Delicé v. Ligue francophone de judo et disciplines associées ASBL, Ligue belge de judo ASBL i François Pacquée* ECR [2000] I-2549, pkt 47; C-176/96 *Jyri Lehtonen i Castors Canada Dry Namur-Braine ASBL v. Fédération royale belge des sociétés de basket-ball ASBL (FRBSB)* ECR [2000] I-2681, pkt 35.

⁵ M. Quinn, N. MacGowan, *Could Article 30 Impose Obligations on Individuals?*, „European Law Review” 1987, vol. 12, s. 175-176; K. Mortelmans, *Towards Convergence in the Application of the Rules on Free Movement and on Competition?*, „Common Market Law Review” 2001, vol. 38, s. 642.

o wiele bardziej restrykcyjne niż stosowanie tego przepisu wobec działalności państw członkowskich, a to z uwagi na fakt, że jedynie państwa członkowskie mają możliwość powoływania się na wyjątki uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego oraz zdrowia publicznego, stwierdził, że nic bynajmniej nie wyklucza możliwości powoływania się na te względy przez podmioty prywatne⁶. W świetle zatem tego orzeczenia, również podmioty prywatne mogą się powoływać na te powody usprawiedliwiające naruszenie podstawowych swobód, które zostały wymienione w Traktacie.

Z kolei podmiotami mogącymi powoływać się na derogację zawartą w art. 86 ust. 2 TWE są zarówno państwa członkowskie, jak też poszczególne przedsiębiorstwa, zobowiązane do zarządzania usługami w ogólnym interesie gospodarczym. Co prawda, literalne brzmienie tego ostatniego przepisu mogłoby *prima facie* sugerować, że jedynymi podmiotami mogącymi się powoływać na tenże przepis (jego adresatami) są „przedsiębiorstwa” („Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom niniejszego Traktatu...”). Wbrew wszakże temu wrażeniu, jakie tworzą literalne sformułowania zawarte w powołanym przepisie (gdzie brak jest w ogóle mowy o „państwach członkowskich”), doktryna prawa wspólnotowego jednoznacznie i bez żadnej wątpliwości stwierdza, że adresatami tegoż przepisu są także „państwa członkowskie”. Chodzi rzecz jasna o te państwa członkowskie, które czynią poszczególne przedsiębiorstwa odpowiedzialnymi za zarządzanie usługami w ogólnym interesie gospodarczym (tj. które powierzają przedsiębiorstwom tę odpowiedzialność). Państwa te mogą tym samym powoływać się na zawartą tam derogację⁷. Powyższy pogląd jest także w pełni podzielany przez Trybunał Sprawiedliwości⁸.

⁶ Orzeczenie ETS w sprawie C-415/93 *Union royale belge des sociétés de football association ASBL v. Jean-Marc Bosman, Royal club liégeois SA v. Jean-Marc Bosman i inni oraz Union des associations européennes de football (UEFA) v. Jean-Marc Bosman* ECR [1995] I-4921, pkt 85-86.

⁷ R. Whish, *Competition Law*, London 2003, s. 236; M. Burgi, *Die öffentlichen Unternehmen im Gefüge des primären Gemeinschaftsrechts*, „Europarecht” 1997, nr 3, s. 274-275; A.C. Page, *Member States, Public Undertakings and Article 90*, „European Law Review” 1982, vol. 7, s. 30; G. Marenco, *Public Sector and Community Law*, „Common Market Law Review” 1983, vol. 20, s. 518-519; P. Schindler, *Public Enterprises and the EEC Treaty*, „Common Market Law Review” 1970, vol. 7, s. 67; D. Wyatt, A. Dashwood, *The substantive law of the EEC*, London 1980, s. 372; J.L. Buendia Sierra, *Article 86 – Exclusive rights and other anti-competitive state measures*, [w:] *The EC law of competition*, (red. J. Faull, A. Nikpay), Oxford 1999, s. 314.

⁸ Zob. np. orzeczenie ETS w sprawie C-320/91 *Postępowanie karne przeciwko Paul Corbeau* ECR [1993] I-2533, pkt 14.

W podsumowaniu tej części rozważań należałoby zatem stwierdzić, że państwa członkowskie naruszające podstawowe swobody i usprawiedliwiający dane naruszenie w oparciu o wyjątki traktatowe lub doktrynę nadrzędnych wymogów interesu publicznego, mogą się jednocześnie powoływać na derogację zawartą w art. 86 ust. 2 TWE, o ile przy tym powierzyły uprzednio określonemu przedsiębiorstwu lub przedsiębiorstwom odpowiedzialność za zarządzanie usługami w ogólnym interesie gospodarczym. Również przedsiębiorstwa, które są zobowiązane do zarządzania usługami w ogólnym interesie gospodarczym i które powołują się na derogację z art. 86 ust. 2 TWE, mogą się jednocześnie powoływać na nadrzędne wymogi interesu publicznego oraz na powody wyspecyfikowane w samym Traktacie (art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE), pod tym wszakże warunkiem, że w danym konkretnym przypadku są one podmiotami zobowiązanymi do przestrzegania tychże swobód, a więc w sposób „zbiorowy” („kolektywny”) regulują wykonywanie działalności gospodarczej, świadczenie usług czy też transakcje kapitałowe.

2.2. Treść desygnatów pojęć: usługi w ogólnym interesie gospodarczym (art. 86 ust. 2 TWE), porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne (art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE) oraz nadrzędne wymogi interesu publicznego

Kolejną przesłanką zastosowania omawianych tutaj instytucji prawa wspólnotowego jest zaistnienie konieczności ochrony określonych dóbr (wartości), takich jak: usługi w ogólnym interesie gospodarczym (art. 86 ust. 2 TWE), porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne (art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE), względnie też nadrzędne wymogi interesu publicznego (uznane w judykaturze ETS). W tym kontekście powstaje pytanie, czy, a jeśli tak, to do jakiego stopnia treść desygnatów pojęć wyrażających te dobra (wartości) pokrywa się ze sobą (dzięki czemu możliwe byłoby ewentualnie zastosowanie omawianych instytucji do tego samego stanu faktycznego).

Usługi w ogólnym interesie gospodarczym to usługi rynkowe (a więc mające charakter komercyjny, realizowane w ramach prowadzonej na rynku działalności gospodarczej), które państwa członkowskie poddają szczególnym zobowiązaniom odnoszącym się do służby publicznej, na podstawie kryterium interesu ogólnego (z usługami tymi związana jest

zatem zawsze konieczność realizacji określonej misji czy też zadań w interesie ogólnym)⁹. Należy przy tym podkreślić, że wspomniany wyżej interes ogólny realizowany w ramach wspomnianych usług jest interesem nie tyle samej Wspólnoty, co raczej poszczególnych państw członkowskich¹⁰. Równocześnie jednak, jakkolwiek to państwa członkowskie ostatecznie decydują o zakwalifikowaniu danej usługi do kategorii usług w ogólnym interesie gospodarczym, to muszą wszakże przestrzegać w tym zakresie określonych zasad i kryteriów wykształconych na poziomie wspólnotowym (zwłaszcza w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości). Kryteria te (w postaci np. określonego zestawu minimalnych cech, jakimi musi się odznaczać każda usługa w ogólnym interesie gospodarczym) powinny być przez państwa członkowskie bezwzględnie respektowane, stanowiąc dla nich rodzaj nieprzekraczalnych granic, w jakich musi się mieścić ich swoboda w kwalifikowaniu różnych rodzajów usług¹¹. W tym zakresie państwa członkowskie podlegają zresztą kontroli sprawowanej przez organy wspólnotowe, głównie przez Komisję Europejską oraz Trybunał Sprawiedliwości¹².

Wiele z powyższych uwag (dotyczących treści oraz sposobu ustalania pojęcia: usługi w ogólnym interesie gospodarczym) pozostaje aktualnych także w przypadku pojęć: porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne czy też zdrowie publiczne, występujących w ramach przepisów TWE o podstawowych swobodach (art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE). Także i te ostatnie pojęcia wyrażają ważne interesy krajowe (interesy państw członkowskich), mające przy tym charakter egzystencjalny dla tych państw i wymagające dlatego bezwzględnej (imperatywnej) ochrony. Równocześnie, podobnie jak to ma miejsce w przypadku pojęcia „usług w ogólnym interesie gospodarczym”, są to typowe pojęcia prawa wspólnotowego, które powinny być interpretowane w sposób autonomiczny na użytek wspólnotowego porządku prawnego, bez związku z analogicznymi pojęciami występującymi w krajowych porządkach prawnych¹³. Każde państwo członkowskie interpretujące te

⁹ Aneks II (*Definition of Terms*) Komunikatu Komisji z 2000 r. – Usługi w interesie ogólnym w Europie, O.J. 2001 Nr C 17/4.

¹⁰ V. Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*, Bad Homburg-Berlin-Zürich 1969, s. 453–454; P. Schindler, op.cit., s. 70.

¹¹ S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Zakamycze 2002, s. 328 i n.; A. C. Page, op.cit., s. 29.

¹² W. Möschel, *Service public und europäischer Binnenmarkt*, „Juristenzeitung” 2003, nr 21, s. 1024–1025; orzeczenie ETS w sprawie C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA v. Siderurgia Gabrielli SpA* ECR [1991] I-5889, pkt 27–28.

¹³ W. Frenz, op.cit., s. 842.

pojęcia i odwołujące się do tych względów w charakterze powodów usprawiedliwiających podlega w tym zakresie kontroli sprawowanej przez instytucje wspólnotowe (nie jest to zatem w żadnym razie jednostronne działanie państw członkowskich), przy czym organy wspólnotowe kładą przede wszystkim nacisk na to, by wspomniane pojęcia były interpretowane w sposób ścisły i zawężający¹⁴.

Należy przy tym dodać, że powołując się na porządek oraz na bezpieczeństwo publiczne (jako na powody usprawiedliwiające naruszenie podstawowych swobód) państwa członkowskie nie mogą w ten sposób realizować żadnych celów o charakterze czysto ekonomicznym, takich jak np. przeciwdziałanie inflacji lub też trudnościom budżetowym¹⁵.

Dość podobne w swojej treści uwagi mogą być odniesione względem nadrzędnych wymogów interesu ogólnego, umożliwiających, zgodnie z orzecznictwem ETS, usprawiedliwienie naruszenia podstawowych swobód. Są to także określone ważne interesy krajowe (interesy imperatywne dla poszczególnych państw członkowskich), które wszakże – jednocześnie – pozostają pojęciami prawa wspólnotowego i stąd też powinny być interpretowane w duchu wspólnotowym¹⁶. Również i one nie mogą mieć charakteru czysto ekonomicznego¹⁷.

Wskazane wyżej liczne podobieństwa pomiędzy pojęciami: usługi w ogólnym interesie gospodarczym, porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne, zdrowie publiczne oraz nadrzędne wymogi interesu publicznego (mianowicie, chodzi zawsze o ważne interesy krajowe, które muszą być wszakże interpretowane w duchu i w świetle kryteriów określonych w prawie wspólnotowym, pod kontrolą organów wspólnotowych) prowokują do postawienia tezy, że w danym konkretnym przypadku może się zdarzyć, że konieczność realizowania określonych usług w ogólnym interesie gospodar-

¹⁴ Zob. orzeczenia ETS w sprawach: 41/74 *Yvonne van Duyn v. Home Office* ECR [1974] 1337, pkt 18; 36/75 *Roland Rutili v. Ministre de l'intérieur* ECR [1975] 1219, pkt 27; 30/77 *Régina v. Pierre Bouchereau* ECR [1977] 1999, pkt 33.

¹⁵ Orzeczenia ETS w sprawach: 352/85 *Bond van Adverteerders i inni v. Holandia* ECR [1988] 2085, pkt 34; C-288/89 *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda i inni v. Commissariaat voor de Media* ECR [1991] I-4007, pkt 11; C-484/93 *Peter Svensson i Lena Gustavsson v. Ministre du Logement et de l'Urbanisme* ECR [1995] I-3955, pkt 15; C-264/96 *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* ECR [1998] I-4695, pkt 28.

¹⁶ N. Reich, *Die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs als Grundfreiheit*, „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht” 1989, Band 153, s. 584.

¹⁷ Orzeczenia ETS w sprawach: C-398/95 *Syndesmos ton en Elladi Touristikon kai Taxi-diotikon Grafeion v. Ypourgos Ergasias* ECR [1997] I-3091, pkt 23; C-35/98 *Staatssecretaris van Financiën v. B.G.M. Verkooijen* ECR [2000] I-4071, pkt 48; C-264/96 *Imperial Chemical Industries plc (ICI) przeciwko Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)* ECR [1998] I-4695, pkt 28.

czym, powierzonych przez dane państwo członkowskie określoneму przedsiębiorstwu, zostanie także uznana za nadrzędny wymóg interesu publicznego (w rozumieniu przyjmowanym w orzecznictwie ETS), względnie też za powód związany np. z porządkiem czy też bezpieczeństwem publicznym (w rozumieniu art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46 oraz art. 58 TWE). Skoro bowiem każda usługa w ogólnym interesie gospodarczym jest realizowana w ważnym interesie krajowym (w interesie państwa członkowskiego), a przy tym jej realizacja jest też przedmiotem zainteresowania całej Wspólnoty (i należy do wspólnych wartości Unii/Wspólnoty – zob. art. 16 TWE) – o czym świadczy chociażby fakt, że to właśnie na szczeblu Wspólnoty są ustalane określone kryteria uznania danej usługi za będącą w ogólnym interesie gospodarczym – to tym samym spełnia też ona te przesłanki, które w ujęciu generalnym są konstytutywne dla uznania danej wartości za mieszczącą się w kręgu desygnatów pojęcia „nadrzędne wymogi interesu ogólnego”, a w określonych przypadkach także w kręgu desygnatów pojęć: bezpieczeństwo publiczne lub porządek publiczny.

Pomimo wskazanych wyżej podobieństw twierdzi się niekiedy, że omawiane tutaj kategorie pojęciowe nie mogą się tak naprawdę pokrywać ze sobą w sensie treściowym, jako że „usługi w ogólnym interesie gospodarczym” już z samej definicji (z samej swojej istoty) posiadają charakter ekonomiczny (gospodarczy), podczas gdy nadrzędne wymogi interesu publicznego oraz powody wyspecyfikowane w Traktacie (art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46 oraz art. 58 TWE) nie mogą mieć – zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS – charakteru ekonomicznego¹⁸. Twierdzenie to nie jest jednak w pełni trafne, jako że nie uwzględnia faktu, że w myśl orzecznictwa ETS powody usprawiedliwiające naruszenie podstawowych swobód nie mogą mieć jedynie charakteru „czysto” ekonomicznego, co nie wyklucza bynajmniej możliwości posiadania przez nie pewnego wymiaru ekonomicznego. Potwierdzeniem powyższej tezy jest chociażby orzeczenie w sprawie *Campus Oil*, w którym ETS uznał, że „zapewnienie bezpieczeństwa stałych dostaw produktów naftowych na wypadek kryzysu” wykracza poza cel czysto ekonomiczny i dlatego też może być jednym z powodów usprawiedliwiających ograniczenia w swobodnym przepływie towarów, mieszczącym się w pojęciu „bezpieczeństwa publicznego”¹⁹. Tymczasem nie ulega też wątpliwości, że wspomniane

¹⁸ Por. A.F. Gagliardi, *What Future for Member States' Monopolies?*, „European Law Review” 1998, vol. 23, s. 376; J.L. Buendia Sierra, op.cit., s. 321.

¹⁹ Orzeczenie ETS w sprawie 72/83 *Campus Oil Limited i inni v. Minister Przemysłu i Energii i inni* ECR [1984] 2727, pkt 34-35; identycznie w sprawie C-347/88 *Komisja v. Grecja* ECR [1990] I-4747, pkt 47-49.

przez ETS w orzeczeniu *Campus Oil* „zapewnienie bezpieczeństwa stałych dostaw” nośników energetycznych może być równocześnie uznane za „usługę w ogólnym interesie gospodarczym” (w rozumieniu art. 86 ust. 2 TWE), co znajduje swoje potwierdzenie zarówno w orzecznictwie ETS²⁰, jak też w treści stosownych wspólnotowych dyrektyw: elektroenergetycznej i gazowej²¹.

Jeżeli chodzi natomiast o relacje pomiędzy pojęciem „usług w ogólnym interesie gospodarczym” a pojęciem „nadrzędnych wymogów interesu publicznego”, to wydaje się, że można przyjąć, iż to pierwsze pojęcie zawiera się w istocie w drugim. W rezultacie, powierzenie przez państwo członkowskie określone przedsiębiorstwu odpowiedzialności za zarządzanie określoną usługą lub usługami w ogólnym interesie gospodarczym (przy założeniu, że dana usługa w prawidłowy – tj. zgodny z opisanymi wyżej kryteriami – sposób została przez to państwo zakwalifikowana do kategorii usług w ogólnym interesie gospodarczym) sprawia, że dane państwo jest tym bardziej uprawnione do tego, by konieczność realizowania tej właśnie usługi (tj. misji w interesie ogólnym związanej z tą usługą) uznać za nadrzędny wymóg interesu publicznego (w rozumieniu przyjmowanym przez ETS na gruncie przepisów o podstawowych swobodach). Innymi słowy, ważny interes krajowy związany z daną usługą w ogólnym interesie gospodarczym (i tkwiący w każdej tego rodzaju usłudze) będzie też zawsze tym interesem, który dane państwo członkowskie może podnieść (i powołać) w ramach kategorii „nadrzędnych wymogów interesu publicznego”.

Powyższego twierdzenia nie zmienia przy tym fakt, że w ramach konkretyzacji przesłanki proporcjonalności, będącej kolejną przesłanką zastosowania art. 86 ust. 2 TWE, Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, iż odstępianie od obowiązku przestrzegania danego przepisu TWE jest w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE dopuszczalne wtedy (i tak dalece), gdy (i o ile) jest to niezbędne dla wykonywania powierzonych danemu przedsiębiorstwu usług w ogólnym interesie gospodarczym na „ekonomicznie

²⁰ W zakresie dostarczania energii elektrycznej zob. orzeczenie ETS w sprawie C-393/92 *Municipality of Almelo i inni v. NV Energiebedrijf IJsselmij* ECR [1994] I-1477, pkt 47–48; z kolei w zakresie dostarczania gazu ziemnego zob. orzeczenie ETS w sprawie C-157/94 *Komisja v. Holandia* ECR [1997] I-5699, pkt 57–61.

²¹ Art. 3 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.6.2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 96/92/WE (O.J. 2003 Nr L 176/37) oraz art. 3 ust. 2 dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26.6.2003 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylającej dyrektywę 98/30/WE (O.J. 2003 Nr L 176/57).

akceptowalnych warunkach”²² (zob. też uwagi w punkcie 2.3 opracowania). Rodzi to z kolei wątpliwość dotyczącą tego, czy konieczność realizowania danej usługi przez zobowiązane do tego przedsiębiorstwo „na ekonomicznie akceptowalnych warunkach” (tj. w warunkach ekonomicznej równowagi) nie jest przypadkiem okolicznością o charakterze „czysto ekonomicznym”, która – zgodnie z powołanym już wcześniej orzecznictwem ETS – nie może służyć jako okoliczność usprawiedliwiająca w ramach koncepcji nadrzędnych wymogów interesu publicznego. Wątpliwość ta jednak nie jest zasadna, jako że wspomniana konieczność realizowania danej usługi „na ekonomicznie akceptowalnych warunkach” jest rozważana dopiero w ramach przesłanki (testu) proporcjonalności, nie zaś w ramach przesłanek (elementów) konstytuujących samo pojęcie usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Nie zmienia to zatem faktu, że sama usługa w ogólnym interesie gospodarczym jako taka w sposób w pełni uprawniony może być zawsze traktowana jako nadrzędny wymóg interesu publicznego. Trzeba przecież pamiętać, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym są wprawdzie zawsze usługami rynkowymi (komercyjnymi, ekonomicznymi), tym niemniej podlegają też one w każdym przypadku określonym zobowiązaniom interesu publicznego. Są zatem z nimi zawsze związane określone wartości o charakterze publicznym, tworzące pewną misję publiczną. W tym też sensie realizowanie takich usług nigdy nie będzie okolicznością o charakterze „czysto ekonomicznym” (co by ewentualnie wykluczało możliwość powołania jej w charakterze nadrzędnych wymogów interesu publicznego).

2.3. Spełnienie warunku proporcjonalności

Zastosowanie art. 86 ust. 2 TWE (umożliwiającego uwolnienie państwa członkowskiego lub samego zainteresowanego przedsiębiorstwa od obowiązku przestrzegania określonych reguł traktatowych), jak też zastosowanie art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE oraz instytucji nadrzędnych wymogów interesu publicznego (umożliwiających podmiotom zobowiązanym usprawiedliwienie naruszenia przez nie podstawowych swobód) możliwe jest dopiero wtedy (i o tyle), gdy (i o ile) spełniona jest w danym przypadku przesłanka

²² Orzeczenia ETS w sprawach: C-320/91 *Postępowanie karne przeciwko Paul Corbeau* ECR [1993] I-2533, pkt 16; C-157/94 *Komisja v. Holandii* ECR [1997] I-5699, pkt 43, 52 i 53; C-159/94 *Komisja v. Francja* ECR [1997] I-5815, pkt 59, 95 i 96.

proporcjonalności. W przypadku art. 86 ust. 2 TWE wspomniana przesłanka proporcjonalności zawarta jest już w samej literalnej treści tego przepisu. Nieco bowiem trawestując tę treść można by powiedzieć, że odstąpienie od obowiązku przestrzegania danego przepisu Traktatu możliwe jest (w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE) wtedy (i o tyle), gdy (i o ile) przepis taki stanowi prawną lub faktyczną przeszkodę w wykonywaniu szczególnych zadań związanych z misją usług w ogólnym interesie gospodarczym powierzonych określone przedsiębiorstwu. Inaczej mówiąc, z art. 86 ust. 2 TWE wynika, że odstąpienie od obowiązku przestrzegania danego przepisu TWE jest w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE możliwe wtedy (i o tyle), gdy (i o ile) jest to niezbędne dla normalnego (bez przeszkód) wykonywania powierzonych danemu przedsiębiorstwu usług w ogólnym interesie gospodarczym. Jest to zatem klasyczny przykład zastosowania zasady proporcjonalności, jako że w omawianych przypadkach musi zawsze nastąpić wyważenie ze sobą, z jednej strony, wartości urzeczywistnianej przez dany przepis TWE (od którego państwo członkowskie lub samo przedsiębiorstwo chce odstąpić) oraz, z drugiej strony, konieczności realizacji misji związanej z powierzoną danemu przedsiębiorstwu usługą w ogólnym interesie gospodarczym. Konkretyzując przy tym dodatkowo wspomnianą przesłankę proporcjonalności Trybunał Sprawiedliwości stwierdza, że odstąpienie od obowiązku przestrzegania danego przepisu TWE jest w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE dopuszczalne wtedy (i o tyle), gdy (i o ile) jest to niezbędne dla wykonywania powierzonych danemu przedsiębiorstwu usług w ogólnym interesie gospodarczym na „ekonomicznie akceptowalnych warunkach”²³, a więc w warunkach ekonomicznej równowagi.

W przypadku traktatowych wyjątków oraz nadrzędnych wymogów interesu publicznego umożliwiających usprawiedliwienie naruszenia podstawowych swobód przesłanka proporcjonalności wyraża się w tym, iż wspomniane usprawiedliwienie możliwe jest jedynie wtedy (i o tyle), gdy (i o ile) odstąpienie od obowiązku przestrzegania określonej podstawowej swobody (i związane z tym naruszenie tejże swobody) jest w danym przypadku konieczne dla urzeczywistnienia konkretnej wartości w postaci porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego lub też wartości w postaci nadrzędnego wymogu interesu publicznego. Musi tu zatem nastąpić wyważenie ze sobą, z jednej strony,

²³ Orzeczenia ETS w sprawach: C-320/91 *Postępowanie karne przeciwko Paul Corbeau* ECR [1993] I-2533, pkt 16; C-157/94 *Komisja v. Holandia* ECR [1997] I-5699, pkt 43, 52 i 53; C-159/94 *Komisja v. Francja* ECR [1997] I-5815, pkt 59, 95 i 96.

wartości w postaci danej podstawowej swobody (i związanych z nią korzyści dla rynku wewnętrznego) oraz, z drugiej strony, wartości w postaci porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, zdrowia publicznego lub też określonego nadrzędnego wymogu interesu publicznego. Przede wszystkim chodzi przy tym o to, by zakres naruszenia (przez podmiot zobowiązany) danej podstawowej swobody nie wykraczał poza to, co jest rzeczywiście (niezbędnie) konieczne dla urzeczywistnienia jednej z wymienionych wyżej wartości²⁴.

Z powyższych rozważań wynika, że spełnienie – w obu przypadkach dość podobnie zresztą pojmowanej i kojarzonej przede wszystkim z obowiązkiem rozważenia wymogu konieczności (niezbędności) – przesłanki proporcjonalności warunkuje możliwość powołania się na obie omawiane tutaj instytucje. Odnosząc się przy tym konkretnie do możliwości odstąpienia w oparciu o obie omawiane tutaj instytucje od obowiązku przestrzegania przepisów TWE o podstawowych swobodach należałoby stwierdzić, że takie odstąpienie (naruszenie wspomnianego obowiązku) będzie możliwe wtedy (i o tyle), gdy (i o ile) okaże się to być rzeczywiście niezbędne dla urzeczywistnienia tych – omówionych szerzej w punkcie 2.2 niniejszego opracowania – wartości, które stanowią przyczynę (powód) umożliwiającą(y) zastosowanie czy to art. 86 ust. 2 TWE, czy to traktatowych wyjątków, czy też doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego. Co więcej, jak zostanie to jeszcze podniesione w dalszych rozważaniach, przesłanka proporcjonalności (tzn. jej spełnienie) nie tylko warunkuje tutaj możliwość skorzystania z omawianych instytucji, ale także determinuje dopuszczalny zakres (rozmiar) odstąpienia (w oparciu o te instytucje) od obowiązku przestrzegania stosownych przepisów Traktatu, w tym zwłaszcza przepisów o podstawowych swobodach.

Brak jest jednocześnie uzasadnienia dla tezy, jakoby stosowanie zasady proporcjonalności (będącej przesłanką odwołania się do omawianych instytucji i równocześnie determinującej zakres i rozmiar odstąpienia od obowiązku przestrzegania przepisów TWE) było na gruncie którejs z omawianych tutaj instytucji (np. na gruncie art. 86 ust. 2 TE) bardziej rygorystyczne czy też bardziej liberalne w porównaniu ze stosowaniem tej zasady na gruncie innej z analizowanych instytucji (np. na gruncie wyjątków traktatowych lub doktryny nadrzędnych wymogów

²⁴ Zob. orzeczenia ETS w sprawach: C-19/92 *Dieter Kraus v. Land Baden-Württemberg* ECR [1993] I-1663, pkt 32; C-55/94 *Reinhard Gebhard v. Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano* ECR [1995] I-4165, pkt 37; C-212/97 *Centros Ltd v. Erhvervs- og Selskabsstyrelsen* ECR [1999] I-1459, pkt 34; C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam v. Inspire Art Ltd* ECR [2003] I-10155, pkt 133.

interesu publicznego). Takich generalnych spostrzeżeń, wyrażających się w stwierdzeniu, że zasada proporcjonalności jest w przypadku którejś z analizowanych instytucji stosowana bardziej wyrozumiale (luźniej) czy też – odwrotnie – bardziej ściśle, poczynić nie sposób. Trafnie się zresztą w doktrynie prawa wspólnotowego zauważa, że zasada proporcjonalności jest we wspólnotowym porządku prawnym (i nie tylko zresztą tam) formułą dość elastyczną i w zależności od potrzeb może być stosowana bądź to bardziej rygorystycznie bądź też bardziej liberalnie²⁵. Tym bardziej więc trudno byłoby w tym względzie o jakieś generalne konstatacje w odniesieniu do omawianych tutaj (i porównywanych ze sobą) instytucji. Stopień rygoryzmu stosowania zasady (przesłanki) proporcjonalności zależy bowiem od okoliczności każdorazowo wchodzącego w grę stanu faktycznego, nie zaś od tego, czy mamy akurat do czynienia z art. 86 ust. 2 TWE, z wyjątkami traktatowymi, czy też z doktryną nadrzędnych wymogów interesu publicznego.

2.4. Pozostałe przesłanki

Istotną przesłanką warunkującą możliwość zastosowania analizowanych tutaj instytucji jest wymóg braku (czy też niewystępowania) na szczeblu wspólnotowym wyczerpujących, przyjętych przez wspólnotowego prawodawcę, uregulowań prawnych, które by się odnosiły do kwestii związanych treściowych z tymi powodami, z powołaniem się na które dany podmiot zobowiązany (zwłaszcza państwo członkowskie) chce w danym przypadku odstąpić od przestrzegania przepisów TWE o swobodnym przepływie. Powyższa przesłanka była dotąd odnoszona przede wszystkim do instytucji usprawiedliwiania naruszeń podstawowych swobód w oparciu o wyjątki traktatowe. Jak bowiem ETS konsekwentnie przyjmował w swoim orzecznictwie, państwa członkowskie nie mogą się na takie wyjątki powoływać (oraz nie mogą tym samym usprawiedliwiać powodowanych przez siebie ograniczeń swobód traktatowych), jeżeli na szczeblu wspólnotowym została już wcześniej ustanowiona określona regulacja prawna (np. w postaci wspólnej organizacji pewnego segmentu rynku rolnego), która w wyczerpujący i kompletny sposób chroni dobra wskazane w art. 30, art. 39 ust. 3, art. 46 lub też w art. 58 TWE²⁶.

²⁵ H. D. Jarass, op.cit., s. 224–225; R. Streinz, *Europarecht*, Heidelberg 2003, s. 300.

²⁶ Orzeczenia ETS w sprawach: 5/77 *Carlo Tedeschi v. Denkavit Commerciale s.r.l.* ECR [1977] 1555, pkt 35; 251/78 *Firma Denkavit Futtermittel GmbH v. Minister für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten des Landes Nordrhein-Westfalen* ECR [1979] 3369, pkt 14; C-39/90

Regulacja taka – jeżeli szczegółowo precyzuje ona zakres dopuszczalnych działań, jakie mogą podjąć państwa członkowskie w celu ochrony omawianych tutaj dóbr (przy czym do dóbr tych należałoby też zaliczyć te występujące w ramach doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego) – pozbawia kompetencji prawodawczych ustawodawcę krajowego (jest to efekt zastosowania tzw. doktryny *pre-emption*).

Jeżeli natomiast chodzi o analogiczną przesłankę na gruncie art. 86 ust. 2 TWE, to dotychczas jedynie niektórzy przedstawiciele doktryny zwracali uwagę na fakt, że istnienie określonych dyrektyw wspólnotowych (np. tzw. dyrektyw sektorowych) regulujących kwestię warunków i zasad, na jakich może następować świadczenie przez zobowiązane do tego przedsiębiorstwa usług w ogólnym interesie gospodarczym, ogranicza możliwość powoływania się w takich kwestiach na art. 86 ust. 2 TWE²⁷. Ostatnio wszakże stosowne w tym względzie uwagi poczynił ETS, również stwierdzając, że jeżeli określona wspólnotowa dyrektywa wyczerpująco reguluje kwestię możliwości odstąpienia od obowiązku przestrzegania reguł traktatowych w związku z powierzoną danemu przedsiębiorstwu do realizacji usługą w ogólnym interesie gospodarczym, to wówczas niejako dodatkowe powoływanie się na art. 86 ust. 2 TWE (w zakresie wykraczającym poza to, co dopuszcza dana dyrektywa) nie jest już możliwe²⁸.

Posiłkując się przy tym konkretnym przykładem występującym w stanie faktycznym ostatniej z wymienionych wyżej spraw (rozpatrywanych przez ETS) należałoby stwierdzić, że jeżeli wskutek obowiązywania odpowiednich przepisów np. dyrektywy pocztowej, które pozwalają zastrzegać na rzecz operatorów publicznych jedynie ściśle wskazane rodzaje usług powszechnych (usług w ogólnym interesie gospodarczym), nie jest możliwe zastrzeżenie wyłączności w zakresie innych usług w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE (a tak właśnie stwierdził w powołanym wyżej orzeczeniu Trybunał Sprawiedliwości), to w równym stopniu nie jest też możliwe usprawiedliwianie takich praw wyłącznych (tj. praw wyłącznych wychodzących poza to, co dopuszcza dyrektywa pocztowa), stanowiących bez wątpienia przejaw naruszenia podstawowych swobód, w oparciu

Denkavit Futtermittel GmbH v. Land Baden-Württemberg ECR [1991] I-3069, pkt 19; C-13 i 113/91 *Postępowanie karne przeciwko Michel Debus* ECR [1992] I-3617, pkt 12.

²⁷ Zob. A. Bartosch, *E.C. Telecommunications Law: what aid does Article 90(2) of the E.C. Treaty offer to the former monopolists*, „Computer and Telecommunications Law Review” 1999, s. 15.

²⁸ Orzeczenie ETS w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v. Administración General del Estado*, jeszcze nie publ., pkt. 80–83.

o wyjątki traktatowe oraz w oparciu o nadrzędne wymogi interesu publicznego.

W przypadku derogacji przewidzianej w art. 86 ust. 2 TWE przesłanką jej zastosowania jest również to, że „Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty” (art. 86 ust. 2 zd. 2 TWE). W powyższy sposób ustawodawca wspólnotowy zakłada, że skutkiem wyłączenia omawianej grupy przedsiębiorstw spod obowiązku przestrzegania określonych przepisów Traktatu będzie zawsze pewne naruszenie rozwoju wymiany handlowej (a tym samym pewne zakłócenia w prawidłowym funkcjonowaniu rynku wewnętrznego). Niemniej jednak naruszenie to nie może nigdy sięgać tak daleko, by było to sprzeczne z interesem Wspólnoty. Ten ostatni interes posiada zatem pierwszeństwo przed interesem poszczególnych państw członkowskich. Interes ten powinien przy tym wynikać wprost z celów i zasad Traktatu²⁹. Tego rodzaju przesłanka nie występuje *explicite* na gruncie traktatowych wyjątków od swobód rynku wewnętrznego. Nie została też ona *explicite* sformułowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości dotyczącym doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego. Teoretycznie zatem możliwa jest sytuacja, że w danym stanie faktycznym, z uwagi na stwierdzenie „naruszenia rozwoju handlu w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty” i z uwagi na niemożność powołania się w związku z tym na art. 86 ust. 2 TWE, odwołanie się do traktatowych wyjątków od podstawowych swobód czy też do doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego będzie wówczas możliwe. Z drugiej jednak strony trzeba zwrócić uwagę na fakt, że owym „interesem wspólnotowym”, którego naruszenie stanowi negatywną przesłankę powołania się na art. 86 ust. 2 TWE jest też m. in. wymóg przestrzegania praw podstawowych³⁰. Tymczasem wymóg przestrzegania tychże praw podstawowych – jak o tym przekonuje orzecznictwo ETS – jest również aktualny w przypadku odwoływania się przez państwa członkowskie do traktatowych wyjątków czy też do nadrzędnych wymogów interesu publicznego w celu usprawiedliwienia naruszeń podstawowych swobód³¹. Trzeba zresztą uwzględnić fakt, że „interes wspólnotowy” w rozumieniu

²⁹ S. Dudzik, *op.cit.*, s. 375.

³⁰ V. Emmerich, *Monopole i przedsiębiorstwa publiczne*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, (red. M.A. Dausés), Warszawa 1999, s. 934.

³¹ Orzeczenia ETS w sprawach: C-260/89 *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE i Panellinia Omospondia Syllogon Prossopikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis i Sotirios Kouvelas i Nicolaos Avdellas i inni*, ECR [1991] I-2925, pkt 43; C-368/95 *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH v. Heinrich Bauer Verlag* ECR [1997] I-3689, pkt 24.

art. 86 ust. 2 TWE może wynikać nie tylko z tej konkretnej normy prawnej Traktatu, od której obowiązku przestrzegania dane przedsiębiorstwo lub państwo członkowskie zostaje zwolnione³², ale może również wynikać z ogólnych zasad prawa wspólnotowego. Tymczasem te ogólne zasady TWE (w tym m. in. prawa podstawowe) muszą być także respektowane w razie usprawiedliwiania naruszeń podstawowych swobód³³. Biorąc to pod uwagę wydaje się być uzasadnionym stwierdzenie, że w omawianym kontekście przesłanki zastosowania art. 86 ust. 2 TWE (z jednej strony) oraz wyjątków traktatowych oraz doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z drugiej strony) są w dużym stopniu zbieżne ze sobą (konwergentne).

3. Skutki zastosowania wyjątków traktatowych i doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z jednej strony) oraz art. 86 ust. 2 TWE (z drugiej strony)

Skuteczne odwołanie się do wyjątków traktatowych (art. 30, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE) bądź też do doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego sprawia, że możliwe staje się usprawiedliwienie naruszenia danej podstawowej swobody. Inaczej mówiąc, dane działanie bądź zaniechanie podmiotu zobowiązanego (np. przyjęta przez państwo członkowskie określona regulacja prawna), które narusza obowiązek tego podmiotu wynikający z przepisów TWE o podstawowych swobodach, lecz które spełnia jednocześnie przesłanki uznania go za usprawiedliwione (w oparciu o traktatowe wyjątki lub doktrynę nadrzędnych wymogów interesu publicznego), staje się dzięki temu legalne i zgodne z prawem wspólnotowym. Należy przy tym podkreślić, że to zalegalizowanie danego, stanowiącego *prima facie* naruszenie wynikających z Traktatu obowiązków podmiotów zobowiązanych, działania bądź zaniechania następuje w takim zakresie (w takim stopniu czy też rozmiarze), w jakim jest to zgodne z zasadą proporcjonalności. Biorąc zatem za przykład określoną regulację prawną przyjętą przez państwo członkowskie i naruszającą przepisy TWE o podstawowych swobodach, zostanie ona w świetle tych ostatnich przepisów usprawiedliwiona (i tym samym

³² Por. G. Marengo, op.cit., s. 518.

³³ Zob. orzeczenia ETS powołane w przypisie 31.

zalegalizowana) w takim zakresie, w jakim będzie ona proporcjonalna, w tym przede wszystkim niezbędna, w celu ochrony bezpieczeństwa publicznego, porządku publicznego, zdrowia publicznego lub też nadrzędnych wymogów interesu publicznego.

Z kolei odwołanie się do art. 86 ust. 2 TWE umożliwia danemu przedsiębiorstwu (zobowiązanemu do zarządzania usługami w ogólnym interesie gospodarczym), względnie też państwu członkowskiemu (powierzającemu określone przedsiębiorstwu lub przedsiębiorstwom obowiązek zarządzania omawianymi usługami) usprawiedliwienie naruszenia dowolnych przepisów Traktatu (do których przestrzegania przedsiębiorstwa lub państwa członkowskie są zobowiązane), w tym także przepisów o swobodach rynku wewnętrznego. Na marginesie należy wszakże wspomnieć o pojawiającym się czasami w doktrynie poglądzie, w myśl którego nie jest dopuszczalne powoływanie się przez państwa członkowskie na art. 86 ust. 2 TWE w tym celu, aby usprawiedliwić spowodowane przez siebie naruszenie przepisów TWE o podstawowych swobodach. Poglądu takiego broni chociażby Emmerich, którego zdaniem trudno jest sobie wyobrazić, w jaki sposób konieczność respektowania przez państwa członkowskie reguł swobodnego przepływu mogłaby stanowić – jak chce tego art. 86 ust. 2 TWE – „prawną lub faktyczną przeszkodę” w świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym (oraz w realizowaniu związanych z tymi usługami zadań). Zdaniem powołanego autora, taka przeszkoda zachodzi jedynie w zupełnie wyjątkowych wypadkach³⁴.

Trzeba przy tym przyznać, że w swoim wcześniejszym orzecznictwie również Trybunał Sprawiedliwości miał poważne wątpliwości co do tego, czy z powołaniem się na art. 86 ust. 2 TWE państwa członkowskie mogą odstępować od reguł swobodnego przepływu. Przykładowo, w sprawie *Campus Oil* uznał, że art. 86 ust. 2 TWE nie jest w stanie usprawiedliwić działań państw członkowskich naruszających art. 28 TWE, a więc takich działań, które ograniczają import z innych państw członkowskich³⁵.

Od razu wszakże trzeba powiedzieć, że w późniejszych swoich orzeczeniach Trybunał zmienił zdanie i uznał, że opisana powyżej możliwość jednak państwom członkowskim przysługuje³⁶. Stanowisko takie należy

³⁴ V. Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht...*, s. 457.

³⁵ Orzeczenie ETS w sprawie 72/83 *Campus Oil Limited i inni v. Minister Przemysłu i Energii i inni* ECR [1984] 2727, pkt 19.

³⁶ Orzeczenia ETS w sprawach: C-157/94 *Komisja v. Holandia* ECR [1997] I-5699, pkt 32; C-158/94 *Komisja v. Włochy* ECR [1997] I-5789, pkt 43; C-159/94 *Komisja v. Francja* ECR [1997] I-5815, pkt 49.

w pełni podzielić, gdyż przecież art. 86 ust. 2 TWE pozwala państwom członkowskim odstępować od wszelkich reguł traktatowych, zaś reguły konkurencji wymienia w tym kontekście jedynie przykładowo.

Należy więc uznać, że usprawiedliwienie naruszenia przepisów TWE o podstawowych swobodach w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE jest w pełni możliwe (w razie spełnienia przesłanek zawartych w tym ostatnim przepisie), przy czym dany środek naruszający przepis Traktatu o podstawowych swobodach (np. określona przyjęta przez państwo członkowskie regulacja prawna) będzie mógł być usprawiedliwiony w takim zakresie (w takim stopniu czy też rozmiarze), w jakim będzie to niezbędne (konieczne) dla zapewnienia przez dane zobowiązane przedsiębiorstwo realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym na ekonomicznie akceptowalnych warunkach. Podobnie zatem jak to ma miejsce na gruncie wyjątków traktatowych (art. 30, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE) bądź też na gruncie doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego, zakres dopuszczalnego usprawiedliwienia wyznacza w przypadku art. 86 ust. 2 TWE zasada proporcjonalności.

Należy ponadto przypomnieć (o czym była mowa w punkcie 2.3 niniejszego opracowania), że wspomniana zasada proporcjonalności powinna być stosowana, zarówno w przypadku art. 86 ust. 2 TWE, jak też na gruncie traktatowych lub orzeczniczych usprawiedliwień naruszenia podstawowych swobód, z równą intensywnością, a więc w sposób jednako rygorystyczny. Nic bowiem nie usprawiedliwia tezy, że w przypadku którejś z omawianych tutaj instytucji stosowanie zasady proporcjonalności powinno być bardziej rygorystyczne czy też bardziej liberalne w porównaniu ze stosowaniem tej zasady na gruncie innej z analizowanych instytucji. Rygoryzm bądź liberalizm stosowania zasady proporcjonalności (będącej, jak wiadomo, dość elastyczną formułą) powinien bowiem zależeć od konkretnych okoliczności każdorazowo wchodzącego w grę stanu faktycznego, nie zaś od rodzaju stosowanej w danym przypadku instytucji prawa wspólnotowego.

Biorąc powyższe pod uwagę nie da się w żaden sposób *in abstracto* stwierdzić tego, która z analizowanych tutaj instytucji umożliwia usprawiedliwienie (i odstępstwo) od przepisów TWE o podstawowych swobodach w szerszym zakresie. Nie da się zatem *in abstracto* powiedzieć, że zakres dopuszczalnych (i dających się usprawiedliwić) odstępstw od reguł swobodnego przepływu jest na gruncie którejś z omawianych instytucji dalej idący. Rzecz jasna, w konkretnych okolicznościach danego – ocenianego – stanu faktycznego może się zdarzyć, że art. 86 ust. 2 TWE

umożliwi odstępstwo od przepisów TWE o podstawowych swobodach w szerszym zakresie, niż będzie to możliwe w oparciu o wyjątki traktatowe lub też w oparciu o nadrzędne wymogi interesu publicznego (albo odwrotnie – zakres usprawiedliwienia danego działania naruszającego podstawowe swobody będzie w oparciu o te ostatnie instytucje szerszy niż w oparciu o art. 86 ust. 2 TWE). Niemniej jednak będzie to zawsze uwarunkowane danym stanem faktycznym (istniejącymi w jego ramach konkretnymi okolicznościami), nie zaś abstrakcyjną konstatacją, jakoby któraś z analizowanych tutaj instytucji już niejako *a priori* pozwalała na szersze odstępstwa.

4. Dopuszczalność równoległego zastosowania art. 86 ust. 2 TWE (z jednej strony), a także wyjątków traktatowych oraz doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z drugiej strony) do jednego i tego samego stanu faktycznego

Stwierdzenie tego, że z punktu widzenia przesłanek zastosowania obu analizowanych instytucji nie ma żadnych przeszkód ku temu, by mogły one znaleźć zastosowanie w tym samym stanie faktycznym, jak też stwierdzenie nawet i tego, że ich zastosowanie może (przynajmniej potencjalnie) doprowadzić do takich samych skutków (tj. do usprawiedliwienia naruszenia przepisów o podstawowych swobodach w takim samym zakresie), nie rozstrzyga jeszcze kwestii tego, czy z punktu widzenia systemowej wykładni obu analizowanych tutaj instytucji jest w ogóle dopuszczalne ich równoległe (równoczesne) zastosowanie do jednego i tego samego stanu faktycznego. Nie przesądzając na razie kwestii tego, czy jest to co do zasady możliwe, warto byłoby się pokusić o przedstawienie wszystkich możliwych (i dających się potencjalnie pomyśleć) zakresowych relacji pomiędzy analizowanymi instytucjami, które dają się wyobrazić na tle postawionego wyżej pytania.

I tak, po pierwsze, można by twierdzić, że pomiędzy zakresami normowania obu instytucji istnieje pewna ustalona abstrakcyjnie hierarchia, wyrażająca się w tym, że któraś z tych instytucji ma w przypadku odstępstwa od przepisów TWE o podstawowych swobodach zawsze bezwzględne pierwszeństwo zastosowania przed drugą. Inaczej mówiąc, rozważając dopuszczalność usprawiedliwienia danego działania

naruszającego przepisy TWE o swobodach rynku wewnętrznego i stwierdzając równocześnie, że przesłanki zastosowania art. 86 ust. 2 TWE, art. 30, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE lub też doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego są w danym przypadku spełnione, przy rozstrzygnięciu o zastosowaniu którejś z tych instytucji należy się zawsze kierować sztywno (i *a priori*) ustaloną pomiędzy nimi hierarchią (pierwszeństwem).

Od razu jednak należałoby w tym miejscu stwierdzić, że wykładnia odnośnych przepisów Traktatu nie daje żadnych podstaw do ustalenia pomiędzy analizowanymi instytucjami jakiegokolwiek hierarchii. W szczególności nie można zaś twierdzić, że skoro art. 30, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE oraz doktryna nadrzędnych wymogów interesu publicznego zostały specjalnie przeznaczone do tego, by w oparciu o nie usprawiedliwiać naruszenia podstawowych swobód, to tym samym instytucje te uzyskują zawsze bezwzględne pierwszeństwo w zastosowaniu przed innymi instytucjami prowadzącymi do takiego samego celu (skutku), w tym zwłaszcza przed art. 86 ust. 2 TWE. Chociaż bowiem art. 86 ust. 2 TWE znajduje się w rozdziale Traktatu dotyczącym reguł konkurencji, i wśród przepisów TWE, od których pozwala on odstępować wymienia on *explicite* (choć jedynie przykładowo) właśnie reguły konkurencji, to jednak w istocie umożliwia od usprawiedliwianie odstępstw od wszelkich reguł TWE. W tym sensie jest on powiązany także i z innymi niż dotyczące konkurencji regułami Traktatu, w tym z przepisami o podstawowych swobodach³⁷. Nie na więc powodów by twierdzić, że zawsze ustępuje on pierwszeństwa wyjątkom traktatowym od podstawowych swobód czy też doktrynie nadrzędnych wymogów interesu publicznego.

Ustalonej abstrakcyjnie hierarchii pomiędzy analizowanymi instytucjami (przesądzającej o pierwszeństwie zastosowania którejś z nich) nie można się również dopatrywać w tym, że któraś z nich umożliwia odstępowanie od przepisów Traktatu o podstawowych swobodach w szerszym zakresie niż druga. Ponieważ, jak o tym była szerzej mowa w punktach 2.3 oraz 3 niniejszego opracowania, poczynienie takiej właśnie konstatacji byłoby całkowicie niezasadne, nie sposób też w związku z tym twierdzić, że któraś z analizowanych instytucji (właśnie z uwagi na szerszy jakoby zakres dopuszczanych przez siebie odstępstw) niejako pochłania (czy też konsumuje) zastosowanie drugiej (konkurencyjnej) instytucji.

³⁷ V. Emmerich, *Das Wirtschaftsrecht...*, s. 456-457; A.C. Page, *op.cit.*, s. 23; P. Schindler, *op.cit.*, s. 67; R. Lane, *EC Competition Law*, Pearson Education Limited 2000, s. 225; D. Wyatt, A. Dashwood, *op.cit.*, s. 368.

Po drugie, można by twierdzić, że co prawda obie analizowane instytucje mogą znaleźć równoległe zastosowanie do jednego i tego samego stanu faktycznego, tym niemniej możliwość taka byłaby wyłączona zawsze wówczas, gdyby na obie te instytucje chciał się równocześnie powołać jeden i ten sam podmiot. Jak bowiem była już o tym mowa w punkcie 2.1 niniejszego opracowania, na obie analizowane tutaj instytucje mogą się co do zasady powoływać (przy założeniu spełnienia pewnych dalszych przesłanek) zarówno państwa członkowskie, jak też poszczególne zobowiązane przedsiębiorstwa. Można by zatem teoretycznie przyjąć, że jeżeli w danym stanie faktycznym określone państwo członkowskie powoła się skutecznie na art. 86 ust. 2 TWE, to już nie może dodatkowo powołać się na traktatowy wyjątek lub też na doktrynę nadrzędnych wymogów interesu publicznego. Na te ostatnie instytucje mogłoby się natomiast w danym stanie faktycznym powołać zobowiązane przedsiębiorstwo, o ile rzecz jasna można by je w danym przypadku uznać za podmiot zobowiązany (zob. uwagi w punkcie 2.1.). Na traktatowe wyjątki lub też na nadrzędne wymogi interesu publicznego mogłoby się także powołać w danym stanie faktycznym inne państwo członkowskie.

Wydaje się wszakże, że również i ta próba wyjaśnienia wzajemnych relacji pomiędzy art. 86 ust. 2 TWE (z jednej strony) a traktatowymi wyjątkami i doktryną nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z drugiej strony) nie jest zadowalająca. Trudno byłoby przecież uzależniać dopuszczalność lub niedopuszczalność równoległego stosowania do danego stanu faktycznego obu analizowanych instytucji od procesowej (i czysto formalnej) w gruncie rzeczy przesłanki, jaką jest fakt powołania się na daną instytucję przez jeden podmiot (co wówczas czyniłoby jakoby niedopuszczalnym powołanie się na więcej niż jedną z omawianych instytucji) lub przez większą liczbę podmiotów (co wówczas dawałoby jakoby możliwość zastosowania więcej niż jednej z omawianych instytucji). Skoro dany podmiot jest co do zasady uprawniony do powoływania się na obie analizowane instytucje, to powinno być możliwe również i w tym samym stanie faktycznym (o ile wszystkie pozostałe przesłanki ich zastosowania są również spełnione).

Po trzecie, można by przyjąć, że w danym konkretnym przypadku zastosowanie znajdzie zawsze ta instytucja, która umożliwia zastosowanie odstępstwa od reguł swobodnego przepływu w szerszym zakresie (tj. w stopniu dalej idącym). O ile bowiem zakresu dopuszczalnych odstępstw w oparciu o obie te instytucje nie da się ustalić *in abstracto*, o tyle jest to zawsze możliwe w danym konkretnym stanie faktycznym (zob. uwagi

w punkcie 3). W takim układzie – jak można by twierdzić – zastosowanie znajdzie jedynie ta instytucja (z wyłączeniem drugiej), która umożliwia odstępstwo dalej idące.

Jednakże stanowisko takie nie uwzględnia w dostatecznym stopniu faktu, że przez pryzmat analizowanych tutaj instytucji ewaluowane jest zawsze konkretne działanie bądź zaniechanie podmiotu zobowiązanego (tj. działanie lub zaniechanie, które przyjmuje konkretny rozmiar, kształt oraz treść, np. określona regulacja prawna). Do tego konkretnego działania bądź zaniechania i tak zostanie zawsze zastosowana tylko ta instytucja, której przesłanki zastosowania, łącznie z uczynieniem zadość przesłance proporcjonalności, są w danym przypadku spełnione. Jeżeli w świetle zakotwiczonej w ramach którejś z omawianych instytucji (i będącej przesłanką jej zastosowania) zasady proporcjonalności dane działanie bądź zaniechanie nie będzie mogło zostać w świetle tejże instytucji usprawiedliwione, zaś będzie to możliwe w oparciu o drugą (konkurencyjną) instytucję, to wówczas znajdzie zastosowanie tylko ta druga instytucja. Będzie tak wszakże nie dlatego, że umożliwia ona w tym przypadku odstępstwo od reguł swobodnego przepływu dalej idące, lecz po prostu dlatego, że przesłanki zastosowania pierwszej instytucji nie były wówczas spełnione. Jeżeli z kolei dane działanie bądź zaniechanie znajdzie usprawiedliwienie na gruncie wszystkich z analizowanych tutaj instytucji (także, czy może przede wszystkim, wskutek spełnienia przesłanki proporcjonalności), to wówczas będą stosowane wszystkie te instytucje, a bynajmniej nie jedynie ta z nich, które ewentualnie umożliwia odstępstwo od reguł swobodnego przepływu w szerszym zakresie. Rozważając bowiem dopuszczalność zastosowania tychże instytucji do danego stanu faktycznego (tj. do danego działania lub zaniechania podmiotu zobowiązanego) prawnie relewantne jest jedynie spełnienie przesłanek zastosowania wzmiankowanych instytucji, nie zaś to, czy któraś z nich potencjalnie umożliwiałaby odstępstwo od reguł swobodnego przepływu w jeszcze szerszym zakresie. Po dokonaniu już zastosowaniu do danego stanu faktycznego tychże instytucji (i usprawiedliwieniu danego działania bądź zaniechania) ta ostatnia kwestia jest już bez znaczenia.

Po czwarte wreszcie, można by przyjąć, że do danego stanu faktycznego mogą być równolegle (i równocześnie) stosowane wszystkie analizowane instytucje, zakładając rzecz jasna, że przesłanki ich zastosowania, w tym przesłanka proporcjonalności, są w danym przypadku w pełni spełnione. Właśnie to ostatnie stanowisko interpretacyjne wydaje się być najbardziej przekonujące. Jeżeli usprawiedliwienie naruszenia przepisów

TWE o swobodnym przepływie nastąpi w danym przypadku np. w oparciu o wyjątki traktatowe (art. 30, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE) lub też na podstawie doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego, to nie oznacza to, że nie jest już możliwe zastosowanie do tego stanu faktycznego art. 86 ust. 2 TWE. Jeżeli w tym konkretnym przypadku przesłanki zastosowania tej ostatniej instytucji będą również spełnione (a w świetle analiz przeprowadzonych w punkcie 2 niniejszego opracowania nie da się tego wykluczyć), to wówczas instytucja ta będzie mogła w pełni znaleźć swoje zastosowanie i także usprawiedliwić odstępstwo od reguł swobodnego przepływu. Takie podwójne usprawiedliwienie odstępstwa od przepisów TWE o swobodnym przepływie będzie jedynie dodatkowym potwierdzeniem tego, że dane działanie lub zaniechanie podmiotu zobowiązanego znajduje swoje mocne aksjologiczne uzasadnienie w konieczności ochrony szczególnie istotnych wartości.

Znamienny jest zresztą fakt, że takiego równoległego stosowania do jednego i tego samego stanu faktycznego traktatowych wyjątków oraz doktryny nadrzędnych wymogów interesu publicznego (z jednej strony) oraz art. 86 ust. 2 TWE (z drugiej strony) nie wyklucza bynajmniej Trybunał Sprawiedliwości. Wprawdzie nigdy nie wypowiedział on *explicite* tezy o dopuszczalności równoległego stosowania do danego przypadku wspomnianych wyżej instytucji, tym niemniej można wskazać na takie orzeczenia, w których co najmniej nie wykluczył takiej możliwości³⁸, względnie też, w których próbował on obie te instytucje równolegle stosować³⁹.

Ostatecznie więc należałoby stwierdzić, że zarówno art. 86 ust. 2 TWE, jak też art. 30, art. 46, art. 55 w zw. z art. 46, art. 58 TWE oraz orzecznicza doktryna nadrzędnych wymogów interesu publicznego mogą znajdować równoległe zastosowanie do jednego i tego samego stanu faktycznego, razem (łącznie) usprawiedliwiając naruszenie przepisów TWE o podstawowych swobodach.

³⁸ Zob. orzeczenia ETS w sprawach: C-157/94 *Komisja v. Holandia* ECR [1997] I-5699, pkt 24 i nast.; C-158/94 *Komisja v. Włochy* ECR [1997] I-5789, pkt 33 i nast.; C-159/94 *Komisja v. Francja* ECR [1997] I-5815, pkt 41 i nast.

³⁹ Orzeczenie ETS w sprawie C-220/06 *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia v. Administración General del Estado*, jeszcze nie publ., pkt 70 i nast. w zw. z orzeczeniem w sprawie C-412/04 *Komisja v. Włochy*, jeszcze nie publ., pkt 66.