

Działalność państwa a reguły konkurencji UE

Wprowadzenie

Rozwój narzędzi prawa konkurencji w Unii Europejskiej skierowanych przeciwko antykonkurencyjnym działaniom państwa został zapoczątkowany stosunkowo późno, bo w połowie lat 80. XX w. Był on konsekwencją zmiany podejścia do roli państwa w gospodarce i zamian w polityce gospodarczej Unii Europejskiej (UE). W latach 80. pogląd, że państwo jest skutecznym dostawcą usług publicznych, był bowiem silnie kwestionowany, a niektóre kraje (np. Wielka Brytania) rozpoczęły proces liberalizacji znacjonalizowanych gałęzi przemysłu. Ten proces był także odzwierciedlony na poziomie UE, co potwierdzały zmiany zawarte w Traktacie z Maastricht, który stanowił, że gospodarka europejska opiera się na regułach wolnego rynku¹.

W konsekwencji stopniowo w UE rozpoczęto wprowadzanie przepisów o liberalizacji głównych gałęzi przemysłu należących do państwa lub kontrolowanych przez państwo, w szczególności gałęzi sieciowych (np. telekomunikacja, transport, energetyka, poczta). Ze względów ekonomicznych przedsiębiorstwa należące do tych sektorów uznawane były za naturalne monopole. Natomiast ze względów politycznych (gałęzie przemysłu dostarczające usługi publiczne, do których wszyscy powinni mieć dostęp jako obywatele, nie jako konsumenci) konkurencja była wykluczona. W wielu krajach gałęzie te działały jako odrębne, zintegrowane wertykalnie, należące do państwa monopole. Jednakże państwowe monopole były kwestionowane ze względów polityczno-ustrojowych (odejście od systemu własności państwowej i wycofywanie się państwa ze sfery gospodarki), a także technologicznych (niska innowacyjność). Obecnie dostarczanie usług publicznych nie pozwala na wykluczanie konkurencji *prima facie*. Tradycyjne podejście do życia publicznego, oparte na zarządzaniu i obowiązku publicznym, zostało zastąpione przez podejście rynkowe do dostarczania dóbr i usług publicznych. Rolę państwa w go-

¹ Ta zasada została potwierdzona także w Traktacie Lizbońskim, zgodnie z którym UE opiera się na ustroju społecznej gospodarki rynkowej (art. 3 ust. 3 TUE).

spodarce zaczęły wyznaczać procesy jej urynkwienia, następującego m.in. poprzez prywatyzację, liberalizację, deregulację, którym towarzyszył rozwój konkurencji.

System niezakłóconej konkurencji określony w Traktacie może zostać zagwarantowany tylko wówczas, gdy chroniona jest równość szans pomiędzy różnymi uczestnikami obrotu gospodarczego. Wolna konkurencja w gospodarce rynkowej zapewnia efektywną alokację zasobów i skłania przedsiębiorstwa do optymalnego wykorzystania *know-how* oraz do rozwijania nowych metod badawczych i produktów. Aktualnie obowiązujący Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)² zawiera założenia systemowe, z których jedno stanowi, iż konkurencja wewnątrz wspólnego rynku powinna być chroniona. Wewnątrz tego systemu są przepisy antymonopolowe o szczególnym znaczeniu (art. 101-106 TFUE). Warto pamiętać, że swobody wspólnego rynku muszą być zabezpieczone nie tylko przed suwerenną ingerencją państw członkowskich, ale też przed ograniczeniami za pomocą środków będących w rękach prywatnych, jak porozumienia ograniczające konkurencję i nadużycie siły rynkowej. Państwa członkowskie posiadają zasadniczy zakaz nadużywania siły rynkowej i względnie podobnych porozumień, jednakże z zastrzeżeniem możliwości zwolnienia tych ostatnich. Trybunał Sprawiedliwości rozwinął zasadę, którą należy wziąć pod uwagę, że konkurencja nie powinna być całkowicie wyeliminowana, ale zapewniona co najmniej w takiej mierze, że kluczowe wymagania traktatowe zostałyby spełnione. Promowanie celów integracji sprzyja europejskim regułom konkurencji. Wszystkie znamiona czynu przestępczego wynikającego z art. 81 TWE w pierwszej linii muszą być interpretowane w świetle tych celów.

Celem pracy nie jest analiza procesu liberalizacji sektorów infrastrukturalnych, ale sprawdzenie, w jaki sposób Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) wpływa na proces liberalizacji rynków przez nakładanie na państwa członkowskie zobowiązań co do zmiany określonej polityki. Przedmiotem rozważań będzie także stosowanie wspólnotowego prawa konkurencji w sytuacji, gdy regulacje państw członkowskich zostają uznane za antykonkurencyjne.

1. Antykonkurencyjne regulacje państw członkowskich

Stosowanie prawa konkurencji do działań państw członkowskich jest logicznym uzupełnieniem krajowego prawodawstwa przez prawo wspólnego rynku: oba zarówno dążą do ograniczenia protekcjonizmu, jak i zapewniają efektywną alokację zasobów w UE³. Jednakże liberalizacja rynków chronionych wcześniej przez państwo powoduje napięcie

² Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), Dz. Urz. C 115/49.

³ A.F. Gagliardi, *United States and European Reunion Antitrust versus State Regulation of the Economy: is There a Better Test?*, EL Rev. 2000, nr 25, s. 353.

pomiędzy wdrażaniem prawa konkurencji a zapewnieniem, że wszyscy mieszkańcy mają dostęp do podstawowych usług bez względu na to, gdzie mieszkają (np. sieć publicznego transportu, elektryczność, gaz, telekomunikacja). Na konkurencyjnych rynkach nie ma motywacji do dostarczania tych usług powszechnie po przystępnych cenach. Granica musi zostać określona poprzez równoważenie rozwoju gospodarki rynkowej z antykonkurencyjnymi politykami krajowymi i ochroną interesu publicznego. Całkiem niedawno Unia Europejska rozpoczęła równoważenie polityki konkurencji z pozaekonomicznymi aspektami, w szczególności poprzez ograniczanie stosowania prawa konkurencji w odniesieniu do usług w ogólnym interesie gospodarczym. Dlatego napięcie pomiędzy konkurencją a innymi dziedzinami polityki gospodarczej, jakie pojawia się w Unii Europejskiej, nie dotyczy tylko relacji pomiędzy UE a państwami członkowskimi⁴.

Art. 119 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) stanowi, że „dla osiągnięcia celów określonych w artykule 3 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) działania państw członkowskich i UE obejmują, na warunkach i zgodnie z harmonogramem przewidzianym w niniejszym Traktacie, przyjęcie polityki gospodarczej opartej na ścisłej koordynacji polityk gospodarczych państw członkowskich, rynku wewnętrznym i ustaleniu wspólnych celów oraz prowadzonej w poszanowaniu zasady otwartej gospodarki rynkowej z wolną konkurencją”. Państwa członkowskie mają generalny obowiązek współpracy z UE dla realizacji celów zawartych w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską (TWE). Art. 4 ust. 3 TUE stanowi, że „państwa członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji UE. Państwa członkowskie ułatwiają UE wypełnianie jej zadań i powstrzymują się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu jej celów.

Przepis ten stanowi podstawę sformułowania zasady lojalnej współpracy instytucjonalnej, która określa sposób komunikowania się między organami i określa sposób realizacji zadań UE. Instytucje są zobowiązane do takiego współdziałania, które umożliwia osiągnięcie celów integracji. Współodpowiedzialność za wspólne dobro jest fundamentalną zasadą, na której należy opierać wszelkie działania. Jest to kwestia współdziałania aktorów w samej strukturze UE, a także relacji, jakie istnieją między instytucjami europejskimi i narodowymi.

Przepis ten odnosi się do solidarnego zachowania państw członkowskich. Zgodnie z nim państwa członkowskie z jednej strony są zobligowane do podejmowania wszelkich środków w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatu lub z działań instytucji UE, a z drugiej – państwa członkowskie muszą powstrzymywać się

⁴ Zob. Biała Księga w sprawie usług w ogólnym interesie gospodarczym, COM (2004) 374 final.

od jakichkolwiek działań mogących podważyć skuteczność prawa europejskiego w prawie krajowym.

ETS, opierając się na art. 4 ust. 3 TUE (wcześniej art. 10 TWE), sformułował zobowiązania państw członkowskich i instytucji odnoszące się do reguły lojalności, do których należą:

1. stosowanie prawa europejskiego w prawie krajowym,
2. przestrzeganie prymatu prawa UE wobec prawa krajowego,
3. zakaz stanowienia przepisów prawnych sprzecznych z prawem UE,
4. eliminacja z prawa krajowego przepisów sprzecznych z prawem europejskim,
5. ściganie naruszeń prawa UE,
6. współpraca z organami UE głównie poprzez udzielanie im informacji i pomoc w przeprowadzaniu postępowań m.in. w przedmiocie naruszenia prawa konkurencji UE.

W praktycznym wymiarze systemy prawne państw członkowskich i system prawny UE m.in. w sferze konkurencji wzajemnie się przenikają, gdyż polityka państwa członkowskiego, poza ochroną konkurencji na rynku krajowym, chroni również konkurencję na wspólnym rynku. Każdy z tych rynków stanowi bowiem istotną część jednolitego rynku europejskiego i odwrotnie, postępowanie organów UE dotyczy bezpośrednio również rynków i przedsiębiorstw państw członkowskich. Kryteria dla spraw antymonopolowych o zasięgu wspólnotowym i krajowym zostały też precyzyjnie określone w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) i Sądu Pierwszej Instancji (SPI). Ponadto zakres kompetencji tak organów krajowych, jak i organów UE został określony w rozporządzeniu Nr 1/2003⁵. Rozporządzenie to reguluje związki między postanowieniami art. 101 i 102 TFUE a krajowym prawem konkurencji, precyzuje uprawnienia Komisji i uprawnienia organów państw członkowskich, współpracę między narodowymi organami antymonopolowymi i Komisją, a także inne kwestie, jak jednolite stosowanie europejskiego prawa konkurencji czy przeprowadzanie kontroli na potrzeby kontroli innego państwa członkowskiego.

W serii orzeczeń z późnych lat 70. i połowy 80. Trybunał Sprawiedliwości orzekał, że na podstawie art. 4 ust. 3 TUE państwa członkowskie nie powinny utrzymywać w mocy prawnej przepisów pozwalających przedsiębiorcom zakłócać konkurencję, ponieważ takie przepisy pozbawiają prawo konkurencji jego *effet utile*⁶. Na przykład

⁵ Rozporządzenie Rady WE nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu, Dz. Urz. 2003, L1/1.

⁶ Podstawowa zasada dotycząca wykonywania prawa wspólnotowego – polega na konieczności osiągnięcia zakładanego rezultatu w odpowiedni sposób. Dla niektórych jest to samoistna zasada, inni uważają ją za jedno z następstw prawnych zasady wyrażonej w art. 4 ust. 3 TUE.

w orzeczeniu w sprawie *van Vlaamse Związek Biur Turystycznych w Belgii* ustanowił Kodeks Zachowań zakazujący rabatów (zniżek, upustów) i porozumień cenowych sprzecznych z art. 101 TFUE (wcześniej art. 81 TWE). Kodeks został później włączony w Dekret Królewski i uzyskał moc prawnie obowiązującą. Operator wycieczek w Belgii złożył skargę na stowarzyszenie biur podróży przekazujących na rzecz ich klientów prowizje otrzymywane od organizatorów wycieczek. W świetle prawa belgijskiego organizatorzy wycieczek mieli prawo wszczęcia postępowania w sprawie nieuczciwej konkurencji przeciwko przedsiębiorcom obniżającym ceny. ETS orzekł, że istniały porozumienia między organizatorami wycieczek i biurami podróży, mające na celu stosowanie cen dumpingowych, które naruszały art. 101 ust. 1 TFUE. Według ETS prawo belgijskie wspierało taki antykonkurencyjny system przez nadanie mu trwałego charakteru, rozszerzając go na nieuczestniczących przedsiębiorców. Ponadto przewidywało ono kary dla tych, którzy przekazywali swoje prowizje. Dlatego też prawo belgijskie naruszało przepisy traktatowe i skarga powoda na nieuczciwą konkurencję powinna być nieważna.

W odniesieniu do sądu belgijskiego Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że prawo belgijskie umacnia prywatne porozumienia, które mogą skutkować powstaniem kartelu i są sprzeczne z prawem europejskim. Prawo to było niespójne z art. 10 TWE (aktualnie art. 4 ust. 3 TUE) i art. 81 TWE (aktualnie art. 101 TFUE)⁷.

W sprawie *INNO przeciwko ATAB*⁸ ETS rozpatrywał sprawę opodatkowania tytoniu w Holandii i orzekł, że łączny skutek art. 10, 81 i 82 TWE (aktualnie art. 4 ust. 3 TUE, 101 i 102 TFUE) oznacza, że państwo członkowskie mogło naruszyć traktat przez utrzymanie przepisów prawnych, które mogły ograniczyć skuteczność prawa konkurencji. Późniejsze przypadki wykorzystywały implikacje tego orzeczenia.

Trybunał umocnił to podejście w sprawie *Van Eycke*, w której powód rozczarowany stopą oprocentowania lokaty twierdził, że oprocentowanie depozytów zostało zmniejszone do poziomu poniżej jego oczekiwań z powodu przepisów podatkowych, które naruszały art. 101 TFUE. SPI orzekł, że doktryna INNO nie miała tutaj zastosowania, ponieważ nie było wskazówek, że przepisy prawne zachęcały lub poszerzały wcześniejsze antykonkurencyjne porozumienia. W tym orzeczeniu SPI stwierdził, że państwo członkowskie naruszyłoby art. 4 ust. 3 TUE w związku art. 101 TFUE, jeśli wymagałoby lub sprzyjało wdrożeniu porozumienia, decyzji lub uzgodnionej praktyki sprzecznej

Jeśli państwo tworzy przepisy prawa, które legitymizują antykonkurencyjne zachowania, osłabia efektywność przepisów art. 101 i 102 TFUE.

⁷ Orzeczenie ETS w sprawie 311/85 *Vereiniging van Vlaamse Reisbureaus v ASBL Sociale Dienst van de Plaatselijke en Gewestelijke Overheidsdiensten*, Zb. Orz. 1987, s. 3801.

⁸ Orzeczenie ETS w sprawie 13/77 *INNO przeciwko ATAB*, Zb. Orz. 1977, s. 2115.

z tym przepisem, wzmocniłoby jej efekt lub pozbawiałoby jego własnych przepisów prawnych oficjalnego charakteru przez przekazanie na podmioty prywatne odpowiedzialności za podejmowanie decyzji naruszających sferę ekonomiczną.

W tej sprawie ustalono podstawy, w oparciu o które regulacje państwowe zderzają się z europejskim prawem konkurencji. Środki państwowe są niespójne z art. 4 ust. 3 TUE rozpatrywanym łącznie z art. 101 lub 102 TFUE, jeśli sprzyjają zawieraniu porozumień lub wdrażaniu uzgodnionych praktyk (sprzecznych z art. 101 TFUE) albo sprzyjają delegowaniu przez władze publiczne odpowiedzialności za podejmowanie decyzji naruszających sferę gospodarczą na prywatnych przedsiębiorców⁹. W każdej z tych trzech okoliczności stosowania art. 4 ust. 3 TUE Trybunał szukał związku przyczynowego pomiędzy środkami państwowymi a zachowaniem prywatnych przedsiębiorców naruszającym art. 101 TFUE. W przypadku gdy przedsiębiorcy nie naruszają prawa konkurencji, sam art. 4 ust. 3 TUE nie ma zastosowania¹⁰. Art. 4 ust. 3 TUE w związku z art. 101 TFUE jest naruszony tylko wówczas, gdy państwo wymaga, sprzyja lub umacnia antykonkurencyjne porozumienie lub zrzeknie się swoich kompetencji do ustalania cen na rzecz podmiotów prywatnych.

W sprawie *Meng*¹¹ agent ubezpieczeniowy był oskarżony przez urzędników państwowych za naruszanie niemieckich regulacji chroniących agencje ubezpieczeniowe przed przekazywaniem na rzecz klientów prowizji (rabatów) lub innych korzyści finansowych. Trybunał nie znalazł dowodów na istnienie wcześniejszych porozumień przedsiębiorców działających na rynku ubezpieczeń ograniczających prowizje (rabaty) płacone klientom. Dlatego prawo krajowe, ograniczając konkurencję cenową, nie pozostawało w sprzeczności z art. 4 ust. 3 TUE i 101 TFUE¹². Skutek niemieckich przepisów prawnych dla sprawy *Meng* jest tożsamy ze skutkiem prawnym w sprawie *van Vlaamse*. W obu przypadkach prawo powodowało niewłaściwą alokację środków ekonomicznych przez ograniczanie konkurencji cenowej. Jeśli celem Trybunału w sprawie *van Vlaamse* było utrzymanie efektywności prawa konkurencji, to rozważania i wnioski tego przypadku powinny być wykorzystane także w sprawie *Meng* i powinny pozwolić Trybunałowi stwierdzić niezgodność prawa krajowego z prawem konkurencji UE, jeśli

⁹ Orzeczenie ETS w sprawie 267/86 *Pascal Van Eycke v ASPA NV*, Zb. Orz. 1988, s. 4769, par. 16.

¹⁰ Niektóre orzeczenia wskazują, że art. 4 ust. 3 TUE może być stosowany przez prywatnych przedsiębiorców i nie musi odnosić się do antykonkurencyjnych zachowań.

¹¹ Orzeczenie ETS w sprawie C-2/91 *Criminal Proceedings against Wolf. W. Meng*, Zb. Orz. 1993, s. I-5751.

¹² *Ibidem*.

powodowało ono antykonkurencyjne skutki¹³. W przeciwieństwie do sprawy *van Vlamse*, gdzie Belgia umocniła wcześniejsze porozumienia między biurami podróży, w sprawie *Meng* nie było żadnego porozumienia¹⁴. Nacisk na to, że musi istnieć porozumienie sprzeczne z art. 101 TFUE zanim państwo członkowskie zostanie pozwane za naruszenie art. 4 ust. 3 TUE, stanowi oczywistą granicę między zakresem, w jakim można stosować doktrynę INNO, aby zaskarżyć środki państwowe. W szczególności oczywiste jest, że art. 4 ust. 3 TUE nie może być używany po prostu tylko dlatego, że środki państwowe tworzą efekty podobne do tych, jakie tworzy kartel. Art. 4 ust. 3 TUE w związku z art. 101 TFUE jest naruszony tylko wówczas, gdy państwo wymaga, sprzyja lub umacnia antykonkurencyjne porozumienie lub zrzeknie się swoich kompetencji co do ustalania cen na rzecz podmiotów prywatnych.

2. Odstępstwa od reguł konkurencji a interes publiczny

Jeśli cel art. 4 ust. 3 TUE jest ograniczony do przypadków, gdzie istnieje zwykły związek pomiędzy prawem a porozumieniem między przedsiębiorcami, to warto zastanowić się, czy rzeczywiście nie można uzasadnić antykonkurencyjnych regulacji, jeśli mają one na celu interes publiczny. Na przykład państwo członkowskie może chcieć regulować cenę pewnych dóbr, aby zapewnić dostęp do nich wszystkim obywatelom po rozsądnej cenie, i może w tym celu zgodzić się na porozumienie cenowe zawarte przez sprzedawców. Nie jest jasne, jak daleko względy pozaekonomiczne mogą służyć uzasadnianiu antykonkurencyjnych porozumień¹⁵. Jeśli antykonkurencyjne ustawodawstwo państwowe wychodzi poza doktrynę art. 4 ust. 3 TUE i nie jest także uzasadnione liberalizacją, wówczas istnieje prawdopodobieństwo antykonkurencyjnych działań państwa kompromitujących traktatowe ambicje tworzenia gospodarki opartej na mechanizmach rynkowych¹⁶.

Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału wydaje się sprowadzać do twierdzenia, że jeśli państwo nie jest zdolne do podania istotnych powodów uzasadniających działania lub regulacje antykonkurencyjne, nie może unikać stosowania prawa konkurencji. Argumentem, jakim może posłużyć się w tym przypadku państwo, jest działanie w interesie

¹³ N. Reich, „*The November Revolution*” of the European Court of Justice: *Keck, Meng and Audi Revisited*, CML Rev. 1994, nr 31, 459, 465.

¹⁴ Orzeczenie ETS w sprawie C-2/91, *op. cit.*, par. 14.

¹⁵ K. Bacon, *State Regulation of the Market and EC Competition Rules: Articles 85 i 86 Compared*, ECLR 1997, nr 5, s. 283, 288.

¹⁶ A.F. Gagliardi, *United States and European Reunion Antitrust versus State Regulation of the Economy: is There a Better Test?*, EL Rev. 2000, nr 25, s. 353 i n.

publicznym. Takie podejście można wywnioskować pośrednio z orzecznictwa Trybunału¹⁷. W sprawie *Reiff* Trybunał orzekł, że zarząd przewoźników drogowych w Niemczech (German tariff board for fixed Road haulage), który podjął decyzję o podniesieniu drogowych opłat przewozowych pod nadzorem ministra, nie był przedstawicielem zainteresowanych przedsiębiorców. Dlatego uznano, że państwo nie naruszyło art. 4 ust. 3 TUE, ponieważ nie przekazało swoich kompetencji legislacyjnych prywatnym przedsiębiorcom. Formalnie Trybunał orzekł, że prawo krajowe nie prowadziło do antykonkurencyjnych porozumień sprzecznych z art. 101 TFUE. Trybunał zauważył, że istniały dwa proceduralne zabezpieczenia zapewniające, że państwo nie tylko nie zrezygnowało z regulacji gospodarki w odniesieniu do prywatnych podmiotów: członkowie urzędu celnego (*members of the tariff board*) byli ekspertami nominowanymi przez przedstawicieli danej branży przemysłu, ale nie byli związani wytycznymi przedsiębiorców. Ponadto minister miał ostatnie zdanie w zespole i prawo decydowania o wprowadzeniu nowych taryf. Mógł zatem zapobiegać naruszeniu interesu publicznego przez niewłaściwe decyzje zespołu (*boards decision*)¹⁸. Warto porównać tę sprawę ze sprawą Komisji przeciwko państwu włoskiemu,¹⁹ w której Komisja złożyła skargę na Republikę Włoch zgodnie z art. 226 TWE na niezgodność z prawem UE przepisów prawa krajowego wymagających ustanowienia przez Krajową Radę Agentów Celných obowiązkowych opłat dla agencji celnych. ETS orzekł, że Krajowa Rada sama naruszyła art. 101 ust. 1 TFUE przez ustanowienie opłat²⁰. W dalszej części orzekł także, że państwo włoskie naruszyło przepisy traktatowe, wymagając, aby Rada opracowała obowiązkowy system opłat²¹, zrzekając się zupełnie na rzecz prywatnych operatorów gospodarczych kompetencji w zakresie ustalania opłat, należących do organów publicznych^{22, 23}. Tym samym państwo zrezygnowało ze swej roli jako regulatora w tej branży, wspierając tym samym porozumienia kartelowe. Obie te sprawy różnią się faktem, że w sprawie *Reiff* nie delegowano kompetencji legislacyjnych, podczas gdy w sprawie Komisji przeciwko państwu włoskiemu były.

¹⁷ Zob. I. Van Bael, J.F. Bellis, *Competitin Law of the European Community*, 4th edn. New York, Kluwer, 2004, s. 998-990.

¹⁸ Orzeczenie ETS w sprawie C-185/91 *Reiff*, Zb. Orz. 1993, s. I-5801, par. 17-22.

¹⁹ Orzeczenie ETS w sprawie C-35/96 *Komisja przeciwko państwu włoskiemu*, Zb. Orz. 1998, s. I-3851.

²⁰ *Ibidem*, par. 51.

²¹ *Ibidem*, par. 56.

²² *Ibidem*, par. 57.

²³ *Ibidem*, par. 58

Z praktycznego punktu widzenia to podejście pomija zasadniczą ocenę elementów polityki publicznej obligującej państwo do wzięcia pod uwagę, że ma ono obowiązek ustanowić procedury regulacji gospodarki w interesie publicznym zamiast ulegać lobby zainteresowanych stron. Ingerencja w sferę rynku i regulacje w tym zakresie są zwykle podstawą krytyki państwa. Jednakże w sprawie *Reiff* wskazano, że zaangażowanie państwa w ochronę prywatnych podmiotów pracujących w interesie publicznym jest powodem niestosowania prawa konkurencji. Polityka publiczna państwa jest uzasadniona, jeżeli jego regulacje są proporcjonalne do zamierzonego celu. Trybunał powinien rozważyć te kwestie zwłaszcza po decyzji w sprawie *Wouters*, gdzie orzekł, że prawo wspólnotowe nie znajduje zastosowania, jeśli jest sprzeczne z ochroną uzasadnionego interesu²⁴.

3. Egzekwowanie zobowiązań państwa wynikających z art. 4 ust. 3 TUE

Odrębną kwestią, jaką należy rozważyć, jest egzekwowanie zobowiązań państwa w świetle art. 4 ust. 3 TUE. Art. 4 ust. 3 TUE nakłada na państwa członkowskie obowiązek powstrzymania się od podejmowania jakichkolwiek środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów UE. W praktyce było wiele przypadków, w których osoby fizyczne i prawne powoływały się na art. 4 ust. 3 TUE (wcześniej 10 ust. 2 TWE) w postępowaniach przed sądami cywilnymi i karnymi w państwach członkowskich zarówno w charakterze powoda, jak i pozwanego, wskazując, że określone przepisy prawa krajowego są nieważne z powodu niezgodności z przepisami traktatowymi. Wiele z nich zostało przekazanych do ETS na podstawie art. 267 TFUE. ETS ustanowił obowiązek niestosowania przepisów prawa sprzecznych z prawem UE tak przez sądy krajowe, jak i organy administracji, włączywszy organy ochrony konkurencji.

Komisja tylko raz (we wspomnianej już sprawie Komisji przeciwko państwu włoskiemu) orzekła, że prawo krajowe narusza art. 4 ust. 3 TUE i 101 TFUE (wcześniej 81 TWE). Pozostałe orzecznictwo jest efektem krajowych sporów sądowych, gdzie osoba naruszająca prawo krajowe stosuje art. 4 ust. 3 TUE jako ochronę przed zarzutami, że prawo krajowe jest sprzeczne z prawem UE. Należy pamiętać, że unieważnienie krajowych przepisów prawa niezgodnych z prawem europejskim przez sąd krajowy nie stanowi pomocy dla strony prywatnej w sporze, ale nakłada na państwo obowiązek odszkodowawczy. To rodzi silną, aczkolwiek pośrednią i przypadkową motywację dla państwa,

²⁴ Orzeczenie ETS w sprawie C-309/99 *J.C.J. Wouters and others v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, Zb. Orz. 2002, s. I-1577.

aby usunąć antykonkurencyjne regulacje. Bardziej planowe wyzwania dla antykonkurencyjnych działań państwa mogą skutkować orzeczeniem Trybunału, jak np. w sprawie *Conorzio Industrie Fiammiferi v Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato*²⁵. Tutaj włoski urząd ochrony konkurencji orzekał w sprawie skargi niemieckiego producenta zapalek, który uważał, że włoskie prawo regulujące konsorcjum krajowych producentów zapalek ma antykonkurencyjne skutki utrudniające eksport zapalek do Włoch. Trybunał stwierdził, że obowiązkiem włoskich organów ochrony konkurencji jest zgłosić wadliwe przepisy prawa krajowego, które ułatwiają lub zobowiązują prywatne strony do zawierania antykonkurencyjnych porozumień w sprzeczności z art. 4 ust. 3 TUE w związku z art. 101 TFUE. Na ogół sprzyja to wprowadzeniu przepisów, które zagwarantują większą ochronę interesu publicznego, a w mniejszym stopniu będą sprzyjały roszczeniom protekcyjnym. Orzeczenie w sprawie *Fiamiferi* zachęciło krajowe organy ochrony konkurencji do bardziej systematycznego przeglądu antykonkurencyjnych regulacji państwowych.

4. Szczególny obowiązek w świetle art. 106 TFUE i art. 4 ust. 3 TUE

Nałożenie obowiązku na państwa członkowskie na podstawie art. 4 ust. 3 TUE stanowi dobrą drogę do uporządkowania antykonkurencyjnych regulacji. Jednakże Trybunał, pełen szacunku dla niezależności państwowej, zawęził stosowanie obowiązku w art. 4 ust. 3 TUE do spraw, gdzie prawo krajowe stanowiło związek przyczynowo-skutkowy porozumienia naruszającego art. 101 TFUE²⁶. Zamiast stosowania wspólnotowego prawa konkurencji do antykonkurencyjnych regulacji państwa, należy wprowadzić w życie regulacje w rozumieniu art. 106 TFUE, do których odesłanie ma węższe znaczenie niż art. 4 ust. 3 TUE, ale jego efekty są znacząco poważniejsze.

Art. 106 TFUE stanowi, że „państwa członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączone, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami niniejszego Traktatu, w szczególności z normami przewidzianymi w artykułach 18 oraz 101-109”. W par. 2 art. 106 wyraźnie wskazano, że „przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom niniejszego Traktatu, zwłaszcza regułom konku-

²⁵ Orzeczenie ETS w sprawie C-198/01 *Conorzio Industrie Fiammiferi (CIF) v Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, Zb. Orz. 2003, s. I-8055.

²⁶ Zakres stosowania art. 4 ust. 3 TFUE w związku z art. 102 TFUE został określony w sprawie 13/77 *INNO przeciwko ATAB*, *op. cit.*

rencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii”.

Przepis art. 106 TFUE ma charakter wyjątkowy i wieloznaczny. Warto więc zastanowić się, jak obowiązek państwa określony w art. 106 par. 1 respektuje całość zobowiązań traktatowych, nie stanowiąc ani nie utrzymując w mocy żadnych środków sprzecznych z nimi. Odniesienie do prawa konkurencji nie jest tutaj wyczerpujące. Obowiązki określone w art. 106 ust. 1 są zbliżone do tych określonych w art. 4 ust. 3 TUE, w świetle których państwo narusza prawo UE, jeśli narusza art. 4 ust. 3 TUE i inne zobowiązania traktatowe. Różnica pomiędzy art. 4 ust. 3 TUE i 106 TFUE jest taka, że gdy art. 4 ust. 3 TUE ma charakter generalny, art. 106 ma zastosowanie do trzech typów przedsiębiorstw:

1. przedsiębiorstw państwowych (takich, na które państwo ma dominujący wpływ, np. posiada większościowy pakiet akcji (udziałów))²⁷,
2. przedsiębiorstw, którym państwo przyznało prawa wyłączne (są to przedsiębiorstwa posiadające monopol prawny na dostarczanie określonych usług, jak np. wyłączna franszyza na usługi karet pogotowia w Berlinie),
3. przedsiębiorstwa, którym państwo przyznało szczególne prawa (tj. prawa do działania w szczególnych sektorach gospodarki, w których funkcjonuje ograniczona liczba przedsiębiorców).

Wszystkie te prawa posiadają wspólną cechę – ograniczenie konkurencji na rynku do jednego lub do niewielkiej liczby uczestników. Jednakże art. 106 nie określa, czy przyznawanie takich praw albo też tworzenie przedsiębiorstw państwowych (publicznych) jest niezgodne z prawem²⁸. Ale kiedy struktury gospodarcze (przedsiębiorstwa państwowe) są tworzone przez działanie państwa, nie ma żadnych środków (regulacyjnych czy też administracyjnych), które mogłyby być podjęte przez państwo naruszające swoimi działaniami przepisy TWE. Drugą różnicą pomiędzy art. 4 ust. 3 TUE i art. 106 TFUE jest przewidziana w par. 2 możliwość uchybienia obowiązkowi przewidzianemu w par. 1 w sytuacji, gdy państwo reguluje zachowanie pewnych przedsiębiorców. Ponadto w przeciwieństwie do art. 4 ust. 3 TUE Komisja na podstawie art. 106 ust. 3 TFUE ma kompetencje do wszczęcia postępowania przeciwko państwu członkowskiemu. Może

²⁷ Zob. art. 2 Dyrektywy z dnia 25 czerwca 1980 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, Dz. Urz. 1980 L195/35; decyzja KE w sprawie *Netherlands Express Delivery Services*, Dz. Urz. 1990 L10/47.

²⁸ Orzeczenie ETS w sprawie 155/73 *Giuseppe Sacchi*, Zb. Orz. 1974, s. 409, par. 14 (interpretuje art 86 ust. 1 TWE jako zgodę na specjalne albo wyłączne prawa.

ona złożyć skargę na państwo uchylające stosowaniu prawa UE w oparciu o art. 258 TFUE, jak we wspomnianej już sprawie *Włochy przeciwko Komisji*²⁹ lub w oparciu o art. 106 ust. 1 lub 106 ust. 3 TFUE.

Generalnie cel stosowania art. 106 TFUE został określony stosunkowo szeroko. Powinien być rozumiany jako próba równoważenia interesu UE w tworzeniu konkurencyjnych rynków z krajowym suwerennym prawem do ograniczeń zakresu konkurencji w pewnych sektorach gospodarki ze względu na interes publiczny. W literaturze poglądy na tę kwestię są jednak podzielone. Zwolennicy podejścia rynkowego do świadczenia usług publicznych wskazują, że powinny być one dostarczane na konkurencyjnych zasadach rynkowych³⁰. Inni natomiast preferują mniej rynkowe podejście do świadczenia usług publicznych w ogólnym interesie gospodarczym i odwołują się do zasady subsydiarności jako uzasadnienia dla utrzymania krajowych mechanizmów regulacyjnych. W praktyce ETS wymusił liberalizację różnych sektorów gospodarki (m.in. usług pocztowych, urządzeń portowych, nadawania programów telewizyjnych). Państwa członkowskie zostały zmuszone do liberalizacji pewnych sfer usług (m.in. telekomunikacji i poczty).

Warto zwrócić uwagę m.in. na orzeczenie ETS w sprawie RTT, które wymusiło zmiany w belgijskim prawie, gdzie publiczne przedsiębiorstwo (*Régi des télégraphes et des téléphones* (RTT)) było odpowiedzialne za utworzenie i funkcjonowanie publicznej sieci telefonicznej (która posiadała monopol prawny). RTT było także dostawcą telefonów i posiadało wyłączne prawo do homologacji telefonów produkowanych przez innych, zapewniającej dostęp do jego sieci. GB-INNO sprzedawało w Belgii telefony importowane z Dalekiego Wschodu. Spory pojawiały się, kiedy GB-Inno-BM (GB) sprzedawało telefony, które nie zostały zaaprobowane po cenie znacznie niższej niż ta pobierana przez firmę RTT za jej telefony. W świetle belgijskiego prawa RTT dążyło do ustanowienia zasad wymagających, aby GB-Inno sprzedawała tylko jej telefony, a sprzedając inne, informowała klientów, że nie posiadają homologacji RTT. Taka informacja miała znacznie uszczuplić potencjalne zyski GB. Na swoją obronę GB wskazywał, że w świetle belgijskiego prawa procedura zatwierdzenia określonego typu telefonu przez RTT była niezgodna z prawem. Działania RTT stanowiły w opinii GB nadużycie pozycji dominującej, ponieważ wspomagały one sprzedaż produktów RTT. RTT starało się uzyskać sądowy zakaz sprzedaży takich telefonów, gdyż nie były one dozwolone w świetle prawa belgijskiego. Sąd belgijski skierował pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości o zgodność przepisów prawa belgijskiego zarówno z art. 28 TWE (aktual-

²⁹ Orzeczenie ETS w sprawie C-35/96, Zb. Orz. 1998, s. I-3851, *op. cit.*

³⁰ E. Szyszczak, *Public Service Provision in Competitive Markets*, 20 Yearbook of European Law, 2001, s. 35.

nie art. 34 TFUE), jak i art. 82 TWE (aktualnie art. 102 TFUE) w związku z art. 86 TWE (aktualnie art. 106 TFUE).

ETS stwierdził, że nadużycie jest wówczas, gdy przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą na określonym rynku zastrzega sobie dodatkową działalność, która mogłaby być wykonywana przez innego przedsiębiorcę jako część jego działalności na sąsiednim, ale odrębnym rynku, z możliwością eliminacji całej konkurencji tego przedsiębiorstwa³¹. ETS orzekł, że jeśli działanie państwa spowoduje zastrzeżenie dodatkowej działalności, wówczas naruszy art. 106 ust. 1 TWE³². RTT wskazywał, że istniałoby naruszenie art. 106 ust. 1 jedynie wówczas, gdy państwo członkowskie sprzyjałoby nadużyciu np. przez działanie w sposób dyskryminujący³³. Jednakże to twierdzenie zostało odrzucone przez ETS, który wskazał, że poszerzenie monopolu RTT samo w sobie było środkiem państwa sprzecznym z art. 106 ust. 1 TFUE³⁴. Ustanowienie systemu regulacji dającego RTT prawo do określenia, jaki sprzęt będzie podłączony do publicznej sieci telefonicznej, i tym samym przyznanie oczywistej korzyść dającej mu przewagę nad konkurentami było bezprawne³⁵.

W opinii ETS art. 102 TFUE ma zastosowanie tylko do antykonkurencyjnych zachowań, w które angażują się przedsiębiorcy z własnej inicjatywy. Nie ma natomiast zastosowania do środków podejmowanych przez państwo, do których zastosowanie ma art. 106 ust. 1. W świetle tych przepisów państwa członkowskie nie mogą za pomocą norm prawnych lub środków administracyjnych stawiać przedsiębiorstw publicznych lub przedsiębiorstw, którym przyznano szczególne albo wyłączne prawa, w pozycji, której one nie mogą osiągnąć, nie naruszając art. 102 TFUE³⁶. Zatem gdy rozszerzenie dominującej pozycji przedsiębiorstw publicznych lub przedsiębiorstw, którym przyznano szczególne albo wyłączne prawa, następuje w ramach środków, jakimi dysponuje państwo, takie środki stanowią naruszenie art. 106 w związku z art. 102 TWE³⁷.

Praktyczne konsekwencje tego orzeczenia oznaczają, że sąd krajowy jest zobowiązany nie stosować przepisów prawa krajowego sprzecznych z prawem UE. Orzeczenie to wywarło poważny nacisk na państwo członkowskie co do zmiany prawa i ułatwienia wejścia na rynek GB-INNO oraz innych przedsiębiorstw chcących dostarczać telefony.

³¹ *Ibidem*, par. 18.

³² *Ibidem*, par. 21.

³³ *Ibidem*, par. 22.

³⁴ *Ibidem*, par. 23.

³⁵ *Ibidem*, par. 51.

³⁶ Orzeczenie ETS w sprawie 18/88 *Régie des télégraphes et des téléphones (RTT) v GB-Inno-BM SA*, Zb. Orz. 1991, s. I-5941, par. 20.

³⁷ *Ibidem*, par. 22.

Rynki wcześniej zamknięte z powodu ochrony udzielanej publicznym przedsiębiorcom są teraz otwarte na konkurencję. Orzeczenie to nie odnosi się jednak do kwestii własności publicznej RTT, gdyż w takim przypadku naruszałoby art. 345 TFUE. Traktat nie ma wpływu na regulacje krajowe w państwach członkowskich rządzące systemem własności, co było umieszczone w Traktacie o EWG z 1957 r. dopuszczającym nacjonalizację przemysłu. Jednakże TFUE ogranicza zakres działalności, którą mogą wykonywać przedsiębiorstwa publiczne. W tym kontekście RTT mogłoby swobodnie prowadzić działalność w zakresie sieci telefonicznych, ale nie mogło jednocześnie kontrolować legalizacji sprzętu telefonicznego. Traktat nie zmusza więc do prywatyzacji państwowych monopolii, ale kontroluje ich zakres działalności.

Najbardziej znaczący wkład orzeczenia w tej sprawie w rozwój reguł konkurencji stanowi przyjęcie bardziej radykalnego podejścia w zakresie stosowania art. 106 TFUE oraz art. 4 ust. 3 TUE, gdzie antykonkurencyjne porozumienia dopuszczalne przez prawo krajowe muszą zostać uznane za sprzeczne z prawem UE. W orzeczeniu w sprawie RTT Trybunał stwierdził, że państwowe środki są sprzeczne z prawem, kiedy stawiają prywatnych przedsiębiorców w pozycji, w której nie mogą oni uniknąć naruszenia pozycji dominującej. Przez wiele lat ta kwestia była pomijana. Sytuacja zaczęła się zmieniać na skutek znaczących orzeczeń ETS. W 1991 r. ETS wydał cztery znaczące orzeczenia w odniesieniu do art. 86 ust. 1 (aktualnie 106 ust. 1 TFUE) w związku z innymi przepisami traktatowymi, włączywszy w szczególności art. 82 TWE (aktualnie 102 TFUE). Dalsze znaczące orzeczenie zostało wydane w omówionej niżej sprawie *Corbau* w 1993 r.³⁸ i innych orzeczeniach³⁹. Na przykład w sprawie *Höfner*⁴⁰ przedsiębiorca, który uzyskał wyłączne prawo do prowadzenia agencji pośrednictwa pracy, był wyraźnie niezdolny, aby zaspokoić popyt (nadużycie w rozumieniu art. 102 b TFUE). ETS orzekł, że państwo członkowskie, które przyznało wyłączne prawa publicznej agencji pracy (zastrudnienia) może naruszać art. 106 ust. 1, jeśli wykonywanie przez agencję jej praw nieuchronnie naruszałoby art. 102. Federalny Urząd Pracy w Niemczech miał monopol prawny w zakresie usług pośrednictwa na rynku pracy, ale w praktyce nie był w stanie zaspokoić popytu. Sprawa została odesłana do ETS na podstawie art. 234 TWE (aktualnie 267 TFUE), który stwierdził, że fakt, iż Niemcy przyznały monopol prawny Urzędo-

³⁸ Orzeczenie ETS w sprawie C-320/91 *Criminal Proceedings against Paul Corebeau*, Zb. Orz. 1993, s. 2533.

³⁹ Orzeczenie ETS w sprawie C-260/89 *Ellinki Radiophonia Tiléorassi AE and others v Dimotiki Etairia Oliroforissis ERT*, Zb. Orz. 1991, s. I-5941; Orzeczenie ETS w sprawie C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, Zb. Orz. 1991, s. I-5889.

⁴⁰ Orzeczenie ETS w sprawie C-41/90 *Klaus Höfner and Fritz Elserv Macrotron GmbH*, Zb. Orz. 1991, s. I-1979.

wi Pośrednictwa Pracy, sam w sobie nie stanowił naruszenia art. 102 i 106 ust. 1 TFUE⁴¹. Jednakże naruszenie miałoby miejsce, jeśli samo wykonywanie takiego prawa prowadziłoby nieuchronnie do nadużycia w świetle art. 102 TWE. Mogłoby to nastąpić w przypadku, gdy przedsiębiorstwo wyraźnie nie byłoby w stanie zaspokoić popytu, jak to było w przypadku rzeczonoego urzędu, i jeśli monopol prawny uniemożliwiłby konkurentom podjęcie prób zaspokojenia popytu⁴².

Suwerenność państwa została jeszcze bardziej ogranicza w ww. sprawie RTT, w której ETS wskazał, że ryzyko nadużycia może spowodować, że wyłączne prawo okaże się bezprawne. Ta decyzja wskazuje, że jeśli państwo ma zamiar zarezerwować prawo świadczenia określonych usług dla określonego przedsiębiorcy (np. ze względu na konieczność zapewnienia dostępu do nich wszystkim obywatelom), to ma obowiązek w świetle prawa europejskiego zapewnić skuteczność dostarczania takich usług. Istotne jest to, że państwo ma obowiązek rewizji wyników w tych sektorach gospodarki, w których wyłączyło konkurencję, i zapewnić, że radzą sobie dobrze ze względu na zmianę warunków rynkowych. Warto w tym miejscu wskazać, że w pewnym sensie samo orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości ogranicza utrzymanie konkurencji, ponieważ wskazuje ono, że art. 106 ust. 2 pozwala państwu odstąpić od reguł konkurencji, jeśli jest to konieczne dla zapewnienia świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Nie daje ono jednak odpowiedzi na pytanie, kiedy, w jakiej sytuacji państwo narusza art. 106 ust. 1. Kwestia ta była rozważana przez adwokata generalnego Jacobsa w sprawie **Albany International**, gdzie przedmiotem sporu było pytanie, czy samo przyznanie wyłącznego prawa było wystarczające do uczynienia obowiązkowymi składek na specjalny fundusz w przemyśle tekstylnym na podstawie obowiązkowej przynależności do niego i czy było to sprzeczne z prawem UE. Obowiązkowy sektorowy fundusz emerytalny, stanowiący element holenderskiego systemu opieki społecznej, który urzeczywistnia pewne zasady solidarności (np. fundusz przyjmuje wszystkich pracowników bez wcześniejszych badań medycznych, prawa emerytalne nabywają nawet osoby niezdolne do pracy i występuje brak równowagi między składką a prawem do emerytury), był uznany za przedsiębiorstwo, ponieważ wielkość korzyści płaconą była w zależności od finansowych efektów osiąganych z działalności inwestycyjnej funduszu. Dlatego funkcjonował on jako przedsiębiorstwo ubezpieczeniowe. Trybunał rozważał, czy w przyznaniu wyłącznych praw funduszowi państwo naruszyło art. 106 w związku z art. 102 TFUE. Trybunał orzekł, że doszło do naruszenia, ponieważ w rezultacie środków państwowych przedsiębiorstwa nie były zdolne powierzyć zarządzania systemem emerytal-

⁴¹ *Ibidem*, par. 29.

⁴² *Ibidem*, par. 30-31.

nym jednemu z ubezpieczycieli i wystąpił skutek polegający na ograniczeniu konkurencji, będący bezpośrednim następstwem przyznania wyłącznego prawa sektorowym funduszom emerytalnym⁴³. To wskazuje, że samo przyznanie wyłącznego prawa w tych warunkach było wystarczające do stwierdzenia naruszenia. Trybunał orzekł jednak, że ograniczenie konkurencji było uzasadnione (stosowanie art. 106 ust. 2 TFUE), aby ochronić świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym. Orzeczenie nie dało jednak odpowiedzi na pytanie, co uzasadnia obowiązek państwa do stosowania art. 106 ust. 1 TFUE.

Państwo narusza prawo europejskie przez przyznanie wyłącznych praw na zbyt wielu rynkach, przez co ich posiadacze są zachęceni do nadużywania pozycji dominującej przez korzystanie z praw wyłączności na jednym rynku w celu umocnienia ich dominacji na innych rynkach. RTT może także mieścić się w tej kategorii. Jak zauważył adwokat generalny Jacobs, nie ma potrzeby pokazywać, że nastąpiło nadużycie pozycji dominującej przez przedsiębiorcę, ale tylko ukazać potencjalną możliwość nadużycia spowodowaną przez prawo krajowe. Jeśli istnieje rynek, gdzie państwo podejmuje decyzję w interesie publicznym, że konkurencja powinna być wyłączona, państwo nie może wykluczyć konkurencji także na wzajemnie powiązanych rynkach i poszerzyć zasięgu monopolu. Jednakże nawet jeśli przyznanie wyłącznych praw tworzy monopol na rynku, gdzie interes publiczny wymaga przyznania takiego prawa, państwo ma obowiązek (w świetle prawa UE) skutecznie dostarczyć takie usługi⁴⁴.

Wielu komentatorów było zaniepokojonych analizą Trybunału w sprawie *Corbeau*. Przeciwnie Corebeau, przedsiębiorcy z Liège, zostało wszczęte postępowanie karne za naruszenie belgijskiego prawnego monopolu w zakresie usług pocztowych. Corbeau prowadził działalność w zakresie dostarczania przesyłek kurierskich w obszarze Liège. Nie zajmował się dostarczaniem listów codziennie. ETS odniósł się do zasady zawartej w art. 86 ust. 1 (aktualnie 106 ust. 1 TFUE), nakazującej, aby państwo nie wdrażało ani nie utrzymywało przepisów prawnych sprzecznych z regułami konkurencji. W orzeczeniu rozważał też w świetle art. 106 ust. 2, czy zakres monopolu, jaki posiadała poczta belgijska, był większy niż jest to konieczne, aby realizować usługi w ogólnym interesie gospodarczym, które zostały jej powierzone. Znaczenie tego orzeczenia dla art. 106 ust. 1 było takie, że ETS w efekcie orzekł, że zakres monopolu przyznanego poczcie belgijskiej, w zakresie, w jakim nie mógł być uzasadniony w świetle art. 106 ust. 2, był bezprawny w świetle przepisów Traktatu. Inaczej mówiąc, Sąd zakwestionował samo wyłączne prawa, pomimo że wielokrotnie podkreślał, iż powstanie dominacji samo w sobie

⁴³ Orzeczenie ETS w sprawie C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Zb. Orz. 1999, s. I-5751, par. 97.

⁴⁴ Inny punkt widzenia przedstawiono w sprawie C-320/91, *op. cit.*, par. 16.

nie jest sprzeczne z Traktatem. W tej sprawie art. 106 ust. 1 został pominięty i Trybunał wziął pod uwagę tylko art. 106 ust. 2⁴⁵. Powód takiego podejścia wydaje się nielogiczny, jako że art. 106 ust. 1 określa, jakie zachowania stanowią naruszenie prawa UE, a art. 106 ust. 2 ustanawia jego ochronę. Dlatego powoływanie się na art. 106 ust. 2 jest irracjonalne lub wskazuje, że pewne przypadki przyznania wyłącznego prawa są wyraźnie antykonkurencyjne (sprzeczne z regułami konkurencji) i nie ma potrzeby przeprowadzania jakichkolwiek analiz⁴⁶. Jednak inna interpretacja jest możliwa, jeśli zdecydujemy się nie traktować art. 106 ust. 2 jako ochrony art. 106 ust. 1. W rzeczywistości art. 106 ust. 2 raczej stanowi odstępstwo od stosowania wszystkich zobowiązań państwowych zawartych w Traktacie niż ochronę art. 106 ust. 1. Zakres stosowania art. 106 ust. 2 jest także węższy niż art. 106 ust. 1. Ma on nie tylko zastosowanie do przedsiębiorców, którym powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, ale też do tych, którym umożliwiono osiąganie zysków monopolowych. Jeśli więc państwo twierdzi, że jego zachowanie ma na celu zabezpieczenie dostarczania usług w ogólnym interesie gospodarczym, Trybunał Sprawiedliwości może zgodnie z prawem rozpocząć procedurę, zadając pytanie, czy art. 106 ust. 2 TFUE był przestrzegany, a jeśli tak, to nie ma potrzeby rozważania, czy miało miejsce naruszenie prawa UE, ponieważ państwo uczyniło wyłom od postanowień traktatowych. Jednak jeśli art. 106 ust. 2 nie ma zastosowania, Trybunał może przeprowadzić dochodzenie, czy naruszone zostało prawo europejskie. Trybunał wszczyna postępowanie, rozważając, czy prawo unijne ma zastosowanie, zamiast rozważać, czy nastąpiło jego uzasadnione naruszenie. Jednakże taka racjonalizacja jest mało przekonująca i warto zwrócić uwagę, że w sprawie *Corbeau* Trybunał zakwestionował istnienie praw wyłączności, zaprzeczając swojemu często powtarzanemu pogładowi, że tworzenie dominacji przez działania państwa samo w sobie nie stanowi naruszenia prawa UE⁴⁷.

W praktyce stanowisko Trybunału zależy od rozpatrywanego rynku. Trybunał jest ostrzejszy, kiedy chroniony rynek nie jest jedynym dostarczającym usługi publiczne, niż w sprawach, gdzie chodzi o sprawdzenie środków kluczowych dla świadczenia usług publicznych. Ponadto Trybunał stosuje surowe podejście, kiedy określone usługi publiczne są świadczone na warunkach rynkowych w innych państwach⁴⁸. W świetle tego poglądu Trybunał będzie stosował art. 106 ust. 1 TFUE bardziej rygorystycznie w tych

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ Zob. L. Gyselen, *Anticompetitive State Measures under the EC Treaty: Towards a Substantive Legality Standard*, EL Rev. 1994, nr 19, s. 55.

⁴⁷ R. Whish, *Competition Law*, 5th edn., LexisNexis, London 2003, s. 255.

⁴⁸ P. Craig, G. de Búrca (red.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, s. 721 i n.

sprawach, gdzie państwo nie ma istotnego powodu do ochrony pewnych sektorów gospodarki, podczas gdy będzie ograniczał swoją ingerencję do konkurencji w sektorach, gdzie wydaje się uzasadnione dobro interesu publicznego.

Jak przedstawiono wcześniej, w pewnych sprawach Trybunał może stosować reguły określone w art. 106 ust. 1 łagodniej, gdy chodzi o takie usługi, ale istnieją dwie formalne drogi, które pozwalają państwu regulować te rynki bez obowiązku otwierania ich na konkurencję: oświadczenie, że te usługi nie będą dostarczane przez przedsiębiorców i tym samym wyłączenie stosowania reguł konkurencji albo zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE, który określa odstępstwo od stosowania prawa UE w przypadku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym.

5. Usługi w ogólnym interesie gospodarczym

Konieczność zapewnienia usług w ogólnym interesie gospodarczym uzasadnia odstępstwo od stosowania prawa konkurencji (art. 106 ust. 2 TFUE). Państwa i przedsiębiorstwa mogą uzasadniać niestosowanie zobowiązań wynikających z prawa europejskiego, jeśli to utrudniałoby funkcjonowanie przedsiębiorstw, którym powierzono świadczenie takich usług (w ogólnym interesie gospodarczym) pod warunkiem, że rozwój handlu nimi nie narusza interesów UE⁴⁹.

Usługi w ogólnym interesie gospodarczym stanowią kluczową kwestię współczesnego modelu polityki gospodarczej Unii Europejskiej. Mają one istotny wpływ na konkurencyjność europejskiej gospodarki. Rozwój wspólnego rynku, rozwój technologii czy procesy globalizacji wymuszają bowiem otwieranie się na konkurencję pewnych sektorów gospodarki. Dostęp wszystkich obywateli i przedsiębiorstw do wysokiej jakości, przystępnych cenowo usług publicznych na obszarze państw członkowskich stanowi kluczowy element propagowania społecznej i terytorialnej spójności UE.

Art. 14 TFUE przewiduje zarówno dla państw członkowskich, jak i dla UE obowiązek zapewnienia, aby usługi w ogólnym interesie ekonomicznym służyły wypełnianiu ich funkcji. Komisja Europejska wyraża pogląd, że usługi te są zasadniczym elementem europejskiego modelu społeczeństwa. Pojęcie „usługi w ogólnym interesie gospodarczym” jest zbliżone do pojęcia „usługi użyteczności publicznej”⁵⁰. Komisja zdefiniowała to jako usługi rynkowe, które państwa członkowskie lub UE poddają specjalnym zobowiązaniom ze względu na kryterium ogólnego interesu. Usługi te obejmują sieci

⁴⁹ Art. 106 ust. 2 TFUE ma zastosowanie także do monopolu wytwarzających dochody.

⁵⁰ Zob. D. Kostecka-Jurczyk, *Usługi w ogólnym interesie gospodarczym*, *Ekonomia* 2009, nr 17.

transportowe, sektor energetyczny i komunikację⁵¹. W sprawie Hiszpania przeciwko Komisji ETS stwierdził, że par. 2 art. 106 TFUE stara się pogodzić interes państw członkowskich w wykorzystaniu pewnych przedsiębiorstw, w szczególności w sektorze publicznym, jako instrumentu polityki ekonomicznej lub społecznej z interesem UE polegającym na zapewnieniu zgodności z regułami konkurencji i utrzymaniu jednolitości wspólnego rynku⁵².

Aby zastosować takie odstępstwo, należy najpierw wykazać, że przedsiębiorstwu zostało powierzone przez państwo świadczenie usług publicznych. Ponadto przedsiębiorstwo musi wykonywać usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Państwo ma dużą swobodę w określeniu zakresu usług mieszczących się w tzw. ogólnym interesie gospodarczym⁵³. Po trzecie, należy określić, czy odstępstwo jest konieczne do zapewnienia dostarczania takich usług. Z literalnego rozumienia art. 106 ust. 1 wynika, że pozwany powinien wykazać, że bez odstępstwa nie mógłby zapewnić usług w ogólnym interesie gospodarczym (ponieważ konkurencja utrudniłaby świadczenie takich usług). Po czwarte, musi być wykazane, że ograniczenie konkurencji nie jest sprzeczne z interesem UE. To zastrzeżenie nie było dotychczas szczegółowo kontrolowane przez Trybunał, chociaż jasno wymaga wykazania, że środki państwa naruszają handel pomiędzy państwami członkowskimi. Powody odstępstwa są takie, że ze względu na specyfikę usług będących przedmiotem rozważań istnieje małe prawdopodobieństwo, że będą one dostarczane przez sektor prywatny, ponieważ są one niedochodowe. Dlatego państwo może oferować pewne finansowe zachęty przedsiębiorcom zobowiązanym do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, których efektem jest ograniczenie konkurencji. W świetle najnowszego orzecznictwa Trybunału, aby udowodnić, że odstępstwo od prawa konkurencji jest konieczne dla świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, nie ma potrzeby pokazania, że nie ma innej drogi realizacji tego zadania. Należy wykazać, że sposób, w jaki rynek jest zorganizowany, pozwala dostawcom usług w ogólnym interesie gospodarczym działać zgodnie z dopuszczalnymi ekonomicznie warunkami⁵⁴. Te standardy pozostawiają swobodę państwom członkowskim w określaniu sposobu finansowania usług w ogólnym interesie ekonomicznym. Jednak Trybunał ustanowił dodatkowe warunki: jeśli okaże się, że przedsiębiorstwo jest wyraźnie niezdolne do zaspo-

⁵¹ Komunikat Komisji Europejskiej: Usługi użyteczności publicznej w Europie, Dz. Urz. 2001, C17/4 (Załącznik nr II).

⁵² Orzeczenie ETS w sprawie C-463/00 Hiszpania przeciwko Komisji, Zb. Orz. 2003, s. I-4581, par. 82.

⁵³ Orzeczenie ETS w sprawie 10/71 *Ministère Public du Luxembourg v Muller*, Zb. Orz. 1971, s. 723, par. 14-15.

⁵⁴ Orzeczenie ETS w sprawie C-157/94 *Commission v Netherlands*, Zb. Orz. 1997, s. I-5699, par. 56-58.

kojenia popytu na zastrzeżonych dla niego rynkach, wówczas nie może mieć miejsca odstępianie od art. 106 ust. 2. Dlatego krajową politykę derogacji art. 106 ust. 2 określa jako zobowiązanie (w świetle prawa europejskiego) do zapewnienia, że rynki, na których wyeliminowana jest konkurencja, funkcjonują sprawnie.

Konkluzje

Art. 106 ust. 1 jest ściśle powiązany z art. 4 ust. 3 TUE. Każdy ma na celu zapewnienie skutecznego przestrzegania przepisów prawa UE przez państwa członkowskie. Art. 106 wychodzi jednak poza art. 4 ust. 3 TUE w takim sensie, że ma swój własny zakres i sferę zastosowania i nie jest ograniczony do podporządkowania się ogólnym zasadom prawa. Art. 106 ust. 1 nakłada na państwa członkowskie obowiązek niewdrażania ani nieutrzymywania regulacji sprzecznych z przepisami traktatowymi, m.in. zawartymi w art. 14 (zasada niedyskryminacji) i art. 101-109 TFUE.

Art. 106 ust. 1 wymaga, aby państwa członkowskie powstrzymały się od uchwalania lub utrzymywania przepisów sprzecznych z Traktatem, a w szczególności naruszających art. 101 i 102 TFUE. Relacje między art. 106 ust. 1 i art. 101 oraz 102 TFUE należą do najbardziej skomplikowanych obszarów prawa konkurencji. Art. 101 i 102 jest skierowany do przedsiębiorców, ale art. 106 do państw członkowskich. Tak jak w przypadku art. 4 ust. 3 TUE istotną kwestią jest, jak i w jakich okolicznościach może dojść do naruszenia Traktatu przez państwo członkowskie. W przypadku art. 4 ust. 3 TUE odpowiedzialność państwa członkowskiego jest dość ograniczona. Jednakże w sprawach dotyczących art. 106 ust. 1 w związku z art. 102 TFUE orzecznictwo ETS jest bardziej rygorystyczne.

Art. 4 ust. 3 TUE w związku z art. 101 jest naruszony tylko wówczas, gdy państwo wymaga, sprzyja lub umacnia antykonkurencyjne porozumienie lub zrzeknie się pewnych swoich kompetencji na rzecz podmiotów prywatnych. Granicę zaskarżenia środków państwowych za naruszenie art. 4 ust. 3 TUE wyznacza konieczność udowodnienia, że istnieje porozumienie sprzeczne z art. 101 TFUE. Nie może być on jednak używany tylko ze względu na to, że środki państwowe tworzą efekty podobne do kartelu.