

ERYK KOSIŃSKI

USŁUGI W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM A REGUŁY OCHRONY KONKURENCJI W UNII EUROPEJSKIEJ

1. WPROWADZENIE

Ogólne reguły ochrony konkurencji (*rules on competition*) Unii Europejskiej dotyczące rynkowych działań przedsiębiorców na szczeblu prawa traktatowego¹ zawarto w art. 81-86 (d. art. 85-90) Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej z 25 marca 1957 r. (Traktat rzymski)².

Szczegółowe regulacje wykonawcze do powyższych przepisów traktatowych zawarte są aktualnie w rozporządzeniu Rady nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji zawartych w art. 81-82 Traktatu (Council Regulation No. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty)³ – tzw. rozporządzeniu modernizacyjnym⁴. Rozporządzenie to uchyliło obowiązujące przez ponad 40 lat rozporządzenie Rady nr 17 z 6 lutego 1962 r. (Regulation No. 17 First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty)⁵.

Wspólnotowy system ochrony konkurencji opiera się na zasadzie zakazu (niem. *Verbotsprinzip*), tak jak amerykańska ustawa antytrustowa z 2 lipca 1890 r. (Sherman Act)⁶, czy niemiecka ustawa przeciw ograniczeniom konkurencji z 27 lipca 1957 r. (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB)⁷. Notabene w trakcie prac nad Traktatem rzymskim o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej na brzmienie art. 81 i 82 Traktatu duży wpływ wywarł rząd niemiecki, tak więc wzorowano przepisy te zarówno na § 1 oraz § 2 Ustawy Shermana, jak i na § 1, § 15 (obecnie § 14) oraz § 22 (obecnie § 19) niemieckiej ustawy z 1957 r.⁸

¹ Na temat źródeł prawa Unii Europejskiej zob. J. Galster, C. Mik, *Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu*, Toruń 1995, s. 143 i n.

² Tekst jedn.: OJ C 325, 24.12.2002, s. 33. (dalej: Traktat lub Traktat rzymski); por. T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 1. *Reguły generalne*, Warszawa 2002, s. 11.

³ OJ L 001, 4.01.2003, s. 1.

⁴ Szerzej na temat modernizacji europejskich reguł ochrony konkurencji zob. m.in. V. Habils, *La modernisation des règles européennes de concurrence en matière d'ententes et d'abus de position dominante*, Carrefour de l'Économie, 2004/9A, s. 1 i n., oraz C. Banasiński, D. Wierzbowska, *Reforma prawa konkurencji Wspólnoty Europejskiej*, „Problemy Zarządzania” 2004, nr 3, s. 35 i n.

⁵ OJ P 013, 21.02.1962, s. 204.

⁶ July 2, 1890, ch 647, § 1-7, 26 Stat. 210. Title 15, United States Code (U.S.C.) Sections 1-7.

⁷ Tekst jedn.: 1998 r., BGBl. I, s. 2546, ze zm.

⁸ Por. J. Hanlon, *European Community Law. Third Edition*, London 2003, s. 258, oraz D. G. Goyder, *EC Competition Law. Fourth Edition*, Oxford 2003, s. 23.

II. ZAKRES PODMIOTOWY I PRZEDMIOTOWY OGÓLNYCH REGUŁ OCHRONY KONKURENCJI

Wspólnotowe przepisy ochrony konkurencji podmiotowo dotyczą przedsiębiorców (przedsiębiorstwa w znaczeniu podmiotowym – ang. *undertakings*, fr. *entreprises*, niem. *Unternehmen*) oraz ich związków⁹.

Pojęcia „przedsiębiorca” nie zdefiniowano w Traktacie rzymskim; jedynie w art. 43 (d. art. 52), który to przepis dotyczy swobody zakładania przedsiębiorstw (*right of establishment*), wskazuje się taksatywnie, że przedsiębiorcami są między innymi „spółki lub firmy” (*companies or firms*). Dalej art. 48 (d. art. 58) Traktatu „spółki lub firmy” definiuje jako podmioty utworzone zgodnie z prawem cywilnym bądź handlowym (*under civil or commercial law*), w tym spółdzielnie (*cooperative societies*) oraz inne osoby prawne utworzone zgodnie z prawem publicznym bądź prywatnym, z wyjątkiem organizacji społecznych, które nie dążą do osiągnięcia zysku (*save for those which are non-profit making*).

Definicje przedsiębiorców (*undertakings*) zawarte w pozostałych traktatach¹⁰ wskazują, że pojęcie to należy rozumieć szeroko, obejmując nim wszelkich przedsiębiorców niezależnie od ich statusu prawnego, a także różnego rodzaju prywatne i publiczne instytucje (*institutions*) oraz agencje (*agencies*), o ile prowadzą działalność w danym sektorze. Jednakże co do uznawania określonych publicznych instytucji czy agencji za przedsiębiorców w rozumieniu art. 81 oraz 82 Traktatu rzymskiego należy być bardzo ostrożnym i brać pod uwagę różnice pomiędzy tym traktatem a pozostałymi umowami międzynarodowymi.

Przedsiębiorcami mogą więc być zarówno osoby fizyczne (przedsiębiorstwa jednoosobowe)¹¹, jak i osoby prawne. Istotne jest jednakże posiadanie podmiotowości prawnej (czy określonej autonomii – *legal autonomy*) przez daną jednostkę organizacyjną¹². Choć z drugiej strony należy zauważyć, że organy Wspólnoty uznawały za przedsiębiorców podmioty takiej niezależnej podmiotowości pozbawione – w tym np. organizacje handlu zagranicznego nieposiadające odrębnej od państwa osobowości prawnej¹³. Takie stanowisko jednakże należy traktować jako wyjątek od zasady.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości w swoim orzecznictwie definiuje pojęcie przedsiębiorstw (*undertaking*) niezwykle szeroko jako „każdą jednostkę zaangażowaną w działalność gospodarczą, bez względu na jej formę prawną i sposób finansowania” (sprawa Höfner)¹⁴. Z kolei przez działalność gospo-

⁹ Zarówno zakaz zawierania porozumień ograniczających konkurencję (art. 81 ust. 1), jak i zakaz nadużycia pozycji dominującej (art. 82) Traktatu rzymskiego, dotyczą tylko i wyłącznie przedsiębiorców (*undertakings*). Patrz m. in. E. Piontek, *Prawo konkurencji EWG*, Warszawa 1984, s. 84.

¹⁰ Art. 80 Traktatu o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali (nieobowiązującego od 23 lipca 2002 r.) oraz art. 196 pkt b Traktatu o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej.

¹¹ Por. V. Emmerich, J. Sedemund, F. Montag, H. Krück, w: *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. A. Dausas, Warszawa 1999, s. 667.

¹² Patrz V. Emmerich, J. Sedemund, F. Montag, H. Krück, w: *Prawo gospodarcze...*, s. 666-667. Podobnie A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 454; P. S. R. F. Mathijssen, *A Guide to European Union Law*, wyd. 8, London 2004, s. 231.

¹³ Zob. decyzja Komisji w sprawie Aluminium Imports from Eastern Europe (OJ L 92, 1985, s. 1); por. D. Wyatt, A. Dashwood, *European Community Law*, wyd. 3, London 1994, s. 382.

¹⁴ „The concept of an undertaking encompasses every entity engaged in an economic activity, regardless of the legal status of the entity and the way in which it is financed”. Orzeczenie z 23 kwietnia 1991 r. w sprawie Klaus Höfner, Fritz Elser v. Macrotron GmbH (Höfner), C-41/90, ECR 1979 s. I, w szczególności ust. 58, 59, 62.

darczą (*economic activity*) rozumie się każdą aktywność o charakterze handlowym czy gospodarczym (*commercial or economic*). Jej zasadniczym celem wcale nie musi być osiągnięcie zysku (*profit-motive*). Co więcej, działalność ta w ogóle może być pobawiona celów gospodarczych (*economic purpose*)¹⁵. Decydującym kryterium wyróżniającym jest odpłatność wykonywanej działalności. *A contrario* nie jest działalnością gospodarczą działalność charytatywna czy nieodpłatna wykonywana amatorsko, czy też działalność mająca na celu realizację prywatnej konsumpcji¹⁶. Nie stanowi też działalności gospodarczej działalność organów administracji publicznej w sferze jej władztwa (*imperium*)¹⁷.

Podsumowując, do kategorii przedsiębiorców zalicza się wszelkie podmioty, jeżeli prowadzą działalność gospodarczą, w tym zarówno spółki obdarzone osobowością prawną, jak i te bez osobowości, gminy, państwo i kraje związkowe w państwach federalnych¹⁸, korporacje i zakłady prawa publicznego, przedsiębiorstwa państwowe (*public corporations*)¹⁹, znacjonalizowane przedsiębiorstwa (*nationalized industries*), spółdzielnie (w tym spółdzielnie rolnicze)²⁰, trusty (wł. *societa fiduciaria*), fundusze powiernicze i emerytalne, reasekuracyjne stowarzyszenia żeglugowe „P & I Clubs”²¹, stowarzyszenia twórców i artystów²², osoby wykonujące wolne zawody na zasadzie samozatrudnienia (*self-employed liberal professions*, jak lekarze, prawnicy, architekci, agencji celni, rzecznicy patentowi, księgowi i rewidenci itd.), rzemieślników (*craftsmen*) i rolników, kluby sportowe oraz inne podmioty zajmujące się działalnością w dziedzinie sportu zawodowego²³, indywidualnych sportowców zawodowych, jednostki kultury, indywidualnych artystów kompozytorów, śpiewaków operowych, pisarzy i malarzy, czy instytucje kultu religijnego, o ile świadczą usługi bądź wykonują inną działalność odpłatnie²⁴.

¹⁵ Zob. orzeczenia ETS: 155/73 Italy v. Sacchi (ECR 1974, s. 409); 209/78 Van Landewyck v. Commission (ECR 1980, s. 3125; CMLR 1981, nr 3, s. 134); C-244/94 Fédération Française des Sociétés d'Assurance v. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche (ECR 1995, s. I-4013; CMLR 1996, nr 4, s. 536); C-67/96 Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (ECR 1999, s. I-5751; CMLR 2000, nr 4, s. 446). Inaczej twierdzi A. Cieśliński, op. cit., s. 454.

¹⁶ Por. A. Cieśliński, op. cit., s. 454.

¹⁷ „[...] exercise of the powers of a public authority”. Tak ETS w sprawie C-309/99 Wouters v. Algemene Raad van de Nederlandse Order van Advocaten (Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap intervening), szczególnie ust. 57, ECR 2002, s. I-1577; CMLR 2002, nr 4, s. 913.

¹⁸ O ile mogą one, tj. gminy, państwo oraz kraje związkowe w państwach federalnych, prowadzić w danym systemie prawnym działalność gospodarczą. Por. W.-H. Roth w: *Prawo gospodarcze...*, s. 429. Zob. nadto orzeczenie ETS w sprawie 30/87 Bodson v. Pompes Funèbres des Regions Libérées SA (ECR 1988, s. 2479), oraz w sprawie Klaus Höfner, Fritz Elser v. Macroton GmbH (Höfner).

¹⁹ Patrz ETS w sprawie 41/83 Italy v. Commission (British Telecom), CMLR 1982, nr 2, s. 368.

²⁰ Patrz orzeczenie ETS w sprawie 61/80 Coöperative Stremsel-en Kleurselafabriek v. Commission, ECR 1981, s. 851; CMLR 1982, nr 1, s. 240.

²¹ Z zasady stowarzyszenia te nie mają na celu osiągnięcia zysku, a jedynie wzajemne ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej uczestniczących w nich armatorów, właścicieli okrętów czy czarterujących. Zob. decyzje Komisji w sprawie „P & I Clubs”: OJ L 376. 1985, s. 2 (CMLR 1989, nr 4, s. 178), oraz OJ L 125. 1999, s. 12 (CMLR 1999, nr 5, s. 646). Szerzej na temat tych stowarzyszeń zob. D. Wyatt, A. Dashwood, op. cit., s. 382.

²² Te stowarzyszenia także z zasady nie dążą do osiągnięcia zysku, jednakże świadczą określone usługi komercyjne (*commercial services*). Tak ETS w orzeczeniach: 127/73 Belgische Radio en Televisie (BRT) et al. v. SV SABAM et al. (ECR 1974, s. 51; CMLR 1974, nr 2, s. 238), czy 7/82 Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) v. Commission (ECR 1983, s. 483; CMLR 1983, nr 3, s. 645).

²³ Ale nie sportu amatorskiego. Zob. m.in. orzeczenia ETS: 36/74 Walrave and Koch v. Association Union Cyclistes Internationales (ECR 1974, s. 1405), 13/76 Dona v. Montero (ECR 1976, s. 1333), oraz 222/86 Union National des Entraîneurs et Cadres Techniques Professionnels du Football (UNECTEF) v. Georges Heylens, CMLR 1989, Nr 1, s. 901. Zob. także D. Lasok, K. P. E. Lasok, *Lasok & Bridge Law and Institutions of European Union*, wyd. 6, London-Dublin-Edinburgh 1994, s. 454-455.

²⁴ Zob. szerzej A. Arnall, A. Dashwood, M. Ross, D. Watt, *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, wyd. 4, London 2000, s. 544-546; J. Hanlon, op. cit., s. 261-262; P. S. R. F. Mathijssen, op. cit., s. 231.

Za działalność gospodarczą uznaje się także nabywanie zorganizowanej części przedsiębiorstwa czy nabywanie akcji bądź udziałów w spółkach, prowadzące do przejścia kontroli nad daną spółką²⁵.

Z kolei co do zakresu przedmiotowego ogólnych reguł ochrony konkurencji należy na wstępie zauważyć, że zasadnicze ograniczenie tychże reguł wynika z art. 81 ust. 1 oraz art. 82 Traktatu rzymskiego, które to przepisy zastrzegają swoje zastosowanie wyłącznie do praktyk ograniczających konkurencję, które mogą naruszać (*which may affect*) handel pomiędzy państwami członkowskimi. W przypadku porozumień, decyzji związków przedsiębiorców oraz praktyk uzgodnionych dodatkowo wymagane jest, ażeby miały one za cel bądź skutkowały (*which have as their object or effect*) powstrzymaniem, ograniczeniem bądź naruszeniem konkurencji na wspólnym rynku.

W konsekwencji sprzeczne ze wspólnotowymi regułami ochrony konkurencji są jedynie takie działania przedsiębiorców, które mogą potencjalnie naruszać handel pomiędzy państwami członkowskimi. Wszelkie inne działania antykonkurencyjne, pozbawione potencjalnego wpływu na wspólny rynek, nie podlegają przepisom traktatu. Należy jednakże zwrócić uwagę, że zarówno Komisja, jak i sądy europejskie wypracowały zdecydowanie szeroką interpretację powyższej przesłanki²⁶.

III. WYŁĄCZENIE OGÓLNYCH REGUŁ OCHRONY KONKURENCJI

Wspólnotowe przepisy ochrony konkurencji obowiązują we wszystkich sferach działalności gospodarczej (sektorach), z wyjątkiem przypadków, gdy sam Traktat wyłącza ich zastosowanie (tak Europejski Trybunał Sprawiedliwości m.in. w orzeczeniu w połączonych sprawach 209-213/84 *Ministère Public v. Asjès et al. – Nouvelles Frontières*)²⁷. Jednakże poza wyłączeniami przewidzianymi w samym Traktacie rzymskim należy uwzględnić wyłączenie sektora energii atomowej na podstawie Traktatu o utworzeniu Europejskiej Wspólnoty Energii Atomowej (Euroatom).

Tak więc ogólne reguły ochrony konkurencji obowiązują co do zasady we wszystkich szczególnych sektorach, w tym, dla przykładu, w sektorze bankowym (patrz Drugi Raport Komisji w sprawie polityki konkurencji, a także orzeczenie ETS z 14 lipca 1981 r. 172/80 *Gerhard Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG*)²⁸,²⁹, pozostałych usług kapitałowych i finansowych (zob. m.in. Zielona księga Komisji

²⁵ Patrz W.-H. Roth, w: *Prawo gospodarcze...*, s. 415-416 oraz 426-427.

²⁶ Patrz R. Wish, *Competition Law*, wyd. 5, Lexis Nexis UK, 2003, s. 144 i n.; D. G. Goyder, op. cit., s. 83 i n.; Ch. Bellamy, G. Child, *European Community Law of Competition*, wyd. 5, London 2001, s. 136 i n.; oraz s. 682; *The EC Law of Competition*, red. A. Nikpay, J. Faull, Oxford 1999, s. 80 i n.

²⁷ ECR 1986, s. 1425. Por. A. Nikpay, J. Faull w: *The EC Law...*, s. 62; D. Wyatt, A. Dashwood, op. cit., s. 383.

²⁸ ECR 1981, s. 2021. CMLR 1982, Nr 1, s. 313. Zob. tekst wyroku w tłumaczeniu na język polski oraz omówienie autorstwa Justyny Majcher, w: A. Jurkowska, T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Orzecznictwo*, t. 1: *Orzeczenia Europejskiego Trybunatu Sprawiedliwości z lat 1962-1989*, Warszawa 2004, s. 289-290.

²⁹ Zob. E. Piontek, S. Szeremeta, *Konkurencja a regulacja w bankowości i finansach*, Warszawa 1995, s. 23; W. Szpringer, *Liberalizacja rynków usług finansowych a konkurencja międzybankowa w Polsce*, „Prawo Spółek” 1997 luty s. 48. Na temat specyfiki sektora bankowego zob. szczegółowo w: T. Przybyciński, *Konkurencja a sektor bankowy w Polsce. Wybrane zagadnienia teorii i polityki konkurencji*, Warszawa 2000, szczególnie s. 83 i n.

w sprawie polityki usług finansowych w latach 2005-2010³⁰), środków masowego przekazu (w tym radia i telewizji)³¹, sportu zawodowego, transportowym czy w sektorze ubezpieczeniowym.

Prawo pierwotne zawiera, co należy podkreślić, bardzo nieliczne wyłączenia podmiotowe³², a wyłączając daną działalność spod ogólnych reguł konkurencji, nie wprowadza regulacji szczególnej w zakresie ochrony konkurencji. Pozostawiono to prawu pochodnemu.

Jedynie wyłączenie (*exclusion*) spod reguł ochrony konkurencji, wyrażone w Traktacie rzymskim *expressis verbis*, zawarte jest w art. 36 i dotyczy produkcji rolnej oraz obrotu produktami rolnymi (*production of and trade in agricultural products*). Przepis ten jednakże w istocie nie wprowadza całkowitego i bezwarunkowego wyłączenia rolnictwa (oraz leśnictwa i rybołówstwa) spod obowiązywania ogólnych reguł ochrony konkurencji, a jedynie stanowi, iż przepisy ochrony konkurencji stosuje się do produkcji rolnej oraz do obrotu produktami rolnymi w zakresie („[...]only to the extent[...]”) określonym przez Radę Ministrów w przepisach wprowadzających w życie Wspólną Politykę Rolną (Common Agricultural Policy, CAP)³³. W konsekwencji regulacja prawna Wspólnej Polityki Rolnej jest regulacją szczególną i stanowi *lex specialis* w stosunku do regulacji wspólnego rynku³⁴. Te ostatnie mają zastosowanie jedynie wtedy, gdy brak przepisu szczególnego regulującego Wspólną Politykę Rolną.

Tylko częściowo wyłączony spod obowiązywania ogólnych reguł ochrony konkurencji jest sektor jądrowy. W związku z tym, że Traktat o utworzeniu Euroatomu stanowi *lex specialis* względem Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej, przepisy tego ostatniego, w tym reguły ochrony konkurencji, znajdują pełne zastosowanie, o ile nie pozostają w sprzeczności z Traktatem o utworzeniu Euratomu (art. 305 ust. 2 Traktatu rzymskiego)³⁵.

Możliwość całkowitego wyłączenia określonej działalności spod reguł traktatowych, w tym reguł ochrony konkurencji (tak więc wyłączenie to ogólnie do-

³⁰ *Green Paper on Financial Services Policy (2005-2010)*. Brussels 3.05.2005. COM (2005) 177 finalm, zwłaszcza s. 4-6. Mówi się w tym dokumencie o zintegrowanym europejskim rynku usług kapitałowych i finansowych. Identyczne sformułowania można znaleźć w prawodawstwie wspólnotowym. Zob. np. preambula do Dyrektywy Europejskiego Parlamentu i Rady 2003/6/EC z 28 stycznia 2003 r. w sprawie wewnętrznych transakcji i manipulacji rynkowych (nadużycia rynkowe) (Directive 2003/6/EC on insider dealing and market manipulation /market abuse/). OJ L 96, 12.4.2003, s. 16. W ustępie 1 preambuły czytamy „Prawdziwy Jednolity Rynek usług finansowych ma kluczowe znaczenie dla wzrostu gospodarczego i tworzenia miejsc pracy we Wspólnocie” („A genuine Single Market for financial services is crucial for economic growth and Job creation in the Community”).

³¹ Patrz K. Jakubowicz, T. Kowalski, S. Piątek, *Konkurencja a regulacja w dziedzinie środków masowego przekazu*, Warszawa 1995, s. 21-22; Ł. Pawlikowski, *Działalność gospodarcza telewizji publicznej w Unii Europejskiej*, w: *Studia z gospodarczego prawa Unii Europejskiej. Stan obecny i perspektywy rozwoju*, M. Królikowska-Olczak, red., Zakamycze, Kraków 2004, s. 107 i n., w szczególności s. 125 i n.

³² A. Arnall, A. Dashwood, M. Ross, D. Wyatt, op. cit., s. 546, zakres obowiązywania reguł ochrony konkurencji w sektorach gospodarki nazywają zakresem przedmiotowym (materialnym; *material scope*).

³³ Zob. szeroko nt. Wspólnej Polityki Rolnej: A. Jurcewicz w: i eadem, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Wspólna Polityka Rolna. Zagadnienia prawne*, Warszawa 2004, s. 40 i n., a wcześniej w: A. Jurcewicz, B. Kozłowska, E. Tomkiewicz, *Polityka rolna Wspólnoty Europejskiej w świetle ustawodawstwa i orzecznictwa*, Warszawa 1995, s. 44 i n. Zob. nadto J. Borkowski w: *Integracja europejska. Wybrane problemy*, red. D. Miłczarek, A. Z. Nowak, Warszawa 2003, s. 365 i n., J. Frederic Faure w: *Wspólna Polityka Rolna Unii Europejskiej*, red. M. Brzóska, Łódź 1998, s. 15 i n., a także J. Korte, s. 29 i n. w tej samej publikacji.

³⁴ Por. A. Lichorowicz, w: *Prawo Unii Europejskiej. Prawo materialne i polityki*, red. J. Barcz, Warszawa 2003, s. 337-338.

³⁵ Szerzej: R. Wish, op. cit., s. 919. Zob. nadto decyzje Komisji w sprawach: United Reprocessors GmbH (OJ L 51, 1976, s. 7), KEWA (OJ L 51, 1976, s. 15), GEC/Weir (OJ L 327, 1977, s. 26), Amersham International and Buchler GmbH Venture (OJ L 314, 1982, s. 34), Scottish Nuclear, Nuclear Energy Agreement (OJ L 178, 1991, s. 31).

tyczy regulacji wspólnego rynku, nie tylko samej konkurencji) przewidziano w art. 296 ust. 1 pkt b (d. art. 223 ust. 1 pkt b) Traktatu. Wyłączenie to dotyczy sektora zbrojeniowego³⁶, obejmującego produkcję i obrót bronią (*arms*), amunicją (*munitions*) oraz materiałami o przeznaczeniu wojskowym (*war material*). Także i to wyłączenie nie ma charakteru bezwzględnego, gdyż – zgodnie z art. 296 ust. 1 pkt b – zastosowanie tego wyłączenia nie powinno wpływać negatywnie na obrót towarami niezwiązanymi bezpośrednio z wojskiem („products which are not intended for specifically military purposes”)³⁷.

Podjęcie nadzwyczajnych środków naruszających reguły traktatowe, w tym reguły ochrony konkurencji, dopuszczalne jest na podstawie art. 297 (d. art. 224) Traktatu. Państwa członkowskie mogą podjąć szczególne środki w razie wystąpienia poważnych, wewnętrznych zakłóceń porządku publicznego („serious internal disturbances affecting the maintenance of law and order”), wojny, bądź w wykonaniu zobowiązań zaciągniętych przez to państwo w sferze misji pokojowych i utrzymania międzynarodowego bezpieczeństwa („maintaining peace and international security”). Niemniej naruszenia zasad wspólnego rynku winny być nawet w takich okolicznościach minimalizowane, a państwa członkowskie zobowiązane są do konsultowania ze sobą wszelkich środków. Z kolei Komisja w przypadku naruszeń konkurencji zobowiązana jest do zbadania – wspólnie z danym państwem członkowskim – stanu rzeczy w celu ewentualnego maksymalnego dostosowania tych środków do reguł traktatowych (art. 298, d. art. 225)³⁸.

Powszechne w ustawodawstwie różnych państw wyłączenie działalności związków zawodowych oraz związków pracodawców (związanej z rozwiązywaniem sporów zbiorowych pomiędzy pracownikami a pracodawcami, zawieraniem zbiorowych układów (umów) pracy oraz z innymi czynnościami związanymi z ochroną praw pracowniczych) nie zostało zawarte w Traktacie rzymskim. Dopiero Europejski Trybunał Sprawiedliwości i Sąd Pierwszej Instancji w swoim orzecznictwie uznały, że zbiorowe (kolektywne) negocjacje warunków pracy i zatrudnienia (*collective bargaining*) oraz zbiorowe układy pracy (*collective labour agreements*) nie są co do zasady objęte dyspozycją art. 81 ust. 1 Traktatu rzymskiego³⁹.

Sądy europejskie stwierdziły, że poddanie zbiorowych negocjacji i układów pracy zakazowi z art. 81 ust. 1 Traktatu sprzeczne byłoby z celami postawionymi przed Wspólną Polityką Społeczną, ustanowioną w art. 3 ust. 1 pkt i oraz art. 136-145 (d. art. 118-122) Traktatu rzymskiego.

³⁶ Richard Whish, Christopher Bellamy i Graham Child sektor ten określają jako „sprzęt wojskowy” (*military equipment*), R. Wish, op. cit., s. 920; Ch. Bellamy, G. Child, op. cit., s. 1020. Z kolei D. G. Goyder (op. cit., s. 103) nazywa go „obroną narodową” (*defence*).

³⁷ Por. R. Wish, op. cit., s. 920. D. G. Goyder jako przykład produktów niezwiązanych ściśle z obronnością podaje buty wojskowe, które mogą być przeznaczone na zwykły rynek, op. cit., s. 103.

³⁸ Przepis ten, a więc procedura w nim zawarta, dotyczy także działań przedsięwziętych przez państwa członkowskie w sektorze zbrojeniowym na podstawie art. 296 Traktatu.

³⁹ Tak w serii orzeczeń *Dutch Sectoral Pension Funds*: C-67/96 *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* (ECR 1999, s. I-5751; CMLR 2000, nr 4, s. 446) oraz w innych orzeczeniach: C-115-117/97 *Brentjens Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Voor der Handel in Bouwmaterialen* (ECR 1999, s. I-6025; CMLR 2000, nr 4, s. 566) C-219/97 *Drijvende Bokken v. SPVH* (ECR 1999, s. I-6121; CMLR 2000, nr 4, s. 599) C-22/98 *Jean Claude Becu* (ECR 1999, s. I-5665; CMLR 2001, nr 4, s. 968) C-180/98 *Pavel Pavlov v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten* (ECR 2000, s. I-6451; CMLR 2001, nr 4, s. 30), C-222/98 *Van der Woude v. Stichting Beatrixoord* (ECR 2000, s. I-7111; CMLR 2001, nr 4, s. 93). Zob. także m.in. decyzja Komisji 76/743 w sprawie *Reuter/BASF AG* (OJ L 254, 1976, s. 40; CMLR 1976, nr 2, s. D 44).

Ostatnie, swoiste podmiotowe wyłączenie generalne⁴⁰, które określa się w literaturze jako „ograniczone odstępstwo” (*limited derogation*)⁴¹, zawarto w art. 86 ust. 2 (d. art. 90 ust. 2) Traktatu. Zgodnie z tym przepisem, w stosunku do przedsiębiorstw, którym państwo powierzyło wykonywanie określonych usług w ogólnym interesie gospodarczym, bądź które stanowią monopol państwowy przynoszący dochody budżetowe (*revenue producing monopoly*), wszelkie regulacje traktatowe – w szczególności reguły ochrony konkurencji – znajdują pełne zastosowanie w zakresie, w jakim prawnie bądź faktycznie nie zniweczą one możliwości wykonywania powyższych zadań. Niemniej jednak ewentualne odstępstwa wprowadzane na tej podstawie nie mogą wpływać na handel w sposób sprzeczny z interesem Wspólnoty, tak więc wyłączenie z art. 86 ust. 2 Traktatu nie ma charakteru bezwzględniego.

Pojęcie monopolu państwowego przynoszącego dochody budżetowe, czyli monopolu fiskalnego, nie budzi większych problemów interpretacyjnych. Chodzi o monopole państwowe, których dochody stanowią bezpośrednie dochody budżetowe, z których następnie finansowane są wydatki państwa (przykładowo w Polsce działalność hazardowa w zakresie gier liczbowych, loterii pieniężnych, wideo-loterii i gry telebingo)⁴². Jeżeli monopol fiskalny ma jednocześnie charakter monopolu handlowego (*state monopoly of a commercial character*), obowiązują w stosunku do niego wymogi sformułowane przez art. 31 (d. art. 37) Traktatu Rzymskiego⁴³.

IV. POJĘCIE USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM

W świetle wyżej przedstawionego wyłączenia z art. 86 ust. 2 Traktatu rzymskiego, a właściwie swoistej normy kolizyjnej, kluczowym zagadnieniem jest pojęcie usług w ogólnym interesie gospodarczym (*services of general economic interest*). Pojęcie to stanowi oryginalną koncepcję prawa wspólnotowego, wzorowaną na koncepcji służby publicznej, występującej w większości państw Wspólnoty (ang. *public service*, franc. *service public*, wł. *servizio pubblico*)⁴⁴.

Poza art. 86, pojęciem usług w ogólnym interesie gospodarczym Traktat o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej posługuje się w swym art. 16 (d. art. 7d). Co istotne, przepis ten znajduje się w części I Traktatu zatytułowanej „Zasady”, tak więc usługi w ogólnym interesie gospodarczym stanowią jedną z zasad Wspólnoty.

⁴⁰ Tak T. Skoczny, *Prawo konkurencji Wspólnoty Europejskiej. Źródła*, t. 2. *Reguły sektorowe*, Warszawa 2002, s. 16. Podobnie W. Hoff, *Europejskie obowiązki publiczne na przykładzie sektora elektroenergetycznego*, „Studia Europejskie” 2001, nr 4, s. 51-52. Wymaga podkreślenia raz jeszcze, że A. Arnulf, A. Dashwood, M. Ross i Derrick Wyatt, op. cit., s. 546, mówią o przedmiotowym charakterze (*material scope*) wyłączeń.

⁴¹ Tak Ch. Bellamy, G. Child, op. cit., s. 1008.

⁴² Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy z 29 lipca 1992 r. o grach i zakładach wzajemnych (tekst jedn.: Dz. U. 2004, Nr 4, poz 27 ze zm.).

⁴³ Przepis ten nakłada na państwa członkowskie utrzymujące państwowe monopole handlowe określone obowiązki mające na celu zagwarantowanie swobodnego przepływu towarów. Por. Ch. Bellamy, G. Child, op. cit., s. 1011.

⁴⁴ Patrz D. Maillard, *The role of public authorities and public service obligations in a liberalized European market*. Referat wygłoszony w ramach konferencji: *Right of access to energy, environmental protection and opening of electricity and gas markets*, Energy Conference Brussels 27 and 28 of September, 2001, s. 24. Dostępne na <http://mineco.fgov.be/>. Zob. nadto P. Jasiński, T. Skoczny, G. Yarrow, *Konkurencja a regulacja w energetyce*, Warszawa 1995, s. 34-35.

Jednakże sam Traktat nie zawiera definicji usług w ogólnym interesie gospodarczym. Koncepcja ta oddaje szczególną rolę społeczną, pełnioną przez określone dobra, nazywane dobrami zbiorowymi i opiekuńczymi⁴⁵. Do dóbr tych zaliczyć można: zaopatrzenie w energię elektryczną i ciepłą, zaopatrzenie w gaz ziemny, zaopatrzenie w wodę i kanalizację, transport osobowy, usługi pocztowe, usługi telekomunikacyjne. Niekiedy, niezwykle trafnie, zwraca się uwagę, że dobra publiczne to te dobra, które mają szczególne, kluczowe znaczenie dla utrzymania godności ludzkiej („[...] constitutes a necessity, indispensable for human dignity”)⁴⁶, czyli gwarantują zapewnienie minimalnych standardów życia ludności.

Koncepcja dóbr publicznych jako dóbr gwarantowanych przez państwo, dostarczanych czy świadczonych nieodpłatnie bądź po określonej, regulowanej cenie, odbiegającej od ceny rynkowej, krytykowana jest przez liberalnych ekonomistów⁴⁷.

Pokrewnymi usługom w ogólnym interesie gospodarczym pojęciami są użyteczność publiczna (ang. *public utility*)⁴⁸, usługi publiczne (ang. *public services*) czy usługi powszechne (ang. *universal services*). To ostatnie pojęcie definiowane jest jako prawo każdego konsumenta do zaopatrzenia w wysokiej jakości określone dobro publiczne po rozsądnej cenie („a right for every European consumer to [...] supply of high quality at a reasonable price”)⁴⁹. Koncepcja ta wprowadzona została do regulacji infrastrukturalnych w okresie liberalizowania tych sektorów w celu zagwarantowania ludności dostępu do określonych dóbr w fazie przejściowej, w okresie krystalizowania się rynku po liberalizacji (głównie w sektorze energetycznym, telekomunikacyjnym i pocztowym)⁵⁰. Jest to koncepcja autorstwa Komisji, mająca być swoistym substytutem preferowanej przez Parlament, obdarzonej szerszym zakresem, usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Usługi powszechne z zasady, inaczej niż usługi w ogólnym interesie gospodarczym, nie stanowią naruszenia zasad konkurencji⁵¹.

Z kolei termin „usługi publiczne” (*public service*) – zdaniem Komisji – stanowi pojęcie znacznie mniej precyzyjne od usług w ogólnym interesie gospodarczym. Ze względu na to, że różne może on mieć znaczenia⁵², łatwo o nieporozumienia co do jego treści. Stąd Komisja powstrzymuje się od jego używania.

⁴⁵ Patrz m.in. A. Jaroszyński, R. Krzyżewski, *Konkurencja a regulacja w sektorze usług pocztowych*, Warszawa 1995, s. 12-13. Szerzej na temat koncepcji dóbr publicznych zob. w: D. R. Kamerschen, R. B. McKenzie, C. Nardinelli, *Ekonomia*, Gdańsk 1991, s. 27-28.

⁴⁶ O. Deleuze, *Introduction*. Referat stanowiący wprowadzenie do konferencji: *Right of access to energy, environmental protection and opening of electricity and gas markets*, op. cit., s. 14.

⁴⁷ Zob. A. Jaroszyński, R. Krzyżewski, op. cit., s. 13-14.

⁴⁸ Por. P. Jasiński, T. Skoczny, G. Yarrow, op. cit., s. 14 i n.; P. L. Joskow, *Mixing Regulatory and Antitrust Policies in the Electric Power Industry: The Price Squeeze and Retail Market Competition*, w: *Antitrust and Regulation: Essays in Memory of John J. McGowan*, red. F. M. Fisher, Cambridge (Massachusetts) – London (England) 1985, s. 173.

⁴⁹ L. de Palacio, *The opening of the electricity and gas markets and their integration into the global energy policy in the European Union*. Referat wygłoszony na konferencji: *Right of access to energy, environmental protection and opening of electricity and gas markets*, op. cit., s. 17. Z kolei definicja zawarta w komunikacie Komisji „Usługi w ogólnym interesie gospodarczym” z 2001 r. mówi o minimalnym zakresie określonych usług o określonej jakości po osiągalnej cenie („minimum set of services of specified quality to which all users and consumers have access in the light of specific national conditions, at an affordable price”).

⁵⁰ Por. M. Szydło, w: *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 142-143.

⁵¹ Patrz W. Hoff, op. cit., s. 53.

⁵² Komisja w Białej Księdze, COM(2004)374, zwraca uwagę, iż przez usługi publiczne można rozumieć to, że dane usługi są publicznie (powszechnie) dostępne bądź że dane usługi pełnią szczególną, publiczną rolę, bądź też że podmiot, który świadczy dane usługi, ma publiczny charakter. Zob. załącznik 1 do Białej Księgi.

Należy podkreślić, że podobne kategorie występują także w pozaeuropejskich państwach, np. w Australii – usługi komunalne (*Community Service*), określane też usługami niekomercyjnymi (*non-commercial service*)⁵³, czy na Tajwanie – usługi powszechne (*universal service*)⁵⁴.

Szerszym pojęciem od usług w ogólnym interesie gospodarczym jest pojęcie „usługi w ogólnym interesie” (*services in general interest*).

Definicje usług w interesie ogólnym oraz usług w ogólnym interesie gospodarczym zawarto najpierw w specjalnym komunikacie Komisji pt. Usługi w interesie ogólnym w Europie (*Communication from the Commission: Services of General Interest in Europe*) z 1996 r.⁵⁵, a następnie z 2000 r.⁵⁶ Obecnie definicje tych pojęć bez znaczących zmian prezentowane są w Zielonej księdze z 2003 r. w sprawie usług w ogólnym interesie gospodarczym (*Green Paper on services of general interest*)⁵⁷ oraz w najnowszej Białej księdze z 2004 r. w sprawie usług w ogólnym interesie gospodarczym (*White Paper on services of general interest*)⁵⁸. Zgodnie z definicją Komisji, przez usługi w interesie ogólnym należy rozumieć usługi rynkowe i nierynkowe („both market and non-market services”), które państwa członkowskie oraz Wspólnota czynią przedmiotem szczególnych obowiązków świadczenia usług publicznych na podstawie kryterium interesu ogólnego (załącznik 1 do Białej księgi⁵⁹). W konsekwencji usługi w ogólnym interesie gospodarczym to usługi w interesie ogólnym, ale wyłącznie o charakterze gospodarczym (*of an economic nature*). Występują one, podkreśla Komisja, w dużych sektorach sieciowych, takich jak: transport, usługi pocztowe, energetyka oraz komunikacja.

Konsekwencją uznania danych usług za usługi w ogólnym interesie gospodarczym jest nakładanie na określonych przedsiębiorców danego sektora szczególnych obowiązków publicznych, określanych w literaturze europejskimi obowiązkami publicznymi⁶⁰ (*public service obligations, PSOs* lub *universal service obligations*)⁶¹.

W literaturze podkreśla się, że pojęcie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest pojęciem autonomicznym prawa wspólnotowego, stąd nie należy go utożsamiać z jakimkolwiek pojęciem obecnym w wewnętrznym ustawodawstwie czy doktrynie danego państwa członkowskiego⁶². Na gruncie polskiej terminologii prawnej pojęcie to najbliższe jest pojęciu użyteczności publicznej, definiowanej pośrednio⁶³ przez art. 7 ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samo-

⁵³ Patrz materiały Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD): *Regulating Market Activities by Public Sector*, OECD, Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Competition Committee, DAF/COMP(2004)36, 1-Feb-2005, s. 129.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 136.

⁵⁵ OJ C 281, 26.09.1996, s. 3.

⁵⁶ OJ C 17, 19.01.2001, s. 4. Definicje znajdują się w załączniku II (*Annex II: Definition of Terms*). Komunikat Komisji w tłumaczeniu na język polski w: T. Skoczny, *Prawo konkurencji wspólnoty*, t. 2. *Reguły sektorowe*, s. 103 i n.

⁵⁷ COM(2003)270, 21.05.2003.

⁵⁸ COM(2004)374, 12.05.2004.

⁵⁹ *Annex 1. Definition of Terms*.

⁶⁰ Tak W. Hoff, *op. cit.*, s. 47 i n.

⁶¹ Por. R. Wish, *op. cit.*, s. 934.

⁶² Tak M. Szydło w: *Regulacja sektorów infrastrukturalnych i rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, *op. cit.*, s. 134-135. Podobnie co do zasady M. Górka w: *Zasady stosowania języków państw członkowskich w systemie prawnym Unii Europejskiej*, *Radca Prawny* 2004, Nr 3, s. 16 i n., w szczególności s. 21-22.

⁶³ Brakuje w polskim ustawodawstwie definicji legalnej użyteczności publicznej czy przedsiębiorstwa użyteczności publicznej. Por. S. Gronowski, *Ustawa antymonopolowa. Komentarz*, wyd. 2 rozszerzone, Warszawa 1999, s. 65, czy idem, *Polskie prawo antymonopolowe. Zarys wykładu*, Warszawa 1998, s. 63. Zob. szerzej na

rzędzie gminnym⁶⁴ oraz art. 6 ust. 1 ustawy z 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych⁶⁵. *Prima facie* należy zwrócić uwagę, że zakres przedmiotowy użyteczności publicznej na gruncie wymienionych przepisów jest znacznie szerszy aniżeli zakres usług w ogólnym interesie gospodarczym (czy nawet usług w interesie ogólnym). Nadto nie można nie zauważyć, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym świadczone są wyłącznie przez przedsiębiorców w rozumieniu prawa wspólnotowego, z zasady wykonujących usługi komercyjne, odpłatne. Tymczasem w Polsce zadania o charakterze użyteczności publicznej zasadniczo spoczywają na gminach. Z drugiej jednakże strony pamiętać należy, że na gruncie prawa wspólnotowego pojęcie przedsiębiorcy (*undertaking*) rozumiane jest niezwykle szeroko, znacznie szerzej aniżeli w prawie polskim. Przyjmując więc, że pojęcie użyteczności publicznej oznacza bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności, to należy uznać, że jest ono stosunkowo bliskie pojęciu usług w ogólnym interesie, usług publicznych czy usług powszechnych. Brak jest naturalnie w pojęciu użyteczności publicznej jakiegokolwiek odniesienia do jakości i dostępności (ceny) usług.

V. WPLYW USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM NA ZAKRES OBOWIĄZYWANIA OGÓLNYCH REGUŁ OCHRONY KONKURENCJI

W przeszłości art. 86 ust. 2 Traktatu o utworzeniu Wspólnoty Europejskiej stanowił podstawę (bardziej faktyczną aniżeli prawną) do niestosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji do całych sektorów, w których występowały (faktycznie bądź w sposób domniemany)⁶⁶ usługi w ogólnym interesie gospodarczym⁶⁷. Stąd trafne było twierdzenie o występującym dualizmie reguł ochrony konkurencji, tj. występowaniu w tym zakresie ogólnych reguł ochrony konkurencji oraz szczególnych sektorowych reguł ochrony konkurencji (*sector-specific regulations*)⁶⁸. Jednakże postępująca od lat 70. XX w., ze szczególnym nasileniem w latach 90., liberalizacja i deregulacja poszczególnych sektorów oraz wprowadzana reforma regulacyjna wraz z regulacją prokonkurencyjną w decydującej mierze przesądziły, że nie można już mówić w tych sektorach o dalej trwającym dualizmie. Dotyczy to prawie wszystkich sektorów szczególnych, tak więc sektora energetycznego⁶⁹, telekomunikacyjnego⁷⁰, usług pocztowo-

temat użyteczności publicznej m.in. S. Piątek, *Przedsiębiorstwo użyteczności publicznej jako instytucja gospodarcza*, Warszawa 1986, s. 57 i n.; K. Sobczak, *Administracja publiczna. Problemy węzłowe*, Warszawa 1993, s. 103 i n.; S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego. Problematyka prawna*, Zakamycze 1998, s. 256 i n.; A. Rozwadowska-Palarz, H. Palarz, *Wprowadzenie do ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków*, Gdańsk 2002, s. 24 i n.

⁶⁴ Tekst jedn.: Dz. U. 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.

⁶⁵ Tekst jedn.: Dz. U. 2002 r. Nr 112, poz. 981 ze zm.

⁶⁶ Dla przykładu, banki i ich zrzeczenia długu twierdziły, że usługi w ogólnym interesie gospodarczym występują w sektorze bankowym, dopiero ETS w swym orzeczeniu w sprawie Züchner stanowczo zaprzeczył tej koncepcji. Zob. szerzej R. Greaves, op. cit., s. 80-81.

⁶⁷ Por. T. Skoczny, *Prawo konkurencji...*, t. 2, op. cit., s. 16.

⁶⁸ Zob. *EC Competition and Telecommunications Law*, red. J.-D. Braun, R. Capito w: Ch. Koenig, A. Bartosch, J.-D. Braun, The Hague-London-New York 2002, s. 64.

⁶⁹ Patrz P. S. R. F. Mathijssen, op. cit., s. 255 oraz s. 419 i n.

⁷⁰ Ibidem, s. 251-253; R. Wish, op. cit., s. 938-939.

wych (patrz orzeczenie ETS w połączonych sprawach C-48 oraz 66/90 *Nederlandse and Koninklijke PTT Nederland and PTT Post BV v. Commission*⁷¹, C-320/91 *Procureur du Roi v. Paul Corbeau*⁷², czy C-340/99 *TNT Traco SpA v. Poste Italiane SpA*⁷³)⁷⁴ czy usług komunalnych. Wszystkie te sektory podporządkowane są co do zasady ogólnym regułom ochrony konkurencji. Twierdzenie więc, iż sektory, w których przedsiębiorcy wypełniają obowiązki publiczne, są wyłączone spod reguł konkurencji⁷⁵, należy uznać za chybione.

Art. 86 ust. 2 Traktatu rzymskiego może stanowić podstawę jedynie odrębnego traktowania konkretnego, szczegółowo określonego fragmentu działalności w ramach danego sektora, ściśle związanego z wykonywaniem powierzonego określonemu przedsiębiorcy zadania o charakterze usługi powszechnej (usługi w ogólnym interesie gospodarczym). Tak więc także przyznawane określonym przedsiębiorcom uprawnienia wyłączne (monopole), mające służyć realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym, co do zasady muszą pozostawać w zgodzie z ogólnymi regułami traktatowymi, w tym ochrony konkurencji (tak ETS w sprawie C-320/91 *Procureur du Roi v. Paul Corbeau*⁷⁶).

Zakres dopuszczalnego wyłączenia na podstawie art. 86 ust. 2 Traktatu w praktyce określany jest przez Komisję oraz sądy europejskie bardzo wąsko. Przykładowo, już w 1981 r. Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu z 14 lipca 1981 r. w sprawie 172/80 *Gerhard Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG* odrzucił jako niesłuszną argumentację zrzeszeń banków europejskich, według których ustalanie przez nie m.in. opłat manipulacyjnych, stóp procentowych kredytów, depozytów itd. winno podlegać wyłączeniu na podstawie art. 86 ust. 2 Traktatu⁷⁷. Rzecznik Generalny, Sir Gordon Slynn, w swej opinii sporządzonej w tejże sprawie trafnie zauważył, że nawet gdyby państwo nałożyło na dany bank (banki) obowiązki świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, to ich wykonanie przez ten bank podlegałoby wyłączeniu „jedynie w takim zakresie, w jakim ogólne reguły ochrony konkurencji stałyby na przeszkodzie pod względem faktycznym lub prawnym wypełnieniu tych obowiązków, oraz tak daleko, na ile nie godziłoby to w handel w stopniu, który byłby sprzeczny z interesem Wspólnoty”⁷⁸.

Dotychczas za należące do sfery usług w ogólnym interesie gospodarczym, i tym samym mogące podlegać wyłączeniu na podstawie art. 86 ust. 2 Traktatu, uznane zostało w sektorze telekomunikacyjnym: utrzymywanie publicznych aparatów telefonicznych, wydawanie zbiorczych książek telefonicznych i informacyjnych o usługach, tworzenie sieci telekomunikacyjnej; w sektorze energetycznym: dostarczanie energii elektrycznej i gazu ziemnego; w sektorze transportowym: transport osobowy na nierentownych trasach drogowych, wodnych i lotniczych (zwłaszcza połączenia z miejscowościami oddalonymi od większych skupisk ludz-

⁷¹ ECR 1992, s. I-565. CMLR 1993, nr 5, s. 316.

⁷² ECR 1993, s. I-2533. CMLR 1995, nr 4, s. 621.

⁷³ ECR 2001, s. I-4109.

⁷⁴ Zob. P. S. R. F. Mathijssen, op. cit., s. 253-254; R. Wish, op. cit., s. 942 i n.

⁷⁵ Tak W. Hoff, op. cit., s. 47.

⁷⁶ Zwłaszcza ust. 17-20 tego orzeczenia.

⁷⁷ Por. W. Szpringer, op. cit., s. 48; R. Greaves, *EC Competition Law: Banking and Insurance Services*, London 1992, s. 79 i n.

⁷⁸ Por. R. Greaves, op. cit., s. 80.

kich, obszarami wiejskimi czy górskimi, wyspami), i w sektorze pocztowym – tzw. podstawowe usługi pocztowe.

Obecnie realizacja usług w ogólnym interesie gospodarczym, w tym przez przedsiębiorstwa kontrolowane bezpośrednio czy pośrednio przez państwo, w najlepszym wypadku może liczyć na ograniczone odstępstwa od reguł ochrony konkurencji w sferze subsydiowania tej działalności przez państwo, czyli udzielania pomocy publicznej (*state aid*)⁷⁹.

Niemniej postępujący w Unii Europejskiej proces liberalizacji usług, także w sektorach, w których występują usługi w ogólnym interesie gospodarczym (m.in. na rynku elektroenergetycznym, zaopatrzenia w gaz ziemny czy usług pocztowych – ostateczna liberalizacja tego sektora ma nastąpić 1 stycznia 2009 r.)⁸⁰, prowadzi do powstania jednolitego, wewnętrznego rynku tych usług, bez jakichkolwiek ograniczeń i praw wyłącznych, tak więc całkowicie konkurencyjnego. Utrzymanie w takich warunkach obowiązków publicznych bliższych koncepcji usług powszechnych, tzn. przy ograniczeniu roli państwa do normowania jedynie określonych standardów minimalnych⁸¹ (nie zaś usług w ogólnym interesie gospodarczym, stanowiących realizację dalej idącej polityki społecznej państwa) nie powinno powodować odstępstw od ogólnych zasad ochrony konkurencji. Sama Komisja podnosi, iż usługi w ogólnym interesie gospodarczym nie stanowią zaprzeczenia reguł konkurencji, a wręcz przeciwnie, że służą jej utrzymaniu na zliberalizowanych rynkach. Można mieć jednakże pewne zastrzeżenia co do trafności tak sformułowanej tezy⁸².

Z drugiej strony nie sposób nie zwrócić uwagi na nasilającą się presję związków zawodowych oraz lewicowych środowisk politycznych, które zmierzają do wzmocnienia polityki społecznej Unii Europejskiej, w tym szerszego zagwarantowania realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym co byłoby naruszeniem zasad konkurencji⁸³. Przykładem takiej presji może być argumentacja lewicowych sił politycznych Francji, która doprowadziła do odrzucenia w referendum przez Francuzów Traktatu ustanawiającego Konstytucję dla Europy (29 maja 2005 r.). Gdyby więc w Unii Europejskiej wdrożono realizację usług w ogólnym interesie gospodarczym w szerszym zakresie, naruszając zasady ochrony konkurencji z powołaniem się na art. 86 ust. 2 Traktatu Rzymskiego, rola tego szczególnego wyłączenia podmiotowego znacznie by wzrosła.

⁷⁹ Patrz *Regulating Market Activities by Public Sector*, op. cit., s. 7 i n., szczególnie s. 10. Zob. też orzeczenie ETS w sprawie C-280/00 *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, szczególnie ust. 89 i n. (ECR 2003, s. I-07747), oraz w tej sprawie opinię Rzecznika Generalnego Légera z 14 stycznia 2003 r. (ECR 2003, s. I-07747).

⁸⁰ Tak art. 1 ust. 3 Dyrektywy Rady i Parlamentu Europejskiego 2002/39/EC z 10 czerwca 2002 r., zmieniającej tzw. dyrektywę ramową, tj. Dyrektywę 97/67/EC z 15 grudnia 1997 r. w sprawie wspólnych zasad rozwoju wewnętrznego rynku usług pocztowych we Wspólnocie i w sprawie polepszenia jakości tych usług (*Directive 97/67/EC on common rules for the development of the internal market of Community postal services and the improvement of quality of service*). OJ L 015, 21.01.1998, s. 14. Szerzej M. Zielińska, *Świadczenie usług pocztowych w prawie Unii Europejskiej*, w: M. Królikowska-Olczak, op. cit., s. 199 i n.

⁸¹ Por. W. Hoff, op. cit., s. 53.

⁸² W. Hoff pisze jednoznacznie, że liberalizacja i polityka w interesie ogólnym stanowią przeciwstawne mechanizmy, jeden rynkowy, drugi nakazowy. Ibidem, s. 51. Podobnie o sprzecznościach pomiędzy regulacją a ochroną konkurencji P. L. Joskow, op. cit., s. 173-174.

⁸³ Zob. W. Hoff, op. cit., s. 54-55.

VI. WNIOSKI

Wspólnotowe przepisy ochrony konkurencji obowiązują we wszystkich sferach działalności gospodarczej (sektorach), z wyjątkiem przypadków, gdy sam Traktat rzymski wyłącza ich zastosowanie (tak ETS m.in. w orzeczeniu w połączonych sprawach 209-213/84 *Ministere Public v. Asjès et al. – Nouvelles Frontières*). Przedmiotowo wspólnotowe przepisy ochrony konkurencji mają zastosowanie wyłącznie do praktyk ograniczających konkurencję, które mogą naruszać handel pomiędzy państwami członkowskimi (wymiar wspólnotowy).

Jednym z nielicznych wyłączeń (*exclusion*) obowiązywania ogólnych reguł ochrony konkurencji z art. 81-82 Traktatu jest swoiste podmiotowe wyłączenie generalne przewidziane w art. 86 ust. 2 (d. art. 90 ust. 2) Traktatu. Wyłączenie to obejmuje działalność tych przedsiębiorców, którym państwo powierzyło wykonywanie określonych usług w ogólnym interesie gospodarczym bądź które stanowią monopol państwowy przynoszący dochody budżetowe (*revenue producing monopoly*). Zgodnie z tą szczególną normą kolizyjną wszelkie regulacje traktatowe, w szczególności reguły ochrony konkurencji, znajdują pełne zastosowanie w zakresie, w jakim prawnie bądź faktycznie nie zniweczą one możliwości wykonywania powyższych zadań. Ostateczną, nieprzekraczalną granicą wyłączenia jest interes Wspólnoty (nie jest więc to wyłączenie bezwzględne).

Pojęcie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest pojęciem autonomicznym prawa wspólnotowego. W Polsce najbliższym pojęciem jest pojęcie użyteczności publicznej. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę, że zakres przedmiotowy użyteczności publicznej jest znacznie szerszy jednak aniżeli zakres usług w ogólnym interesie gospodarczym (czy nawet usług w interesie ogólnym). Nadto nie można nie zauważyć, iż usługi w ogólnym interesie gospodarczym świadczone są wyłącznie przez przedsiębiorców w rozumieniu prawa wspólnotowego, świadczących z zasady usługi komercyjne, odpłatne.

Art. 86 ust. 2 Traktatu rzymskiego w przeszłości stanowił podstawę do niestosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji do całych sektorów, w których występowały usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Ostateczne przekreślenie takiego stanowiska nastąpiło w początku lat 90. XX w. wraz z procesem daleko idącej liberalizacji i deregulacji sektorów, w których występują usługi w ogólnym interesie gospodarczym, takie jak energetyka, transport osobowy, telekomunikacja, poczta, ubezpieczenia, bankowość czy usługi komunalne.

W świetle praktyki Komisji i bogatego orzecznictwa sądów europejskich wszystkie szczególne sektory podporządkowane są w całej rozciągłości ogólnym regułom ochrony konkurencji. Art. 86 ust. 2 Traktatu rzymskiego może stanowić jedynie podstawę do wyłączenia spod określonego zakazu antymonopolowego konkretnego, szczegółowo określonego fragmentu działalności danego przedsiębiorcy, któremu powierzono wykonywanie zadania o charakterze usługi w ogólnym interesie gospodarczym, i to jedynie w takim zakresie, w jakim nie naruszy to handlu w stopniu sprzecznym z interesem Wspólnoty (fundamentalne orzeczenie ETS w sprawie 172/80 *Gerhard Züchner v. Bayerische Vereinsbank AG*). Obecnie przedmiotowe wyłączenie dotyczy przede wszystkim reguł udzielania pomocy publicznej.

Na koniec można zauważyć, że być może w niedalekiej przyszłości rola szczególnego wyłączenia z art. 86 ust. 2 Traktatu rzymskiego znacząco wzrośnie. Tym samym dalej idącym ograniczeniom ulegnie wolna konkurencja na rynkach unijnych. Ta pesymistyczna prognoza wiąże się z niebezpieczną ewolucją regulacji sektorowej, która pierwotnie rozumiana jako regulacja przejściowa (*transitional rules*)⁸⁴, zdaje się coraz bardziej krzepnąć w sektorowej rzeczywistości Wspólnoty, przy czym w ramach regulacji (określonej często jako prokonkurencyjna) coraz większą wagę przywiązuje się do nakładanych na przedsiębiorców obowiązków publicznoprawnych, wśród których znajdują się obowiązki służące promocji konkurencji na rynku czy wywołaniu „efektu konkurencji”, ale też obowiązki w ogóle z konkurencją niezwiązane, stanowiące aspekt polityki społecznej⁸⁵. Te obowiązki publiczne w dużej mierze stanowią następstwo socjalnego niepokoju o poziom życia obywateli Wspólnoty. Wyrazem tego jest nasilająca się presja związków zawodowych oraz lewicowych środowisk politycznych, zmierzająca do wzmocnienia polityki społecznej Unii Europejskiej, w tym szerszego zagwarantowania usług w ogólnym interesie gospodarczym.

W konsekwencji silną pozycję w ramach regulacji zajmują elementy socjalne, nakierowane na zapewnienie ludności oraz innym podmiotom dostępności pewnych dóbr. Troska o interesy socjalno-bytowe określonych podmiotów sprawia, że pełna deregulacja jako stadium końcowe reformy znoszącej wszelkie ograniczenia wraz z pełnym i natychmiastowym podporządkowaniem sektorów siłom rynku odsuwa się w bliżej nieokreśloną przyszłość⁸⁶. Coraz częściej wskazuje się na usługi w ogólnym interesie gospodarczym jako na instrument realizacji polityki społecznej Unii.

Dobrym przykładem powyższego zjawiska może być sektor usług kapitałowych i finansowym, w którym z natury rzeczy liberalizacja postępuje stosunkowo wolno⁸⁷. Komisja w Zielonej księdze w sprawie Polityki usług finansowych w latach 2005-2010 zauważa, iż zachodzi konieczność pogłębienia integracji sektora usług finansowych, m.in. w sferze detalicznych usług (mali przedsiębiorcy i ludność), podkreślając jednocześnie rolę społeczną, jaką usługi te pełnią „w dopełnieniu zapewnienia dobrobytu państwowego” („[...] to complement state welfare provision”)⁸⁸.

*Dr Eryk Kosiński jest adiunktem
Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu.
erykk@amu.edu.pl*

⁸⁴ Por. m.in. J.-D. Braun, R. Capito, w: *EC Competition...*, s. 64.

⁸⁵ Ten aspekt regulacji dostrzega się też w Stanach Zjednoczonych. F. Nelson, R. Noll, *Policymakers' Preferences for Alternative Allocations of the Broadcast Spectrum*, w: F. M. Fisher, red., op. cit., s. 241, piszą o „braniu pod uwagę wartości społecznie istotnych” (*socially important values*).

⁸⁶ Zob. materiały Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD): *Relations between regulators and competition authorities*, OECD, Directorate for Financial, Fiscal and Enterprise Affairs Committee on Competition Law and Policy, DAF/CLP(99)8, s. 7.

⁸⁷ Por. m.in. W. Szpringer, op. cit., s. 38 i n., szczególnie s. 48 i n.; R. Greaves, op. cit., s. 11-12.

⁸⁸ *Green Paper on Financial Services Policy (2005-2010)*, s. 28.

SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST VS THE COMPETITION LAW
PROVISIONS IN THE EUROPEAN UNION

S u m m a r y

The general EC competition provisions, or the anti-competitive agreements are contained in the new 81-86 (former art. 85-90) of the Treaty on the EU of 25 March 1957 (The Treaty of Rome).

The EU competition regulations apply solely to the anti-competitive agreements which may infringe free trade between member states, and, as such, they concern undertakings.

The EU competition rules are binding in all spheres of economic activity, except for the exceptional cases where the Treaty excludes their application. Those exclusions, however, are few.

One of the general exclusions is provided in the new art. 86 clause. 2 (former art. 90 clause 2) of the Treaty. It applies to those undertakings which have been given by the state the status of undertakings rendering services of general economic interest, or undertakings that constitute an element of a state monopoly, bringing a certain revenue.

The notion of a state monopoly bringing revenues, or a fiscal monopoly, does not pose any major interpretation problems. However, the notion of services of general economic interest is already a specific concept that has been introduced to the community law. Moreover, it should be stressed that services of general economic interest constitute one of the principal rules of the Community.

Similar, or derivative, notions to those above are *public utility*, *public services* and *universal services*. Services of general interest is a broader concept, to be found in large network-type sectors such as transport, postal services, communication or energy.

Recognition of a certain type of services as services of general economic interest entails certain public service obligations imposed on the providers of those services.