

Agnieszka Chudyba*

Związanie aktami unijnego *soft law*. Uwagi na tle prawa konkurencji

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Stosowanie *soft law* na płaszczyźnie unijnej
 1. Związanie organów unijnych
 2. Związanie sądów unijnych
- III. Stosowanie *soft law* na płaszczyźnie krajowej
 1. Związanie organów i sądów krajowych
 2. Stosowanie względem jednostek

Streszczenie

Stosowanie unijnego *soft law* jest w praktyce źródłem wielu wątpliwości. Z jednej strony, dotyczą one możliwości zaskarżania aktów prawa giętkiego przed sądami unijnymi. Z drugiej zaś – sprecyzowania wymaga stopień, w którym *soft law* wiąże organy i sądy, tak na poziomie unijnym, jak i krajowym. Niniejsze opracowanie poświęcone jest temu drugiemu zagadnieniu. Precyzując dostępne w doktrynie definicje prawa giętkiego, autorka analizuje zagadnienie samozwiązania aktami *soft law* unijnych organów, jak również problem ich stosowania przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W dalszej kolejności artykuł porusza kwestię związania organów państw członkowskich, w tym problem zastosowania *soft law* względem jednostek. Tłem dla powyższych rozważań jest unijne prawo konkurencji.

Słowa kluczowe: *soft law*; prawo miękkie; prawo giętkie; akt Unii niewiążący prawnie; powoływalność; zaskarżalność; skutki prawne; samozwiązanie; wytyczne; obwieszczenie; komunikat.

JEL: K20, K21, K41

I. Wprowadzenie

„Modne i problematyczne” – w ten sposób często określa się unijne *soft law* (Senden i Prechal, 2001, s. 181). „Modne” – ponieważ liczba aktów prawa giętkiego wydawanych przez administrację unijną nie przestaje rosnąć, co skutkuje tym, że stają się one coraz częściej elementem postępowań

* Radca prawny; wykładowca na wydziale Prawa, Ekonomii i Zarządzania Uniwersytetu w Orleanie (Francja). Autorka przygotowuje obecnie pracę doktorską poświęconą zagadnieniom *soft law* w dziedzinie regulacji („*La régulation économique par le droit souple. Comparaison des pratiques européennes*”); e-mail: agnieszkachudyba@yahoo.com.

sądowych tak unijnych, jak i krajowych. „Problematyczne” – ponieważ miejsce prawa miękkiego w hierarchii źródeł prawa oraz jego rola w postępowaniu sądowym są w praktyce źródłem kontrowersji. Fenomenem prawa miękkiego interesowała się początkowo głównie doktryna europejska (np.: Idot, 2007; Senden, 2004; Snyder, 1993; Stefan, 2012; Wellens i Borchardt, 1989). Ze względu jednak na fakt, że „*soft law* jest bardziej niż kiedykolwiek w sercu systemu prawnego Unii”¹ (Mehdi, 2018, s. 385), dyskusja nad pozycją i charakterem prawnym europejskiego prawa giętkiego zaczyna toczyć się również na poziomie krajowym², gdzie jest ono przedmiotem licznych rozbieżności.

Zmierzając do przedstawienia specyfiki unijnego prawa miękkiego, należy wyjaśnić samo pojęcie *soft law*. Ponieważ w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE lub Trybunał) brakuje jednolitej i spójnej koncepcji³, doktryna (zob. Laget-Annamayer, 2018, s. 236; Martucci, 2018, s. 158), rzecznicy generalni⁴, jak i sam Parlament Europejski⁵ nierzadko posiłkują się definicją zaproponowaną przez prof. Lindę Senden⁶. Profesor Senden definiuje *soft law* jako „zasady postępowania zawarte w instrumentach, nie posiadających mocy wiążącej jako takiej, które jakkolwiek mogą wywoływać pewne (pośrednie) skutki prawne oraz mają na celu wywoływanie skutków faktycznych”⁷. Według prof. Senden, przez zasady postępowania należy rozumieć przy tym normy o charakterze generalnym, które zachęcają swoich adresatów do przyjęcia określonego postępowania⁸.

Nie kwestionując, co do zasady, merytorycznej poprawności powyższej definicji, należy ją jednak sprecyzować. Po pierwsze, akt określający „zasady postępowania”, „mający na celu wywoływanie skutków faktycznych» (tj. konkretnego zachowania), nazywać należy po prostu aktem normatywnym. Podstawowym elementem definicji aktu *soft law* powinno być zatem wskazanie, że jest to akt „wyznaczający adresatowi normy określony sposób zachowania w określonych okolicznościach” (Wronkowska i Ziemiński, 2001, s. 25). Z tej definicji nie wynika w żaden sposób, jakoby akt normatywny miał być *per se* aktem wiążącym (imperatywnym). Wśród aktów normatywnych wskazać możemy bowiem zarówno akty imperatywne, tj. wyrażające normę, do której jej adresat bezwzględnie musi się zastosować pod groźbą sankcji, jak również akty nieimperatywne (zob. Chevalier, 2018, s. 77; Galiana Saura, 2016, s. 317). Charakter nieimperatywny normy przejawia się tym, że pozostawia ona swoim adresatom możliwość jej niezastosowania, nawet

¹ *La soft law est plus que jamais au coeur du système juridique de l'Union.*

² Do tej pory szczególne zainteresowanie w tym kierunku przejawiała doktryna holenderska oraz brytyjska (Georgieva, 2016), jak również francuska (Bertrand, 2014; Jeanneney, 2004, Laget-Annamayer, 2018; Martucci, 2018, Rittleng, 2015) czy hiszpańska (Alonso García, 2001; Galiana Saura, 2016; Sarmiento, 2008).

³ Z jednej strony Trybunał podkreśla, że „wytycznych nie można uznać za normę prawną, której w każdej sytuacji musi przestrzegać administracja, lecz za regułę postępowania, która stanowi pewną wskazówkę dla praktyki administracyjnej i od której administracja nie może odstępować w konkretnym przypadku bez podania powodów, które byłyby zgodne z zasadą równego traktowania” (wyr. TUE z 21.09.2006 r. w sprawie C-167/04 P *JCB Service/Komisja*, EU:C:2006:594, pkt 207), z drugiej strony, odwołując się do orzecznictwa ETPCz, wskazuje, że właśnie ze względu na skutki prawne i powszechne obowiązywanie normy postępowania zawarte w wytycznych, mieszczą się w zakresie pojęcia „prawa” w rozumieniu art. 7 ust. 1 EKPC (wyr. TUE z 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P oraz C-213/02 P *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, EU:C:2005:408, pkt 223).

⁴ Np. opinie Rzeczników Generalnych: D. Ruiza-Jaraba Colomera przedstawiona 27.11.2008 r. w sprawie C-415/07 *Lodato Gennaro/INPS i SCCI*, EU:C:2008:658, pkt 34 oraz M. Bobeka przedstawiona 12.12.2017 r. w sprawie C-16/16 P *Belgia/Komisja*, EU:C:2017:959, pkt 83.

⁵ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 4 września 2007 r. w sprawie instytucjonalnych i prawnych skutków stosowania instrumentów tzw. miękkiego prawa (*soft law*) (2007/2028(INI)).

⁶ Definicja ta jest rozwinięciem podejścia zaproponowanego przez prof. F. Snydera (1993).

⁷ *Rules of conduct that are laid down in instruments which have not been attributed legally binding force as such, but nevertheless may have certain (indirect) legal effects, and that are aimed at and may produce practical effects* (Senden, 2004, s. 112).

⁸ *Rules of conduct should be understood as rules of a general, normative nature, which invite the addressees to adopt certain behavior* (Senden i Prechal, 2001, s. 185).

w wypadku, kiedy jej wzięcie jej pod uwagę jest obowiązkowe, a jej niezastosowanie wymaga uzasadnienia⁹.

Tytułem przykładu wskazać można art. 16 ust. 1 rozporządzenia nr 1095/2010¹⁰. Przepis ten uprawnia agencję europejską (Europejski Urząd Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych) do kierowania wytycznych i zaleceń do właściwych organów i uczestników rynku finansowego. Nie są to akty wiążące dla ich adresatów, niemniej ustęp trzeci tego artykułu jednoznacznie wskazuje, że adresaci zaleceń i wytycznych nie tylko powinni dolożyć wszelkich starań, aby się do nich zastosować, lecz także potwierdzić, w ciągu dwóch miesięcy od ich wydania, czy stosują lub zamierzają się do nich zastosować. W sytuacji, w której właściwy organ nie stosuje i nie ma zamiaru zastosować wytycznej lub zalecenia, musi powiadomić o tym Urząd, podając stosowne uzasadnienie. Jego brak może w praktyce przyczynić się do stwierdzenia nieważności decyzji podjętej z pominięciem prawa giętkiego. Obowiązek uzasadnienia ewentualnych odstępstw, które mogą być podyktowane szczególnym charakterem konkretnej sprawy, nie pozbawia jednak norm *soft law* nieimperatywnego charakteru (zob. Alberti, 2014; Laget-Annamayer, 2018). Co najwyżej, można w podobnych wypadkach mówić o normach „semi-imperatywnych”, których zastosowanie nie jest ani w pełni obowiązkowe, ani zupełnie fakultatywne (Zagorski, 2015).

Jednocześnie nie ma podstaw do zawężania pojęcia *soft law* do aktów generalnych, tak jak proponuje to prof. Senden. Charakter niewiążący może mieć zarówno norma generalna, wyrażona w wytycznych Komisji, jak i norma indywidualna zawarta w opinii, którą Komisja skieruje do konkretnego organu państwa członkowskiego. Jako przykład wskazać można pismo skierowane do hiszpańskiej Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (odpowiednika polskiego Urzędu Komunikacji Elektronicznej), w którym Komisja przedstawiła swoją opinię dotyczącą sytuacji na hiszpańskim rynku usług telekomunikacyjnych¹¹. W cytowanej sprawie hiszpański organ regulacyjny zamierzał stwierdzić, że trzy spółki – Vodafone, Telefonica i Amena – posiadały wspólnie pozycję dominującą na rynku właściwym. Krajowy regulator zamierzał więc nałożyć na powyższe spółki obowiązek uwzględnienia rozsądnych żądań dostępu do ich sieci oraz zaoferowania przystępnych warunków świadczenia usług dostępu dla innych operatorów¹². Stwierdzając niedopuszczalność skargi Vodafone na opinię Komisji, Sąd Pierwszej Instancji (aktualnie Sąd) podkreślił, że obowiązek wzięcia pod uwagę opinii nie zmienia jej „niewiążącego charakteru”¹³. Widać więc wyraźnie, że normy kierowane do indywidualnych adresatów mogą mieć charakter *soft law*, nawet kiedy stają się one dla krajowego organu obowiązkowym, „semi-imperatywnym” punktem odniesienia.

Reasumując, *soft law* można zdefiniować po prostu jako ogół aktów prawnych wyrażających normę (wzorzec postępowania) o charakterze nieimperatywnym, lub jeszcze prościej jako ogół nieimperatywnych aktów normatywnych. Taka definicja oddaje w pełni istotę aktów prawa miękkiego, wpisując się jednocześnie w tradycyjną siatkę pojęć prawnych.

⁹ W tym zakresie można polemizować ze stanowiskiem zaprezentowanym przez Rzecznika Generalnego, M. Bobeka, w opinii przedstawionej 12.12.2017 r. w sprawie C-16/16 P *Królestwo Belgii/Komisja*, w której uznał on, że „obowiązek podania powodów, dla których sędzia odstępuje od określonego źródła, musi koniecznie oznaczać, że źródło to ma charakter wiążący. Sędzia jest zobowiązany uzasadnić jedynie odejście od źródeł bezwzględnie obowiązujących” (pkt 101).

¹⁰ Rozporządzenie (UE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 1095/2010 z 24.11.2010 r. w sprawie ustanowienia Europejskiego Urzędu Nadzoru (Europejskiego Urzędu Nadzoru Giełd i Papierów Wartościowych), zmiany decyzji nr 716/2009/WE i uchylenia decyzji Komisji 2009/77/WE (Dz.Urz. UE 2010 L 331/84).

¹¹ Środek notyfikowany na podstawie art. 7 ust. 3 dyrektywy (WE) Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2002/21 z 7.03.2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, tzw. dyrektywa ramowa (Dz.Urz. UE 2002 L 108/33).

¹² Postanowienie SPI z 12.12.2007 r. w sprawie T-109/06 *Vodafone España i inni/Komisja*, EU:T:2007:384.

¹³ *Ibidem*, pkt 93.

Przechodząc do meritum podkreślić należy, że przyjmowanie niewiążących zaleceń i opinii przewiduje sam Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹⁴. Artykuł 288 ust. 1 TFUE stanowi, że „w celu wykonania kompetencji Unii instytucje przyjmują rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia i opinie”. Zgodnie z ustępem 5 tego samego artykułu, „zalecenia i opinie nie mają mocy wiążącej”. Zawarte w art. 288 TFUE wyliczenie aktów niewiążących nie jest jednak wyczerpujące¹⁵, a działalność unijnej administracji potwierdza, że brak „formalnej” podstawy prawnej nie stanowi przeszkody w podejmowaniu niewiążących wytycznych, obwieszczeń, zaleceń czy komunikatów. Zgodnie z zaproponowaną powyżej definicją, akty te zakwalifikować należy jako instrumenty *soft law*.

Katalog unijnych źródeł prawa miękkiego wykracza więc w praktyce dalece poza to, co przewiduje art. 288 TFUE. Jednocześnie status prawny unijnego *soft law*, możliwość powoływania czy zaskarżania tych aktów, budzą w praktyce poważne wątpliwości. Z jednej strony art. 267 TFUE w żaden sposób nie ogranicza kompetencji TSUE do orzekania w trybie prejudycjalnym o ważności i wykładni zaleceń, opinii czy też innych aktów *soft law*¹⁶. Z drugiej zaś – o ile art 263 ust. 1 TFUE wyklucza *expressis verbis* możliwość kontroli przez TSUE legalności zaleceń i opinii, o tyle przyznaje mu kompetencję do badania zgodności z prawem unijnym aktów Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej oraz aktów innych organów lub jednostek organizacyjnych Unii, „które zmierzają do wywarcia skutków prawnych wobec osób trzecich”. Pojęcie „skutków prawnych” (*legal effects*), do których nawiązuje w swojej definicji prof. Senden, ma więc istotne znaczenie dla oceny procesowego wymiaru unijnego *soft law*. Możliwość wywarcia skutków prawnych nie tylko determinuje zaskarżalność aktów prawa giętkiego przed sądem unijnym, lecz także, na co zwrócił uwagę Trybunał w głośnej sprawie *Grimaldi*¹⁷, uzasadnia możliwość powoływania tych aktów na poziomach unijnym i krajowym.

Związanie aktami *soft law* instytucji UE oraz sądów i organów krajowych jest przejawem jego wielokierunkowości (Stefan, 2012, s. 881). Ze względu na obszerność dostępnych materiałów i bogaty dorobek orzecznicy podane poniżej przykłady odnoszą się w głównej mierze do prawa konkurencji oraz aktów *soft law*, których autorem jest w tym zakresie Komisja Europejska (dalej: Komisja). Jednocześnie, ponieważ kompleksowe ujęcie tematu, ujmujące zarówno zaskarżalność, jak i „powoływalność”¹⁸ unijnego *soft law*, przekraczałoby ramy niniejszego opracowania, poniższe rozważania ograniczę jedynie do tego drugiego aspektu, koncentrując się na problemie związania organów unijnych (II) i krajowych (III).

II. Stosowanie *soft law* na płaszczyźnie unijnej

Analizując orzecznictwo TSUE w dziedzinie prawa konkurencji, można odnieść wrażenie, że nieliczne są wyroki, w których brakuje wszelkiego odniesienia do wydawanych przez Komisję wytycznych czy komunikatów¹⁹. Kwestionowanie decyzji Komisji przez pryzmat zastosowania lub

¹⁴ Dz.Urz. UE 2012 C 326/27; dalej: TFUE.

¹⁵ Możliwość wydawania wytycznych przewiduje np. art. 148 TFUE oraz art. 172 TFUE. Upoważnienie do wydania niewiążących aktów może wynikać również z rozporządzenia lub dyrektywy, czego przykładem są wskazane wyżej rozporządzenie 1095/2010 oraz dyrektywa 2002/21.

¹⁶ Zob. wyr. TWE z 21.01.1993 r. w sprawie C-188/91 *Deutsche Shell AG / Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, EU:C:1993:24, pkt 18.

¹⁷ Wyr. TWE z 13.12.1989 r. w sprawie C-322/88 *Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*, EU:C:1989:646, pkt 18.

¹⁸ *Enforceability* (eng.), *invocabilité* lub *opposabilité* (fr.), *invocabilidad* (esp.).

¹⁹ Akty prawa giętkiego były powoływane przed wspólnotowymi sądami już w latach 70. XX wieku. Przykładowo w wyr. TWE z 6.05.1971 r. w sprawie 1/71 *Société anonyme Cadillon/Firma Höss*, EU:C:1971:47 oraz z 25.11.1971 r. w sprawie 22/71 *Béguelin Import/G.L. Import Export*, EU:C:1971:113,

niezastosowania prawa miękkiego wynika przede wszystkim z faktu, że tego rodzaju publikacja aktu skutkuje samozwiązaniem jego autora, co określa się mianem *self-binding effect* (1). Ponieważ imperatywne akty unijne podlegają kontroli TSUE z punktu widzenia ich legalności, zasadnym wydaje się również pytanie o relację pomiędzy efektem samozwiązania a wykonywaną przez ten sąd kontrolą legalności aktów *hard law*. Innymi słowy, należy zastanowić się czy normy zawarte w wytycznych, do których odwołuje się Komisja, są wiążące również dla sędziego unijnego (2).

1. Związanie organów unijnych

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału publikacja aktu prawa miękkiego skutkuje samozwiązaniem jego autora²⁰. Aby wyjaśnić co TSUE rozumie przez *self-binding effect*, warto przenieść teoretyczne rozważania na grunt praktyki. Aktualny stan prawny odzwierciedla w zasadniczej mierze wyrok z 28 czerwca 2005 r. w sprawie *Dansk Rørindustri*, dotyczący zmowy na europejskim rynku rur ciepłowniczych²¹. Ustalając wysokość nałożonych na członków kartelu kar, Komisja oparła się w tej sprawie na opublikowanych w styczniu 1998 r. tzw. wytycznych w sprawie grzywien²² oraz opublikowanym w lipcu 1996 r. „komunikacie dotyczącym współpracy” w ramach programu *leniency*²³. Ze względu na fakt, że stwierdzone w sprawie naruszenie trwało maksymalnie do kwietnia 1996 r., skarżące spółki podniosły, że zastosowanie wytycznych wydanych w 1998 r., które odbiegały od niepisanych metod postępowania stosowanych przez Komisję w czasie, gdy dopuściły się one zarzucanych im praktyk, stanowiło naruszenie zasady ochrony uzasadnionych oczekiwań oraz zasady niedziałania prawa wstecz. Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów, Trybunał podkreślił, że choć „podmioty gospodarcze nie mogą pokładać uzasadnionych oczekiwań w utrzymaniu istniejącej sytuacji, którą Komisja może zmienić w ramach przysługującego jej uznania”²⁴, to „przyjmując takie [wytyczne] i ogłaszając poprzez publikację, że będzie je stosować od tej pory do przypadków w nich przewidzianych, dana instytucja sama sobie wyznacza granice uznania i nie może odejść od tych norm bez narażania się na sankcję lub naruszenie ogólnych zasad prawa takich, jak zasada równego traktowania lub zasada ochrony uzasadnionych oczekiwań”²⁵. Jednocześnie – odnosząc się do komunikatu dotyczącego współpracy w ramach programu *leniency* – Trybunał zaakcentował, że o ile może kreować on uzasadnione oczekiwania, to „ograniczają się [one] do zapewnienia możliwości skorzystania z pewnej procentowej obniżki. Nie obejmują one jednak metody obliczania grzywien ani tym bardziej określonej wysokości grzywiny, która może być obliczona w chwili, w której podmiot gospodarczy decyduje się na realizację zamiaru współpracy z Komisją”²⁶.

.....
strony odwoływały się do Zawiadomienia Komisji z dnia 27 maja 1970 r., w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, w rozumieniu art. 85 ust. 1 traktatu ustanawiającego EWG.

²⁰ Zob. wyr. TWE z 24.02.1987 r. w sprawie 310/85 *Deufil GmbH & Co. KG/Komisja*, ECLI:EU:C:1987:96, pkt 22.

²¹ Wyr. TUE z 28.06.2005 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P oraz C-213/02 P *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, EU:C:2005:408. W dalszych odwołaniach do cytowanych wyroków postuluje się wyłącznie oznaczeniem stron.

²² Wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 15 ust. 2 rozporządzenia nr 17 oraz art. 65 ust. 5 Traktatu ustanawiającego EWWiS (Dz.U. WE 1998 C 9/3).

²³ Komunikat dotyczący nienakładania grzywien lub obniżania ich kwoty w sprawach kartelowych (Dz.Ur. WE 1996 C 207/4).

²⁴ Wyr. *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, pkt 169–171.

²⁵ Wyr. *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, pkt 211. Zob. również wyr. TUE z 21.09.2006 r. w sprawie C-167/04 P *JCB Service/Komisja*, EU:C:2006:594, p. 207 oraz Sądu: z 10.07.2012 r. w sprawie T-304/08 *Smurfit Kappa/Komisja*, EU:T:2012:351, pkt 84; 19.03.2019 r. w sprawach połączonych T-282/16 i T-283/16 *Inpost Paczkomaty/Komisja*, EU:T:2019:168, pkt 44 oraz cytowane tam orzecznictwo.

²⁶ Wyr. *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, pkt. 188 i 228–229. Na marginesie wskazać można, że sam Komunikat dotyczący współpracy przewidywał, że „Komisja jest świadoma, że niniejszy komunikat wzbudza uzasadnione oczekiwania, na które będą powoływały się przedsiębiorstwa zamierzające zawiadomić Komisję o istnieniu kartelu” (Część E pkt 3).

Z powyższego wynika, że publikując akty prawa miękkiego Komisja ustanawia normy, którymi będzie do pewnego stopnia związana w wykonywaniu swojej władzy dyskrejonalnej. Akty te najczęściej określają „w sposób generalny i abstrakcyjny metodologię, jaką narzuciła sobie Komisja (...) i zapewniają w konsekwencji przedsiębiorstwom pewność prawa”²⁷. Co do zasady więc, akt *soft law* kreuje uzasadnione oczekiwania po stronie jego adresatów, w tym znaczeniu, że mogą oni oczekiwać od instytucji zachowania zgodnego z tą normą. Jednocześnie, z uwagi na fakt, że mamy do czynienia z normą o charakterze *soft*, skuteczność tego oczekiwania jest słabsza, albowiem obowiązek zastosowania takiej normy nie jest bezwzględny. Zdaniem Trybunału, „Komisja nie może poprzez przyjęcie norm postępowania zrzec się wykonania kompetencji uznaniowej”²⁸. Będąc zobowiązana do zbadania każdej sprawy, administracja unijna jest jednocześnie uprawniona do niezastosowania norm prawa miękkiego, jeżeli jest to uzasadnione indywidualnym charakterem danej sprawy²⁹. *A contrario*, nieuzasadnione odejście od norm *soft law* będzie uzasadniało zarzut naruszenia zasady równego traktowania oraz ochrony uzasadnionych oczekiwań³⁰. Taka „elastyczność”³¹ prawa giętkiego wynika z faktu, że choć nie pozostaje ono bez wpływu na stan prawa, nie może ograniczać kompetencji Komisji wyznaczonej przepisami traktatu oraz rozporządzeń. Jak stwierdził bowiem Trybunał, „skuteczne stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji wymaga, aby Komisja mogła w każdej chwili dostosować wysokość grzywien do potrzeb”³² wynikających z polityki ochrony konkurencji. Komisja jest więc związana normami *soft law* o tyle, o ile nie „nie stanowią [one] odstępstwa od właściwego stosowania norm traktatu”³³ (oznacza to, że stosując *soft law*, Trybunał będzie musiał skontrolować jego legalność na zasadzie wyjątku, na podstawie art. 277 TFUE³⁴).

Odnosząc się z kolei do zarzutu naruszenia zasady niedziałania prawa wstecz, podniesionego przez skarżące w sprawie *Dansk Rørindustri*, Trybunał podkreślił, że wytyczne nie stanowią samodzielnej podstawy prawnej do ustalenia wysokości grzywiny³⁵. Niemniej jednak, „zmiana polityki represyjnej (...), w szczególności gdy następuje poprzez przyjęcie takich norm postępowania jak wytyczne, może odnosić skutki z punktu widzenia zasady niedziałania prawa wstecz”, co obliuguje Trybunał do zbadania, czy dana zmiana „była logicznie do przewidzenia w czasie, w którym dokonano naruszeń”³⁶. Innymi słowy, o złamaniu zakazu retroaktywności można mówić jedynie wtedy, gdy wprowadzone *a posteriori* wytyczne odbiegają w sposób zasadniczy od przyjętej uprzednio praktyki Komisji³⁷.

Powyższe uwagi uzupełnić należy komentarzem dotyczącym „szczególnej dziedziny pomocy państwa”, jak zwykle ujmuje to Trybunał³⁸. Potwierdzając, że „przy wykonywaniu kompetencji uznaniowej Komisja może wydawać wytyczne w celu ustalania kryteriów, na podstawie których

²⁷ Wyr. Sądu z 9.12.2014 r. w sprawie T-91/10 *Lucchini*, EU:T:2014:1033, pkt 243.

²⁸ Wyr. TS z 19.07.2016 r. w sprawie C-526/14 *Tadej Kotnik i inni/Državni zbor Republike Slovenije*, EU:C:2016:570, pkt 41.

²⁹ Zob. np. opinia rzecznika generalnego M. F. G. JACOBSA przedstawiona w dniu 18 września 2003 w sprawie *Włochy przeciwko Komisji*, C-91/01, pkt 38.

³⁰ Zob. np. wyr. *JCB Service/Komisja*, pkt 207; *Inpost Paczkomaty/Komisja*, pkt 44.

³¹ Wyr. *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, pkt 267.

³² *Ibidem*, pkt 169.

³³ Wyr. TUE z 11.09.2008 r. w sprawach połączonych C-75/05 P i C-80/05 P *Niemcy i inni/Kronofrance*, EU:C:2008:482, pkt 61 i 65.

³⁴ Wyr. *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, pkt 212.

³⁵ *Loc. cit.*

³⁶ *Ibidem*, pkt 222–224.

³⁷ Wyr. Sądu z 15.07.2015 r. w sprawach połączonych T-389/10 i T-419/10 *Siderurgica Latina Martin i inni/Komisja*, EU:T:2015:513, pkt 101.

³⁸ Wyr. *Niemcy i inni/Kronofrance*, pkt 61.

zamierza ona oceniać zgodność z rynkiem wewnętrznym środków pomocy planowanych przez państwa członkowskie³⁹, sędzia unijny ustanowił w tej sferze dodatkowe kryterium stosowania aktów prawa giętkiego. Zgodnie z dobrze ugruntowanym orzecznictwem, Komisja może bowiem powoływać się na własne wytyczne i komunikaty, o ile są „akceptowane przez państwa członkowskie”⁴⁰. Innymi słowy, jeśli państwo członkowskie nie zaakceptowało norm zawartych w akcie prawa miękkiego, zarówno państwo to, jak i beneficjenci udzielonej przez niego pomocy mogą skutecznie kwestionować decyzję Komisji, która stwierdza istnienie niedozwolonej pomocy w oparciu o te normy.

Z orzecznictwa nie wynika jednak co należy rozumieć przez „zaakceptowanie” aktu przez państwo członkowskie. Nie budzi wątpliwości, że do takiej akceptacji może dojść poprzez oficjalne potwierdzenie zamiaru stosowania aktu⁴¹ lub jego transpozycję do krajowego porządku prawnego⁴². Niemniej, sytuacje takie są niezmiernie rzadkie. Obowiązku formalnej akceptacji nie można wywieść z zasady lojalnej współpracy. Mając na uwadze ilość aktów prawa miękkiego wydawanych przez Komisję, byłoby to w praktyce niezmiernie trudne. Analizując orzecznictwo w tym zakresie, można dojść do wniosku, że sąd domniemuje akceptację przez państwa członkowskie opublikowanych norm prawa giętkiego. Domniemanie to może obalić jednak jednoznaczny sprzeciw lub zgłoszenie zastrzeżeń przez państwo członkowskie. Tytułem przykładu, w wyroku z dnia 25 czerwca 2008 r.⁴³ *Olympiaki Aeroporia*, grecki przewoźnik lotniczy podważył decyzję, w której Komisja uznała, że pomoc państwa, której Grecja udzieliła mu w związku ze stratami poniesionymi na skutek zamknięcia przestrzeni powietrznej nad Stanami Zjednoczonymi częściowo naruszała art. 87 ust. 2 lit. b TWE (obecnie art. 107 ust. 2 lit. b TFUE). Opierając się w tej sprawie na swoim komunikacie z dnia 10 października 2001 r. Komisja podkreśliła, że wypłacone przewoźnikom odszkodowanie mogło dotyczyć jedynie strat powstałych pomiędzy 11 a 14 września 2001 roku. W konsekwencji, Komisja nakazała *Olympiaki Aeroporia* zwrócić pomoc, którą uzyskała tytułem rekompensaty szkód powstałych w dniu 15 września 2001 roku. Uchylając decyzję w zaskarżonym zakresie, Sąd uznał, że należy „oddalić argumentację Komisji, zgodnie z którą Republika Grecka wyraźnie zaakceptowała ustanowioną w pkt 35 komunikatu z dnia 10 października 2001 r. zasadę, zgodnie z którą rekompensata wypłacona (...) może dotyczyć jedynie kosztów poniesionych w dniach od 11 do 14 września 2001 r. Choć bowiem prawdą jest, że w piśmie z dnia 24 września 2002 r. władze greckie twierdziły, że wypłacone odszkodowanie ogranicza się do szkód poniesionych w trakcie pierwszych dni po zamachach, zwróciły się one jednak o zatwierdzenie kwot mających na celu naprawienie szkód, które powstały do dnia 26 września 2001 r. Jest więc oczywiste, że władze te rozumieją pojęcie *pierwszych dni po zamachach* jako dotyczące też okresu po tej dacie”⁴⁴. W cytowanej sprawie Komisja nie mogła się więc skutecznie powołać na swój komunikat, ze względu na brak wyraźnej akceptacji ze strony władz greckich.

³⁹ Wyr. *Tadej Kotnik i inni/Državni zbor Republike Slovenije*, pkt 39.

⁴⁰ Wyr. TUE z 24.03.1993 r. w sprawie C-313/90 *CIRFS/Komisja*, EU:C:1993:111, pkt 42 i z 15.10.1996 r. w sprawie C-311/94 *IJssel-Vliet Combinatie BV/Minister van Economische Zaken*, EU:C:1996:383, pkt 42; SPI z 18.11.2004 r. w sprawie T-176/01 *Ferriere Nord/Komisja*, EU:T:2004:336, pkt 134 oraz Sądu z 25.06.2008 r. w sprawie T-268/06 *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Komisja*, EU:T:2008:222, pkt 54; *Niemcy i inni/Kronofrance*, pkt 61 i 65 i z 20.03.2019 r. w sprawie T-766/16 *Hércules Club de Fútbol* (EU:T:2019:173), pkt 40.

⁴¹ Wyr. TUE z 15.10.1996 r. w sprawie C-311/94 *IJssel-Vliet Combinatie*, EU:C:1996:383.

⁴² Wyr. TPI z 3.03.2010 r. w sprawie T-102/07 oraz T-120/07 *Freistaat Sachsen (Niemcy) i inni/Komisja*, EU:T:2010:62.

⁴³ Wyr. *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Komisja*.

⁴⁴ *Ibidem*, pkt 54.

Takie podejście nie jest jednak jednolite. Tytułem przykładu, w sprawie *Tadej Kotnik i inni/Državni zbor Republike Slovenije*, Trybunał nie odniósł się wcale do kryterium akceptacji aktu prawa giętkiego przez państwa członkowskie, uznając komunikat Komisji wydany w sprawie kryzysu bankowego za wiążący co do zasady⁴⁵, z wyjątkiem ewentualnych derogacji podyktowanych szczególnym charakterem rozpatrywanej sprawy⁴⁶. W niektórych przypadkach przesłanki związania Komisji jej niewiązącymi aktami pozostają więc przedmiotem wątpliwości. Podobne wątpliwości powstają zresztą w kwestii związania normami *soft law* sądów unijnych.

2. Związanie sądów unijnych

TSUE długo odmawiał stosowania aktów prawa giętkiego w swoim orzecznictwie, pomimo że od dawna były one powoływane przez strony zawisłych przed nim sporów (Senden, 2004, s. 370). Uzasadniając pierwotne stanowisko Trybunału, Rzecznik Generalny, Ruiz-Jarabo Colomer, podkreślał, że „wytyczne nie stanowią (...) źródła wspólnotowej zgodności z prawem w ścisłym znaczeniu”⁴⁷.

Z biegiem czasu Trybunał zmienił jednak swoje podejście. Mając na uwadze, że celem wydawanych przez Komisję aktów prawa miękkiego jest zapewnienie przejrzystości, przewidywalności i pewności prawa unijnego, tego rodzaju akty „stanowią nieunikniony instrument interpretacyjny”⁴⁸, także dla sędziego. W praktyce oznacza to, że w ramach wykonywanej kontroli legalności sędzia unijny bada czy Komisja wykonywała przyznaną jej swobodę uznania zgodnie z metodą przedstawioną w akcie prawa giętkiego. W przypadku odejścia od przyjętych reguł, zgodnie z zasadą samozwiązania, Trybunał oceni „czy odejście jest usprawiedliwione i wystarczająco uzasadnione pod względem prawnym”⁴⁹.

Jednocześnie, w odniesieniu do postępowań z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych na podstawie art. 101 i 102 TFUE, „swobodne uznanie Komisji i ograniczenia, które Komisja w tym zakresie wprowadziła, nie ograniczają prawa [TSUE] do dokonania pełnej kontroli”⁵⁰. Tytułem przypomnienia, artykuł 261 TFUE stanowi, że uchwalone zgodnie z przepisaną procedurą rozporządzenie może przyznać TSUE nieograniczone prawo orzekania w odniesieniu do przewidzianych w nim sankcji. Ponieważ uprawnienie takie przyznaje Trybunałowi rozporządzenie nr 1/2003, może on, „poza przeprowadzaniem zwykłej kontroli zgodności kary z prawem, zastąpić własną oceną – w celu określenia wysokości tej kary – ocenę Komisji”⁵¹. Prawo nieograniczonego orzekania daje więc TSUE możliwość zmiany zaskarżonej decyzji co do kary, bez konieczności orzekania

⁴⁵ Komunikat Komisji w sprawie stosowania od dnia 1 sierpnia 2013 r. reguł pomocy państwa w odniesieniu do środków wsparcia na rzecz banków w kontekście kryzysu finansowego (Dz.Urz. UE 2013 C 216/01).

⁴⁶ Wyr. *Tadej Kotnik i inni/Državni zbor Republike Slovenije*, pkt 43.

⁴⁷ Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Lodato Gennaro/INPS i SCCI*, pkt 35. Zob. również: opinie rzeczników generalnych D. de Lamothe przedstawioną 28.10.1971 r. w sprawie 22/71 *Béguelin Import/G.L. Import Export*, EU:C:1971:103 oraz J.-P. Warnera przedstawioną 11.03.1975 r. w sprawie 19-20/74 *Kali und Salz/Commission*, EU:C:1975:37.

⁴⁸ Zob. wyr. TUE: 24.03.1993 r. w sprawie C-313/90 *CIRFS i inni*, EU:C:1993:111, pkt 34 i 36; z 5.10.2000 r. w sprawie C-288/96 *Niemcy/Komisja*, EU:C:2000:537, pkt 62; z 7.03.2002 r. w sprawie C-310/99 *Włochy/Komisja*, EU:C:2002:143, pkt 52 i z 4.07.2000 r. w sprawie C-387/97 *Komisja/Grecja*, EU:C:2000:356, pkt 87 i 89.

⁴⁹ Wyr. SPI z 14.12.2006 r. w sprawach połączonych T-259/02 do T-264/02 oraz T-271/02 *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG i inni/Komisja*, EU:T:2006:396, pkt 226 – utrzymany w mocy w postępowaniu odwoławczym. Zob. również: wyr. TUE z 24.01.2013 r. w sprawie C-73/11 P *Frucona Košice/Komisja*, EU:C:2013:32, pkt 102 i 103.

⁵⁰ Wyr. *Raiffeisen Zentralbank Österreich AG i inni/Komisja* pkt 226 i 227.

⁵¹ Wyr. TS z 25.07.2018 r. w sprawie C-123/16 P *Orange Polska*, EU:C:2018:590, pkt 106. Zob. również wyr. TUE: z 15.10.2002 r. w sprawach połączonych C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P do C-252/99 P oraz C-254/99 P *Limburgse Vinyl Maatschappij i inni/Komisja*, EU:C:2002:582, pkt 692; z 21.10.2003 r. w sprawie T-368/00 *General Motors Nederland*, EU:T:2003:275, pkt 181; z 8.02.2007 r. w sprawie C-3/06 P *Gruppe Danone/Komisja*, EU:C:2007:88, pkt 60–62 oraz Sądu z 27.06.2012 r. w sprawie T-439/07 *Coats Holdings/Komisja*, EU:T:2012:320, pkt 186.

o nieważności decyzji w tym zakresie, i to bez względu na metodologię przyjętą przez Komisję, która wynika często z aktów prawa giętkiego.

Jak stwierdził jednak Trybunał, wykonywanie nieograniczonego prawa orzekania nie może prowadzić do dyskryminacji⁵². Jeśli – odstępując od przyjętych w akcie *soft law* zasad wymiaru kary – zamierza on zmienić jej wysokość wyłącznie w stosunku do jednego z uczestników zakazanego na gruncie art. 101 TFUE porozumienia, Trybunał winien uzasadnić swoje stanowisko w wyroku. Podobnie zatem jak w wypadku samozwiązania autora aktu, *soft law* przybiera wobec sędziego unijnego charakter „semi-imperatywny”. Będąc zobligowanym do uzasadnienia wszelkich ewentualnych derogacji, sąd może być bardziej skłonny do zastosowania normy *soft law* przyjętej uprzednio przez Komisję.

Sytuacja taka nierzadko występuje w praktyce. W sprawie *Groupe Danone*⁵³ sędzia unijny uznał, że choć „metoda obliczania kwoty grzywien zawarta w wytycznych z pewnością nie jest jedyną możliwą do rozpatrzenia metodą, to zapewnia ona spójną praktykę decyzyjną w zakresie nakładania grzywien, która z kolei umożliwia zagwarantowanie równego traktowania przedsiębiorstw karanych za naruszenia reguł prawa konkurencji”⁵⁴. Przyjmując, że Komisja odbiegła od tych wytycznych bez uzasadnienia, Sąd podwyższył w cytowanej sprawie nałożoną na skarżącą karę grzywny, zgodnie z metodologią wskazaną w wytycznych Komisji.

Podobnie, w sprawie *Intel Corporation*⁵⁵, Trybunał uchylił wyrok Sądu w zakresie, w jakim nie odniósł się on do zarzutów skarżącej spółki dotyczących błędów popełnionych przez Komisję przy ocenie spornych rabatów przez pryzmat testu równie efektywnego konkurenta przewidzianego wytycznymi Komisji (*as efficient competitor test* – „test AEC”)⁵⁶. W ocenie Trybunału test AEC stanowił adekwatne narzędzie do oceny czy stosowany przez spółkę Intel system rabatów można było uznać za nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE. Tym samym, „jeśli w decyzji stwierdzającej, że system rabatów stanowi nadużycie, Komisja przeprowadzi taką analizę, to do Sądu należy zbadanie wszystkich argumentów wnoszącej odwołanie zmierzających do podważenia ustaleń dokonanych przez Komisję”⁵⁷ w oparciu o jej własne wytyczne.

Reasumując, choć akty *soft law*, takie jak wytyczne i komunikaty Komisji, nie są dla sędziego unijnego formalnie wiążące, nie są one jednak pozbawione wszelkiej doniosłości. Mając na uwadze zasadę pewności prawa, zasadę równości oraz kreowane przez akty *soft law* uzasadnione oczekiwania, sędzia unijny ocenia ważność decyzji Komisji zarówno na podstawie postanowień Traktatu, wiążących aktów prawa wtórnego, jak i „wytycznych, z zastrzeżeniem wskazanych powyżej ich szczególnych aspektów”⁵⁸. Podobne skutki *soft law* wywiera zresztą na poziomie krajowym.

⁵² Wyr. *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, pkt 337.

⁵³ Wyr. Sądu z 25.10.2005 r. w sprawie T-38/02 *Groupe Danone/Komisja*, EU:T:2005:367 – utrzymany w mocy w postępowaniu odwoławczym.

⁵⁴ *Ibidem*, pkt 523.

⁵⁵ Wyr. z 6.09.2017 r. w sprawie C-413/14 P *Intel Corporation./Komisja*, EU:C:2017:632.

⁵⁶ Wytyczne w sprawie priorytetów, którymi Komisja będzie się kierować przy stosowaniu art. 82 Traktatu WE w odniesieniu do szkodliwych działań o charakterze praktyki wyłączającej, podejmowanych przez przedsiębiorstwa dominujące” (Dz.U. UE 2009 C 45/7).

⁵⁷ Wyr. *Intel Corporation./Komisja*, pkt 141.

⁵⁸ Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Lodato Gennaro/INPS i SCCI*, pkt 40.

III. Stosowanie *soft law* na płaszczyźnie krajowej

Problem stosowania *soft law* na płaszczyźnie krajowej wymaga poruszenia dwóch kwestii. Pierwszą jest stopień związania organów i sądów krajowych (1). Drugą kwestią jest możliwość zastosowania tych aktów wobec jednostek (2).

1. Związanie organów i sądów krajowych

W cytowanej wyżej sprawie *Grimaldi* Trybunał podkreślił, że „sądy krajowe są (...) zobowiązane wziąć pod uwagę [unijne] zalecenia w celu rozwiązania wniesionych przed nie sporów, w szczególności kiedy ułatwiają one wykładnię przepisów krajowych wydanych w celu zapewnienia ich wdrożenia lub kiedy mają na celu uzupełnienie wiążących przepisów Unii Europejskiej”⁵⁹. Choć stanowisko to zostało kilkakrotnie powtórzone⁶⁰, Trybunał nie wyjaśnił kwestii zasadniczej, a mianowicie tego, co dokładnie oznacza „obowiązek wzięcia pod uwagę” aktu prawa giętkiego. Wątpliwości potęguje fakt, że tym samym terminem posługuje się również ustawodawca unijny, przewidując wydanie aktu prawa giętkiego przepisami dyrektywy lub rozporządzenia. Bazując na unijnym orzecznictwie oraz opiniach rzeczników generalnych, zaproponować można co najmniej trzy różne interpretacje „obowiązku” wynikającego z *soft law* dla państw członkowskich⁶¹.

Pierwsza interpretacja, rozważana przez rzecznika generalnego Bobeka, zakłada zobowiązanie państw członkowskich do zgodnej wykładni w myśl orzecznictwa von Colson i Kamann⁶², co *de facto* oznaczałoby nadanie takim aktom charakteru norm imperatywnych, przynajmniej w relacji do organów krajowych. Przyjęcie tak szerokich skutków aktów prawa giętkiego prowadziłooby w konsekwencji do wniosku, że „każde zalecenie jest aktem podlegającym zaskarżeniu”⁶³, co byłoby sprzeczne z literalnym brzmieniem art. 288 TFUE. Takiego stanowiska nie można byłoby uzasadniać również obowiązkiem lojalnej współpracy. Istnieje bowiem zgoda co do tego, że artykuł 4 ust. 3 TUE nie może samodzielnie ustanawiać żadnych wiążących praw i obowiązków. Podkreśla się również, że skoro akty prawa giętkiego nie kreują wiążących dla państw członkowskich obowiązków, nie mogą one podlegać sankcjom, dokonując wykładni przepisów krajowych w sposób niezgodny z zawartymi w nich wskazówkami. W szczególności, państwa członkowskie nie mogą z tego powodu zostać pociągnięte do odpowiedzialności na podstawie art. 258 TFUE (Senden, 2004, s. 352). Wydaje się więc, że Trybunał „nie miał zamiaru posuwać się tak daleko, by nałożyć na sądy krajowe obowiązek stosowania wykładni prawa krajowego zgodnej z zaleceniami”⁶⁴.

Powyższe zastrzeżenia uwzględnia wyrok wydany sprawie *Expedia*⁶⁵. Zawiera on drugą, alternatywną interpretację obowiązków wynikających z unijnego prawa giętkiego. Ustaliwszy, że posługiwanie się przez Komisję normami *soft law* „zmierza do udzielenia sądom i władzom

⁵⁹ Wyr. *Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*, pkt 18.

⁶⁰ Zob. wyr. TUE z 11.09.2003 r. w sprawie C-207/01 *Altair Chimica/ENEL*, EU:C:2003:451, pkt 41 oraz wyr. TS: z 18.03.2010 r., w sprawach połączonych od C-317/08 do C-320/08 *Alassini i inni/Telecom Italia*, EU:C:2010:146, pkt 40; z 3.09.2014 r. w sprawie C-410/13 „*Baltlanta*” *UAB/Lietuvos valstybė*, EU:C:2014:2134, pkt 64.

⁶¹ Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Belgia/Komisja*, pkt 100.

⁶² *Ibidem*, pkt 99.

⁶³ Postanowienie Sądu z 27.10.2015 r. w sprawie T-721/14 *Belgia/Komisja*, EU:T:2015:829, pkt 44.

⁶⁴ Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Belgia/Komisja*, pkt 99.

⁶⁵ Wyr. TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia/Autorité de la concurrence i inni*, EU:C:2012:795.

państw członkowskich wskazówek odnośnie do stosowania⁶⁶ norm imperatywnych, TFUE zastrzegł w tej sprawie, że akty te „nie mogą ustanawiać obowiązków ciężących na państwach członkowskich”⁶⁷. W konsekwencji ani tzw. obwieszczenie w sprawie współpracy w ramach sieci urzędów ochrony konkurencji, ani „komunikat Komisji w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszenia grzywien w sprawach kartelowych”, ani też „modelowy program łagodzenia kar opracowany w ramach Europejskiej Sieci Konkurencji” nie mogłyby kreować żadnych obowiązków względem krajowych sądów czy organów ochrony konkurencji⁶⁸. Co więcej, jak podkreśla Trybunał, „okoliczność, że krajowe organy ochrony konkurencji zobowiązały się formalnie do przestrzegania zasad ustanowionych w komunikacie w sprawie współpracy nie zmienia w świetle prawa Unii waloru prawnego tego komunikatu, ani waloru prawnego modelowego programu łagodzenia kar ECN”⁶⁹. W ocenie TSUE, „w celu ustalenia, czy ograniczenie konkurencji ma odczuwalny charakter, organ [krajowy] może wziąć pod uwagę progi określone w pkt 7 komunikatu *de minimis*, chociaż nie ma takiego obowiązku”⁷⁰. Przyjęcie takiej interpretacji pozbawia więc *soft law* jakiegokolwiek mocy wiążącej względem państw członkowskich (zob. Galiana Saura, 2016, s. 317).

W sprawie *Expedia* Trybunał odrzucił tym samym „pośrednie” rozwiązanie, zaproponowane przez rzecznik generalną Kokott⁷¹, zgodnie z którym „obowiązek wzięcia pod uwagę” nakłada na organy krajowe obowiązek uzasadnienia odstępstwa od normy prawa giętkiego⁷². Takie rozwiązanie nie tylko koresponduje z zasadami, którymi kierują się instytucje unijne, stosując *soft law*, lecz także odpowiada ono jednocześnie praktykom przyjętym generalnie przez państwa członkowskie⁷³.

Stanowisko to zasługuje na aprobatę, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, ze uwagi na zasadę lojalnej współpracy. Nie można bowiem zapomnieć, że organy krajowe powinny wykonywać swoje kompetencje z poszanowaniem prawa UE, zapewniając, by „stanowione bądź stosowane przez nie reguły nie stały na przeszkodzie skutecznemu stosowaniu art. 101 TFUE i 102 TFUE”⁷⁴. Podobnie jest z krajowymi sądami, które związane są unijnym *soft law* w tym samym stopniu, co organy administracji⁷⁵. Skoro krajowe sądy i organy regulacyjne mają wykonywać swoje kompetencje z poszanowaniem prawa UE, to „wzięcie pod uwagę” prawa giętkiego nie może być czysto fakultatywne. Potwierdza to zresztą praktyka. Akty *soft law* są przedmiotem licznych wniosków o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym⁷⁶. Świadczy to jednoznacznie o tym, że są one stosowane przez organy państw członkowskich, a wątpliwości dotyczące sposobu ich interpretacji są poważnie traktowane przez adresatów tych aktów.

⁶⁶ *Ibidem*, pkt 28.

⁶⁷ Wyr. *DHL Express/Komisja*, pkt 35.

⁶⁸ Zob. wyr. TS: z 14.06.2011 r. w sprawie C-360/09 *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, EU:C:2011:389, pkt 21; z 5.06.2014 r. w sprawie C-557/12 *Kone i in./ÖBB-Infrastruktur*, C-557/12, EU:C:2014:1317, pkt 36.

⁶⁹ Wyr. *DHL Express/Komisja*, pkt 43.

⁷⁰ Wyr. *Expedia/Autorité de la concurrence i in.*, pkt 31.

⁷¹ Opinia Rzecznik Generalnej J. Kokott przedstawiona 6.09.2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia/Autorité de la concurrence i inni*, EU:C:2012:544.

⁷² Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Belgia/Komisja*, pkt 100.

⁷³ *Ibidem*, pkt 107.

⁷⁴ Wyr. *Pfleiderer/Bundeskartellamt*, pkt 24.

⁷⁵ Zob. wyr. TS z 20.01.2016 r. w sprawie C-428/14 *DHL Express/Komisja*, EU:C:2016:27, pkt 41.

⁷⁶ Pytania prejudycjalne dotyczące aktów *soft law* formułowane były już w latach 70. XX w. Zob. wyr. *Société anonyme Cadillon/Firma Höss, Béguelin Import/G.L.Import Export* oraz *Deutsche Shell AG/Hauptzollamt Hamburg-Harburg*, EU:C:1993:24, pkt 18.

Po drugie, proponowana przez rzecznik generalną Kokott interpretacja znajduje oparcie w zasadzie jednolitości prawa UE. Unijne akty prawa miękkiego są narzędziami, poprzez które Komisja dąży do zapewniania spójności w stosowaniu europejskiego prawa konkurencji. Celu tego nie można byłoby osiągnąć, gdyby unijne *soft law* przybierało w odniesieniu do państw członkowskich charakter zupełnie niewiążący. Najlepiej uzasadnionym i przystającym do rzeczywistości wydaje się więc być właśnie owo trzecie, „pośrednie” stanowisko, proponowane również przez innych rzeczników generalnych⁷⁷. Zakłada ono istnienie co najmniej „negatywnych” zobowiązań spoczywających na państwach członkowskich w odniesieniu do aktów prawa miękkiego. Podejście to opiera się na założeniu, że *soft law* powinno wywoływać efekt podobny do „blokującego skutku dyrektyw”⁷⁸ w okresie ich transpozycji, w tym znaczeniu, że państwa członkowskie nie powinny ustanawiać zasad, które byłyby sprzeczne z normami zawartymi w aktach formalnie niewiążących, a w zakresie odmowy ich stosowania powinny podać weryfikowalne sędownie powody tych odstępstw⁷⁹.

Reasumując, choć formalnie akty prawa miękkiego nie są wiążące dla państw członkowskich, w praktyce krajowe organy regulacyjne stosują unijne akty prawa miękkiego, a krajowe sądy oceniają czy zawarte w nich „wskazówki” są we właściwy sposób realizowane⁸⁰. Nie może zatem zaskakiwać fakt, że akty te mogą być stosowane również względem jednostek.

2. Stosowanie względem jednostek

Zgodnie z wyrokiem wydanym przez Trybunał w sprawie *Grimaldi*, „choć zalecenia nie mają wiążącego charakteru i nie powodują powstania praw, na które osoby prywatne mogą powołać się przed sadem krajowym, nie są jednak całkowicie pozbawione skutków prawnych”⁸¹. Doktryna prowadzi żarliwą dyskusję na temat znaczenia i roli rozróżnienia pomiędzy *self binding force* a *legal effects of soft law* (Stefan, 2012). Wątpliwości wynikają z faktu, że podkreślając nieimperatywny charakter aktów *soft law*, Trybunał pomija zwykle kompletnie kwestię skutków prawnych, jakie wywołują one wobec jednostek. Wyrok wydany w sprawie *Polska Telefonia Cyfrowa*⁸² (dalej: PTC) dobrze obrazuje powstające w związku z tym trudności.

W przedmiotowej sprawie Prezes UKE ustalił, w oparciu o metodę przewidzianą w wytycznych Komisji Europejskiej⁸³, że PTC zajmuje znaczącą pozycję na polskim rynku świadczenia usług zakańczania połączeń głosowych, nakładając przy tym na skarżącą pewne obowiązki regulacyjne. Opierając się na wyroku wydanym w sprawie *Skoma-Lux*⁸⁴, PTC zarzuciła w sprawie Prezesowi UKE, że nie mógł on powołać się wobec niej na wytyczne, ponieważ nie zostały one opublikowane w Dz.Urz. UE w języku polskim. W ślad za skarżącą Sąd Najwyższy powziął wątpliwość czy nieopublikowany w języku polskim akt może być skutecznie powołany przez krajowego

⁷⁷ Opinie Rzeczników Generalnych w sprawie: *Expedia/Autorité de la concurrence i inni*, pkt 39 oraz *Belgia/Komisja*, pkt 107.

⁷⁸ Który polega na tym, że w okresie transpozycji, państwa członkowskie nie mogą przyjmować środków mogących poważnie zagrozić jej celom. Zob. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Belgia/Komisja*, pkt 105.

⁷⁹ Zob. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Expedia/Autorité de la concurrence i inni*, pkt 39.

⁸⁰ W tym zakresie na uwagę zasługują np. wyr. Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia: 11 lutego 2014 r., sygn. akt XVII AmT 18/12, 3 marca 2015, sygn. akt XVII AmT 68/13 oraz 31 lipca 2015, sygn. akt XVII AmT 70/13.

⁸¹ Wyr. *Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*, pkt 18.

⁸² Wyr. TS z 12.05.2011 r. w sprawie C-410/09 *Polska Telefonia Cyfrowa/Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, EU:C:2011:294.

⁸³ Wytyczne dotyczące analizy rynku i oceny znacznej pozycji rynkowej w zastosowaniu wspólnotowych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.Urz. WE 2002 C 165/6).

⁸⁴ Wyr. TUE z 11.12.2007 r. w sprawie C-161/06 *Skoma-Lux sro/Celní ředitelství Olomouc*, EU:C:2007:773, pkt 51.

regulatora względem polskich przedsiębiorców⁸⁵. Odpowiadając na zadane w sprawie pytanie prejudycjalne, TSUE doszedł do wniosku, że odpowiedź zależy od tego czy wytyczne „rozpatrywane pod kątem ich treści, nakładają obowiązki na jednostki”⁸⁶. Stwierdzając, że sporne wytyczne nie ustanawiają – bezpośrednio lub pośrednio – takich obowiązków, Trybunał uznał, że brak publikacji „nie stoi na przeszkodzie temu, by krajowy organ regulacyjny (...) mógł się na nie powoływać w decyzji skierowanej do jednostek”⁸⁷.

Przyjęte w sprawie rozwiązanie wydaje się kontrowersyjne (zob. Idot, 2007). Z samej istoty prawa giętkiego wynika bowiem, że akty *soft law* „rozpatrywane pod kątem ich treści” nigdy nie nakładają na jednostki obowiązków o charakterze imperatywnym. W przeciwnym wypadku nie mamy bowiem do czynienia z aktem *soft law*, a z „przebrany” aktem *hard law*, powziętym niezgodnie z przepisaną procedurą lub też przez niekompetentny organ. Brak mocy wiążącej nie oznacza jednak przecież braku wszelkich skutków prawnych. Świadczy o tym fakt, że organy krajowe stosują unijne *soft law*, wydając indywidualne decyzje, tak jak miało to miejsce w sprawie PTC. Akceptując stosowanie niepublikowanych aktów, Trybunał zajmuje więc stanowisko bardzo dyskusyjne, odmawiając jednostkom ochrony, z jakiej korzystają one w wypadku stosowania norm typu *hard*. Z punktu widzenia adresata decyzji wydanej przez organ krajowy, unijne *soft law* być może nie wywiera skutków „bezpośrednich”, lecz trudno uznać, że skutki te nie są rzeczywiste. Nawet jeśli przyjmiemy, że konieczność szybkiego reagowania na problemy, na które prawo unijne napotyka w praktyce, może uzasadniać zasadę, wedle której „nie wszystko, co może mieć wpływ na interes obywatela Unii, powinno być redagowane we wszelkich okolicznościach w jego języku”⁸⁸, trudno jednak podejście Trybunału w pełni zaaprobować (zob. Galiana Saura, 2016, s. 315).

Skutki unijnego *soft law* możemy dostrzec również na płaszczyźnie stosowania prawa krajowego. Nie bez znaczenia dla sytuacji prawnej przedsiębiorców pozostaje bowiem możliwość powoływania się przez nich lub wobec nich na wytyczne oraz komunikaty Komisji dla oceny relacji czysto wewnętrznych, regulowanych przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik)⁸⁹. O ile bowiem, jak wynika z rozważań zawartych w części III.1., krajowe organy powinny brać pod uwagę unijne zalecenia, dokonując wykładni przepisów krajowych wydanych celem transpozycji przepisów unijnych, lub gdy służą interpretacji przepisów Unii Europejskiej⁹⁰, uzasadnione kontrowersje budzi czy, i w jakim ewentualnie zakresie, unijne akty prawa miękkiego mogą wpływać na stosowanie krajowego prawa antymonopolowego. O ile sądy powszechne stoją na stanowisku, że unijne *soft law* powinno być brane pod uwagę przy wykładni prawa krajowego zawsze wtedy, gdy istnieje interakcja pomiędzy krajową a unijną regulacją, o tyle Sąd Najwyższy wykazuje się w tym zakresie większą rezerwą.

Powyższe rozbieżności zobrazować można na przykładzie dwóch wyroków zasadniczo odnoszących się do tego samego problemu: skuteczności zarzutu niezastosowania unijnego *soft law* przy ocenie przez Prezesa UOKiK czy doszło do naruszenia uokik w sytuacji, w której

⁸⁵ Postanowienie SN z 3.09.2009 r. Sprawa rozstrzygnięta wyrokiem SN z 7.07.2011 r., III SK 16/09 (LEX nr 585833). Zob. również wyr. Sadu Najwyższego z dnia 8 czerwca 2011 r., sygn. akt III SK 51/10 oraz z dnia 14 lipca 2011 r., sygn. akt III SK 4/10.

⁸⁶ Wyr. Polska Telefonia Cyfrowa/Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, pkt 30.

⁸⁷ *Ibidem*, pkt 34.

⁸⁸ Wyr. Polska Telefonia Cyfrowa/Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, pkt 38.

⁸⁹ Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 Nr 50, poz. 331 ze zm.).

⁹⁰ Wyr. *Grimaldi/Fonds des maladies professionnelles*, pkt 18.

uwzględnienie norm zawartych w tym akcie skutkowałoby rozwiązaniem korzystnym dla przedsiębiorcy. Sąd apelacyjny w Warszawie w wyroku z dnia 24 września 2015 r.⁹¹ uznał, że zastosowanie wytycznych Komisji w sprawie ograniczeń wertykalnych dla oceny charakteru porozumienia na gruncie przepisów uokik wpisuje się w ciążący na krajowych sądach i organach administracji obowiązek prounijnej wykładni przepisów krajowych. W ocenie sądu, z uwagi na fakt, że art. 101 ust. 1 TFUE jest „zharmonizowany” z art. 6 uokik, niezastosowanie przez Prezesa UOKiK wspomnianych wytycznych doprowadziło do „istnienia bardziej restrykcyjnego krajowego unormowania antymonopolowego w tym zakresie, niż przyjęte w prawie wspólnotowym”. Tym samym, oceniając całokształt stosunków łączących Fabrykę Farb i Lakierów „Śnieżka” SA z Grupą Polskie Składy Budowlane SA z perspektywy art. 6 ust. 1 uokik, Prezes UOKiK winien był odnieść się do zawartych w akcie prawa giętkiego kryteriów, co z kolei powinno doprowadzić go do uznania, że sporne porozumienie stanowi umowę agencyjną i podlega wyłączeniu na podstawie sekcji II pkt 2.2. unijnych wytycznych.

Całkowicie odmienne stanowisko w tej kwestii zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 15 maja 2014 roku⁹². W sprawie tej, Prezes UOKiK, nakładając na Telekomunikację Polską SA (dalej: TP) karę za nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych skalkulował karę pieniężną, uwzględniając przychód z całej działalności TP, zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 4 pkt 15 uokik z 2000 roku⁹³. Tymczasem, w ocenie TP, podejście to było sprzeczne z wytycznymi Komisji w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003. Wytyczne przewidywały bowiem, że unijny organ antymonopolowy kalkuluje wysokość grzywiny wyłącznie w oparciu o wartość sprzedaży dóbr lub usług mających bezpośredni lub pośredni związek z naruszeniem, tj. w oparciu o obrót przedsiębiorstwa na rynku, którego dotyczyło zakwestionowane zachowanie. Podobnie więc jak miało to miejsce w wyżej cytowanej sprawie o sygn. akt VI ACa 1096/14, wytyczne Komisji odnoszące się do naruszeń art. 82 TWE (aktualnie art. 102 TFUE) przewidywały rozwiązanie mniej dolegliwe dla przedsiębiorcy aniżeli polska ustawa antymonopolowa.

Odwołując się do wyroku w sprawie *Expedia*, Sąd Najwyższy uznał jednak, że z treści i celu wytycznych wynika, że kreują one obowiązki wyłącznie dla Komisji. Ponieważ akty prawa giętkiego wydawane przez instytucję unijną nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego, nie istnieje inna niż wynikająca z uokik podstawa prawna do nakładania kary pieniężnej na przedsiębiorców dopuszczających się naruszenia krajowego prawa konkurencji. Innymi słowy, okoliczność, iż krajowe i unijne unormowania antymonopolowe są względem siebie kompatybilne nie uzasadnia zastosowania prounijnej interpretacji prawa krajowego i nie może kreować po stronie jednostek żadnych uzasadnionych oczekiwań.

Reasumując, nie jest jasne w jakim stopniu skutki prawne wydawanych przez Komisję aktów prawa giętkiego mogą wykraczać poza sferę prawa unijnego. Choć nie sposób zakwestionować stanowiska Sądu Najwyższego, który podkreśla brak związania krajowych regulatorów wydawanymi przez Komisję aktami *soft law*, nie można zapominać o tym, że akty te odgrywają znaczącą rolę

⁹¹ Wyr. SA w Warszawie z 24.09.2015 r., VI ACa 1096/14 (LEX nr 2025492). Podobne stanowisko zostało zaprezentowane np. w wyr. SO w Warszawie z 11.02.2014 r., XVII AmT 18/12.

⁹² Wyr. SN z 15.05.2014 r., III SK 54/13.

⁹³ Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2000 Nr 122, poz. 1319).

w codziennym obrocie prawnym, kształtując zachowania przedsiębiorców. Nie sposób odmówić im więc wszelkiego znaczenia, także w zakresie zastosowania przepisów krajowych. Zasadnym wydaje się więc wykorzystywanie unijnych aktów prawa giętkiego przynajmniej do prawnoporównawczej wykładni przepisów uokik⁹⁴. Tak szerokie skutki unijnego prawa giętkiego uzasadniają jednocześnie postulat wzmocnienia transparentności prawa stosowanego w UE poprzez dążenie do upowszechnienia dostępności *soft law* (Stefan, 2012, s. 879). W przeciwnym wypadku, unijne prawo giętkie pozostawać będzie w dalszym ciągu nie tylko modne, ale i problematyczne.

Bibliografia

- Alberti, J. (2014). L'utilisation d'actes de soft law par les agences de l'Union européenne. *Revue de l'Union européenne*, 576, 161–169.
- Alonso García, R. (2001). El soft law comunitario, *Revista de Administración Pública*, 154, styczeń–kwiecień, 63–94.
- Bertrand, B. (2014). Les enjeux de la soft law dans l'Union européenne. *Revue de l'Union européenne*, 575, 73.
- Chevalier, J. (2018). La soft law. Le point de vue d'un interniste publiciste. W: P. Deumier, J.-M. Sorel (red.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (s. 77–89). Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J.
- Galiana Saura, A. (2016). La expansión del Derecho flexible y su incidencia en la producción normativa. *Anuario de filosofía del derecho*, 32, 297–322.
- Georgieva, Z. (2016). The judicial reception of competition soft law in the Netherlands and the UK. *European Competition Journal*, 12(1), 54–86. <https://doi.org/10.1080/17441056.2016.1221167>.
- Idot, L. (2007). À propos de l'internationalisation du droit. Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence. *Concurrences Review*, 2, art. n 44996.
- Jeanneney, P.-A. (2004). Le régulateur producteur de droit. W: M.-A. Frison-Roche (red.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation* (s. 44–51). Paris: Dalloz.
- Klabbers, J. (1994). Informal Instruments before the European Court of Justice. *Common Market Law Review*, 31(5), 997–1023.
- Laget-Annamayer, A. (2018). Regard d'une interniste sur la *soft law* au sein des „agences européennes” en matière de régulation économique. W: P. Deumier, J.-M. Sorel (red.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (s. 235–251). Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J.
- Martucci, F. (2018). La soft law dans la structure constitutionnelle de l'Union, une lecture contentieuse. W: P. Deumier, J.-M. Sorel (red.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (s. 155–173). Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J.
- Mehdi, R. (2018). La soft law devant les juges européens. Se saisir de l'insaisissable. W: P. Deumier, J.-M. Sorel (red.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (s. 369–385). Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J.
- Ritleng, D. (2015). L'effectivité du droit européen de la concurrence. *Revue de l'Union européenne*, 277.
- Sarmiento, D. (2008). *El soft law administrativo*. Madryt: Thomson-Civitas.
- Senden, L. i Prechal, S. (2001). Differentiation in and through community soft law. W: B. De Witte, D. Hanf, E. Vos. (red.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law* (s. 181–199). Antwerpen, Oxford, New York: Intersentia.

⁹⁴ Zob.: wyr. SN z 19.08.2009 r., III SK 5/09.

- Senden, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing.
- Snyder, F. (1993). The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques. *The Modern Law Review Limited*, 56(1), 19–54.
- Stefan, O. (2012). European Union Soft Law: New Developments Concerning the Divide Between Legally Binding Force and Legal Effects. *The Modern Art Review*, 75(5), 879–893.
- Wellens, K.C. i Borchardt G. M. (1989). Soft Law in European Community law. *European Law Review*, 14, 267.
- Wronkowska, S. i Ziemiński, Z. (2001). *Zarys teorii prawa*. Poznań: Ars Boni et Aequi.
- Zagorski, W. (2016). *Le contentieux des actes administratifs non décisives. Contribution à une typologie du droit souple*. Paris: Mare & Martin.