

Rozdział I. Prawo regulacji. Miejsce w systemie prawa. Od prawa państwa świadczącego do prawa państwa gwarancyjnego

Kazimierz Strzyczkowski

§ 1. Wprowadzenie

Podjęcie tematu prawa regulacji usprawiedliwia, jak dotychczas, szerokie zainteresowanie piśmiennictwa problematyką funkcji (zadań) regulacji działalności gospodarczej w sektorach infrastrukturalnych i ograniczone zainteresowanie charakterem prawa regulacji silnie ukształtowanego przez prawo unijne i, w coraz szerszym zakresie, przez międzynarodowe prawo gospodarcze. Samo wyodrębnienie prawa regulacji, opierające się na indukowaniu regulacji poszczególnych dziedzin regulacji działalności gospodarczej w poszczególnych sektorach infrastrukturalnych, nie jest oczywiste. Zakłada bowiem wspólne dla wszystkich dziedzin prawa regulacyjnego cechy wyróżniające, co jest równoznaczne z uznaniem ogólnej regulacji sektorowej w oparciu o kryterium sektorowego charakteru regulacji, a nie regulacji konkretnego sektora działalności gospodarczej. Wyodrębnienie prawa regulacji jest pochodną ujęcia regulacji w sposób uwzględniający ujęcie regulacji w sensie ogólnym, odnoszącym się do każdego rodzaju regulacji działalności gospodarczej w sektorach infrastrukturalnych i w ujęciu wąskim, obejmującym regulację prawną działalności gospodarczej w określonym sektorze infrastrukturalnym (sieciowym). Oznacza to, że na użytek opracowania przyjęto, iż prawo regulacji zostało wyodrębnione ze względu na jego sektorowy charakter, co stanowi uzasadnienie jego wyodrębnienia z uwagi na specyfikę funkcji (zadania) regulacji sektorowej.

Umieszczenie prawa regulacji w systemie prawa obejmuje zagadnienie charakteru prawa, które ma zastosowanie w badanym obszarze referencyjnym. W literaturze podkreśla się niejednolity charakter tego prawa mającego zastosowanie w regulacji poszczególnych sektorów infrastrukturalnych. Publiczny i prywatny charakter prawa regulacyjnego podkreśla się w odniesieniu do sektora transportu kolejowego i transportu lotniczego, energetycznego. Kwalifikację prawa regulującego działalność gospodarczą w wymienionych sektorach do prawa publicznego uzasadnia jego zakres podmiotowy. Jest to prawo adresowane przede wszystkim do organów władzy publicznej, w szczególności organów administracji publicznej (unijnych i krajowych) realizujących, uzasadnioną interesem publicznym, ingerencję regulacyjną przejawiającą się w typowej dla prawa publicznego ingerencji reglamentacyjno-nadzorczej, jednostronnie kształtujące sytuację prawną podmiotów działalności gospodarczej.

Natomiast kwalifikację prawa regulacji wymienionych sektorów do prawa prywatnego uzasadnia argument zastosowania przepisów prawnych regulujących relacje prawne powstałe w konsekwencji zawierania umów między podmiotami świadczącymi usługi użyteczności publicznej a ich odbiorcami z zastrzeżeniem, że nie w każdym przypadku umowy te są zawierane w ramach zagwarantowanej podmiotom gospodarczym swobody umownej, z uwagi na charakterystyczne dla sektorów infrastrukturalnych zjawisko publicyzacji stosunków umownych. Tych zastrzeżeń zdaje się nie uwzględniać stanowisko, zgodnie z którym sektory infrastrukturalne objęte są zakresem obowiązywania powszechnej regulacji cywilnoprawnej¹.

Tę cechę wyróżniającą prawa regulacji, jego złożony charakter, podkreśla piśmiennictwo w sformułowaniu: „regulacyjne prawo administracyjne składa się z barwnego bukietu reguł prawnych oraz instytucji prawnych: przeplatają się nawzajem rozstrzygnięcia konsensualne i imperatywne, planowe i implementowane, normatywne i dotyczące poszczególnych przypadków. Nierzadko wykorzystywany jest instrument przymusu umownego”². Omawiana dziedzina prawa jest poddana regulacji ustaw, które częściowo należą do prawa publicznego, częściowo do prawa prywatnego³. Paralelne wykorzystywanie instrumentów prawa publicznego i prawa prywatnego oznacza nie tyle obowiązywanie zintegrowanego, jednolitego modelu prawa, ile współobowiązywanie norm prawa publicznego i prawa prywatnego w sposób wyznaczony przez

¹ M. Szydło, *Regulacja sektorów*, s. 40.

² E. Schmidt-Assmann, *Ogólne prawo*, s. 179.

³ Por. A. Stelmachowski, *Wstęp*, s. 29.

ich relacje oparte na zasadach komplementarności. Należy bowiem podkreślić odmienne założenia wyjściowe i odmienne funkcje obydwu regulacji prawnych. Zasadniczo prawo prywatne reguluje stosunki między jednostkami i innymi podmiotami prawa prywatnego w sposób zakładający ich wolność i autonomię prywatnoprawną i zawiera przepisy regulujące obrót między podmiotami prawa prywatnego. Prawo publiczne reguluje i ogranicza zarazem zadania i kompetencje państwa i innych podmiotów publicznoprawnych i jest szczególnym prawem w przeciwieństwie do prawa prywatnego, które jest prawem każdego⁴. Zastosowanie publicznoprawnej i prywatnoprawnej metod regulacji prawnych nie jest wynikiem wspólnych (hybrydalnych) założeń i funkcji prawa publicznego i prawa prywatnego, co mogłoby podważyć dualizm prawa publicznego i prywatnego na rzecz jednolitego prawa. Jak dotychczas nie ma podstaw, aby stwierdzić istnienie wspólnych, własnych założeń i funkcji przesądzających o przełamaniu dychotomii prawa publicznego i prawa prywatnego. Równoległa regulacja określonego obszaru referencyjnego przez prawo publiczne i prawo prywatne, jako wynik dwóch metod regulacji prawnych mających ten sam przedmiot, nie przesądza o jakościowych zmianach nakazujących przewartościowanie problemu poddziału prawa na te dwie gałęzie. Konsekwencją częściowej regulacji określonych obszarów referencyjnych prawem publicznym i prawem prywatnym jest co najwyżej powstanie obszarów granicznych, obejmujących styk publicznej i prywatnej ingerencji prawnych⁵. Odnosząc powyższe uwagi do prawa regulacji można stwierdzić, że zasadniczo realizacja celów tego prawa nie jest możliwa przy pomocy prawa prywatnego⁶. Zbudowanie infrastruktury sektorów infrastrukturalnych, a także działalność gospodarcza prowadzona w ramach tych sektorów, zwłaszcza działalność sieci, wymaga interwencji władz publicznych przy zastosowaniu norm prawa publicznego⁷.

Natomiast istotne znaczenie dla podjętej problematyki ma stwierdzenie, które wymaga rozwinięcia i szerszego omówienia, że publiczne prawo regulacyjne rozwinęło się jako model prawa przeciwstawnego modelowi prawa państwa świadczącego, tj. prawa tworzącego podstawy prawne dla realizacji przez państwo zadań państwa świadczącego. W świetle tych rozwiązań prawnych zasadniczej zmianie uległa rola państwa, które z państwa świadczącego usługi

⁴ E.J. Weinrib, *The idea*, s. 193.

⁵ E. Fleiner dla opisu poddania pewnego stosunku częściowej regulacji przez oba reżimy użył terminu regulacji „amfibijnej”, cyt. za J. Langrod, *Instytucje*, s. 58.

⁶ J.I. Che'rot, *Wspólnotowa regulacja*, s. 132.

⁷ Tamże.

użyteczności publicznej przekształciło się w państwo gwarancyjne, jako wynik procesów deregulacji, prywatyzacji i demonopolizacji działalności gospodarczej w sektorach infrastrukturalnych.

§ 2. Od prawa państwa świadczącego do prawa państwa gwarancyjnego

Model prawa państwa świadczącego był realizowany w ramach wyznaczonych przez koncepcję *service public* na gruncie prawa francuskiego i jej niemieckiego odpowiednika troski o byt (*Daseinsvorsorge*). Doktryna *service public* powstała na gruncie francuskiej nauki prawa administracyjnego i traktowana jest przez nią jako jedna z najistotniejszych konstrukcji dogmatycznych⁸. Doktryna ta zrodziła się w XIX w. jako przeciwstawienie konstrukcji prawnej władzy publicznej (*puissance publique*)⁹, w której jej zwolennicy widzieli w państwie podmiot władzy publicznej wobec obywateli, co legło u podstaw francuskiej nauki prawa administracyjnego. Natomiast twórcy doktryny *service public*¹⁰ rolę państwa upatrywali w świadczeniu (dostarczaniu) usług publicznych¹¹. Państwo, według *L. Duquita*, najważniejszego twórcy koncepcji *service public*, nie może ograniczać się do realizacji atrybutów władzy publicznej, lecz ma obowiązek realizacji szczególnych zadań dla dobra społeczeństwa w imię realizacji zasady solidarności społecznej. Zadaniem (funkcją) państwa jest więc także służba społeczeństwu poprzez zaspokajanie jego potrzeb. Redefinicja celów państwa w obszarze *service public* zmieniła dotychczasową rolę państwa i jego administracji, ograniczoną do podejmowania inicjatyw legislacyjnych, a następnie rozszerzoną o odpowiedzialność za regulację i wykonywanie usług publicznych¹². W zakresie świadczenia usług publicznych kompetencja państwa jest domniemana. Natomiast wykonywanie usług publicznych objęte jest szczególnym reżimem prawnym¹³. Realizacja interesu

⁸ Zob. *J. Jeżewski*, Administracja pod rządami prawa cywilnego, s. 71 i n. oraz *W. Jakimowicz*, Prawo administracyjne, s. 86 i n.

⁹ Tamże.

¹⁰ Twórcy tej koncepcji wywodzili się z tzw. Szkoły z Bordeaux, której najważniejszym przedstawicielem był *L. Duguit*, *Traite' de droit*, s. 64.

¹¹ W Polsce używane jest pojęcie usług użyteczności publicznej. Nie jest ono jednak do końca tożsame z francuskim ujęciem usług publicznych (*services public*).

¹² *L. Grzejdziak*, Regulacja finansowania, s. 192 i n.

¹³ Tamże.

publicznego gwarantowana jest przez szereg przesłanek materialnych odnoszących się do działalności realizowanej jako *service public*. Inaczej rzecz ujmując, świadczenie usług publicznych podlega pewnym zasadom, które odróżniają je od typowej działalności gospodarczej. Jednym z podstawowych wymogów odnoszących się do *service public* jest równy dostęp do nich obywateli i równego traktowania ich użytkowników¹⁴. Dostęp do *service public* musi być więc zagwarantowany każdemu obywatelowi, co oznacza zakaz dyskryminacji ze względu na status społeczny i miejsce zamieszkania, na jednakowych warunkach, bez względu na poniesione koszty ich wykonania¹⁵. Zasada równości wiąże państwo także w odniesieniu do organizacji publicznej działalności gospodarczej¹⁶. Przeprowadzenie prywatyzacji służby publicznej sprawiło, że pojęcie służby publicznej nie jest tak jak w pierwotnym kształcie kryterium wyodrębnienia prawa publicznego (administracyjnego) i jako pojęcie traci swoją treść pochodzącą z teoretycznych definicji, ponieważ nie miało wystarczających podstaw w prawie pozytywnym. Konieczne stało się zdefiniowanie służby publicznej przy pomocy kryteriów materialnych, tj. przez przedmiot ich działania; służba publiczna to działalność podjęta przez jakiś podmiot, niekoniecznie prawa publicznego w interesie ogólnym, co zdewaluowało teorię służby publicznej rozumianej jako sposób i cel działania administracji, albo szerzej jako sposób i cel działania osób prawa publicznego, w tym państwa i jednostek samorządu terytorialnego w interesie publicznym¹⁷.

Także nowa koncepcja troski o byt, podobnie jak koncepcja *service public*, w zasadniczy sposób zmienia rolę państwa w tym zakresie. Państwo w świetle także nowej koncepcji troski o byt nie spełnia funkcji świadczenia usług użyteczności publicznej, przejmując w to miejsce funkcję podmiotu gwarantującego realizację usług użyteczności publicznej. Stanowi to podstawę konstatacji, że państwo (socjalne) jest „wynikiem a nie drogą”, gdyż działa w tym przypadku nie jako administracja usługowa¹⁸. Wśród wymienionych rodzajów aktywności państwa działalność w sferze użyteczności publicznej *Daseinsvorsorge* (troska o byt) nie jest tylko zadaniem państwa, lecz jest podstawą legitymacji działalności państwa, jako ryczałtowe uzasadnienie (usprawiedliwienie) dla ingerencji w sferę gospodarki¹⁹. Samo pojęcie troski o byt

¹⁴ W. Jakimowicz, *Publiczne prawa podmiotowe*, s. 81 i n.

¹⁵ Tamże.

¹⁶ Tamże.

¹⁷ W. Jakimowicz, *Prawo administracyjne*, s. 93.

¹⁸ R. Stober, *Allgemeines*, s. 269.

¹⁹ S. Storr, *Der Staat als Unternehmer*, Tübingen 2001, s. 110.

nie jest pojęciem konstytucyjnym i znajduje sporadyczne zastosowanie w zwykłym ustawodawstwie²⁰. Pojęcie troski o byt wprowadził do literatury *E. Forsthoff*²¹. Zidentyfikował w ten sposób te zmiany w administracji, które nie były wystarczająco uznawane przez panującą teorię²². Także współcześnie nie ma podstawy prawno-dogmatycznej dla tej funkcji państwa. Można natomiast mówić o uzasadnieniu tej funkcji jedynie w sensie socjologicznym²³, a nie prawnym ani jako źródła skutków prawnych²⁴ gdyż pojęcie troski o byt jest pozbawione konturów prawnych²⁵, jest treściowo nieokreślone i otwarte²⁶, co stawia pod znakiem zapytania legitymację państwa w tym zakresie²⁷. Sytuuje się je na poziomie obiektywnej zasady konstytucyjnej²⁸ w ramach zasady państwa socjalnego²⁹. Służy jako przewodni motyw kierunku polityki jako cel państwa³⁰, insynuujący zresztą myślenie roszczeniowe obywateli³¹. Zakres troski o byt obejmował świadczenie na rzecz ludności usług użyteczności publicznej, które były uznawane za tradycyjne zadanie państwa oraz samorządu terytorialnego³². Państwo i jednostki samorządu terytorialnego, z tego zadania zapewnienia ludności podstawowych świadczeń bytowych, wywiązywało się w różny sposób, przede wszystkim jednak tworzyło w omawianym zakresie przedsiębiorstwa publiczne, które stanowiły w ręku państwa efektywny instrument wykonania zadań publicznych. Zadania te były zatem realizowane przez państwo w sposób bezpośredni na bazie majątku państwowego w formach organizacyjno-prawnych określonych przez obowiązujące przepisy prawne. Realizacja zadań publicznych przez państwo za pośrednictwem przedsiębiorstw publicznych było dla państwa i gmin, gwarantowało tym podmiotom – państwu i gminom – wywieranie skutecznego i daleko idącego wpływu na zakres

²⁰ Tamże.

²¹ *E. Forsthoff*, *Die Verwaltung*.

²² *R. Schnur*, *Nauki administracyjne*, s. 17.

²³ *G. Püttner*, *Die Öffentlichen Unternehmen*, s. 42.

²⁴ Tamże.

²⁵ Według *G. Püttnera*, który dodaje, że próba *Forsthoffa* objęcia świadczących działań państwa wspólną nazwą „*Daseinsvorsorge*” i kwalifikacji ich jako odrębnego obszaru administracji była od samego początku chybiona, zwłaszcza w stosunku do przedsiębiorstwa użyteczności publicznej.

²⁶ *S. Storr*, *Der Staat*, s. 111.

²⁷ Tamże.

²⁸ *H. Gersdorf*, *Öffentliche Unternehmen*, s. 144.

²⁹ *S. Storr*, *Der Staat*, s. 113.

³⁰ Tamże.

³¹ Por. także *H. Gersdorf*, *Öffentliche Unternehmen*, s. 144.

³² *M. Szydło*, *Ustawa o gospodarce*, s. 126.

i treść działań podejmowanych w celu zaspokojenia potrzeb społecznych³³. Nowe światło na ten problem rzuca, m.in., proces demonopolizacji, prywatyzacji i liberalizacji świadczenia usług użyteczności publicznej z uwagi na to, że usługi te są świadczone przez prywatnie zorganizowane przedsiębiorstwa. Nie jest to zatem wyłączone zadanie państwa bądź samorządu terytorialnego³⁴, co koresponduje ze zgłoszonym wiele lat temu zastrzeżeniem *W. Brohma*, że nie istnieją zadania lub sfery działania, które z „natury rzeczy”, ze względu na *Daseinsvorsorge*, dobro wspólne lub inne klauzule generalne byłyby zastrzeżone dla państwa. Troska o byt nie stanowi zatem kryterium podziału na gospodarkę publiczną i gospodarkę prywatną. Przeciwnie, jest obszarem koegzystencji przedsiębiorstw publicznych i prywatnych. Tym ostatnim państwo, gmina mogą powierzyć realizację zadań troski o byt³⁵. W związku z tym stanem rozwiązań prawnych trudno byłoby bez zastrzeżeń stwierdzić aktualność pierwotnej koncepcji troski o byt jako zadania państwa bądź jednostek samorządu terytorialnego³⁶. Łączenie usług w ogólnym interesie gospodarczym z koncepcją troski o byt podważa ponadto regulacja prawa unijnego obejmująca, zgodnie z art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej³⁷, usługi w ogólnym interesie gospodarczym regułami konkurencji. Tymczasem, jak zauważył *H. Klein*, gdy świadczenia administracji stanowią konkurencję dla prywatnej gospodarki, nie można mówić o trosce o byt³⁸. Chodzi zatem o koncepcję usług użyteczności publicznej wyznaczonych przez zasady równości i uniwersalności³⁹. Kategorie służby publicznej i troska o byt mają swój odpowiednik w przewidzianych w art. 14 i 106 ust. 2 TFUE pojęciu usług w ogólnym interesie gospodarczym. Uniwersalne świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest konkretyzowane przez nakaz świadczenia usług przez przedsiębiorców, którym została powierzona misja świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. O ile jednak tradycyjne pojęcie troski o byt było łączone z państwem i jego administracją (świadczącą), o tyle świadczenie usług w sensie materialnym jest łączone zarówno z przedsiębiorstwem publicznym, jak i prywatnym. Z przedstawionych kierunków zmian zadań państwa wynika, że prawo regulacyjne nie jest już prawem państwa świadczącego, lecz prawem

³³ Tamże, s. 127.

³⁴ *S. Storr*, *Der Staat*, s. 113.

³⁵ *F. Berschin*, *Daseinsvorsorge*, s. 439.

³⁶ *E. Forsthoff*, *Die Verwaltung*, s. 9 i n.

³⁷ Wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 47.

³⁸ *H. Klein*, *Die Teilnahme*, s. 18.

³⁹ *F. Berschin*, *Daseinsvorsorge*, s. 10.

państwa gwarancyjnego. Swoje modernistyczne oblicze państwo gwarancyjne kształtuje przez aktywizację prywatnych sił rynkowych, angażując struktury regulacyjne do realizacji zadań publicznych, w sposób zapewniający ochronę obywateli i gwarantujący minimalny wynik ich działalności. Państwo gwarancyjne ponosi odpowiedzialność nie za wynik własnej działalności, lecz za wykonanie usług użyteczności publicznej przez inne (prywatne) podmioty gospodarcze. Wiodącą rolę w procesie wycofywania się państwa z realizacji zadań publicznoprawnych odgrywa prywatyzacja wykonania zadań użyteczności publicznej, w ramach której państwo wycofuje się z wykonania zadań (publicznych) i powierza ich częściowe lub całkowite wykonanie podmiotom prywatnym, czyli społeczeństwu. Jej następstwem jest redukcja funkcji wykonawczej państwa za pośrednictwem (własnych przedsiębiorstw publicznych w formach publicznoprawnych) na rzecz funkcji nadzorczej i gwarancyjnej realizowanych wobec sprywatyzowanych organizacyjnie przedsiębiorstw publicznych. Państwo może powierzyć realizację zadań podmiotom spoza struktur administracji publicznej (państwowej, samorządowej).

§ 3. Deregulacja

Przejęcie przez podmioty niepaństwowe realizacji dotychczasowych zadań państwa jest wynikiem deregulacji, w wyniku której to podmioty prywatne wypełniają luki powstałe wskutek wycofywania się państwa z realizacji zadań publicznych. W tej sytuacji kategoria zadań publicznych realizowanych przez państwo i jednostki samorządu terytorialnego nie jest wyłącznym kryterium wyznaczającym pole prawa publicznego i prywatnego. Zadania publiczne nie są wyłącznie zadaniami państwa i mogą być delegowane także podmiotom prywatnym (społecznym). Kontekst deregulacji zadań publicznych pojawił się w latach 90. XX w.⁴⁰, kiedy to nastąpiła wyraźna zmiana podejścia do celów, zadań, jak i struktury i kierunków działalności publicznej w następstwie procesów liberalizacji i prywatyzacji na poziomie Unii Europejskiej i państw członkowskich działalności gospodarczej w dziedzinach transportu kolejowego, poczty, telekomunikacji, energii, zaopatrzenia w wodę itp., które działalność tę usytuowały w przestrzeni rynku wewnętrznego i reguł konkurencji poddanych w szerokim zakresie interwencji regulacyjnej. W szczególności doniosłe skutki miało zniesienie monopolu prawnego w tych dziedzinach

⁴⁰ Por. R. Stober, Rückzug, s. 56; M. Burgi, Funktionale, s. 23 i n.

(w sektorach infrastrukturalnych) przedsiębiorstw publicznych, które wykonywały działalność gospodarczą w warunkach konkurencji z prywatnymi podmiotami gospodarczymi, czyli w warunkach ograniczonej wyłączności przedsiębiorstw publicznych⁴¹. Intensywnej liberalizacji rynków infrastrukturalnych towarzyszyła prowadzona w szerokim zakresie akcja prywatyzacji obejmująca wejście na rynek przedsiębiorstw prywatnych i prywatyzację przedsiębiorstw publicznych, co doprowadziło do prywatyzacji zadań publicznych realizowanych w ramach sektorów infrastrukturalnych⁴². Z tych powodów uzasadnione jest zakwalifikowanie sektorów infrastrukturalnych do sektorów publicznych nie tyle z uwagi na kryteria ustrojowe (własnościowe), lecz z uwagi na kryteria funkcjonalne. To funkcja wykonywania zadań publicznych (użyteczności publicznej), a nie struktura własnościowa sektora, wyznacza przynależność do sektora publicznego⁴³. Dominująca do niedawna tzw. własnościowa regulacja usług użyteczności publicznej, polegająca na wykorzystaniu przez organy państwa kompetencji wynikających z własności przedsiębiorstw publicznych, ustąpiła regulacji wynikających z prerogatyw władczych stosowanych wobec przedsiębiorstw świadczących usługi użyteczności publicznej, w tym przede wszystkim, lecz nie wyłącznie, przedsiębiorstw prywatnych⁴⁴. W szczególności, zmianie uległa pozycja przedsiębiorstw publicznych, do tego momentu wyznaczona przez ich prawa wyłączne do działalności gospodarczej. W jej rezultacie nie są podmiotami szczególnego prawa wyłączności do działalności gospodarczej, lecz podlegają z pewnymi wyjątkami powszechnie obowiązującej regulacji prawnej, w tym regułom konkurencji UE na równi z przedsiębiorstwami prywatnymi. Nawet w przypadkach zachowania przez przedsiębiorstwa publiczne dominacji w strukturze rynków infrastrukturalnych, działalność tych przedsiębiorstw jest poddana nowym zasadom dotyczącym udzielania przez państwa członkowskie wsparcia finansowego oraz traktatowym regułom konkurencji⁴⁵. Tym samym działające w sektorach infrastrukturalnych przedsiębiorstwa publiczne nie mogą być uprzywilejowane z racji ich statusu prawnego w stosunku do przedsiębiorstw prywatnych i muszą zadania wykonywania tych usług realizować na tych samych zasadach, co przedsiębiorstwa prywatne.

Samo pojęcie deregulacji obarczone jest skutkami nietypowego pojęcia o nieokreślonej, powszechnie stosowanej treści, rozumianego w zróżnicowany

⁴¹ T. Skoczny, Wspólnotowe prawo, s. 243; M. Szydło, Regulacja sektorów, s. 131.

⁴² Por. szerzej S. Biernat, Prywatyzacja, s. 37–38.

⁴³ M. Szydło, Regulacja sektorów, s. 132.

⁴⁴ Tamże, s. 131.

⁴⁵ Tamże, s. 133.

sposób w zależności od potrzeb i dyscypliny badawczej. W najogólniejszym rozumieniu jest to pojęcie przeciwstawne pojęciu państwowej regulacji. Koncepcja deregulacji sprowadza się do minimalizacji ingerencji publicznej w obszarze gospodarki. Zmierza do substytuowania ingerencji władzy publicznej przez mechanizm samoregulacji rynkowej, czyli regułami implikowanymi wyługami samego rynku i swobodnej relacji między jego uczestnikami⁴⁶.

Skutkiem deregulacji jest decentralizacja władzy rynkowej, oznaczająca podejmowanie decyzji gospodarczych przez autonomicznych przedsiębiorców⁴⁷, co zmniejsza ryzyko błędnej alokacji zasobów dokonywanej ze szczebla centralnego gospodarki⁴⁸. Stąd deregulacja zmierza do ograniczenia ingerencji państwa, likwidacji państwowych monopolii i ograniczenia wpływu na mechanizm konkurencji. Obejmuje odbiurokratyzowanie, prywatyzację i redukcję zadań państwa oraz stosowanych środków i postępowań. W jakimś zakresie deregulacja i prywatyzacja występują jako zjawiska paralelne, gdyż bez większego ryzyka można stwierdzić, że deregulacja jest synonimem odpaństwowienia, odkomunalizowania, demonopolizacji, dereglamentacji i liberalizacji⁴⁹. Punktem odniesienia do deregulacji (odwrotu państwa) jest zasada subsydiarności, stanowiąca centralne kryterium, wyznaczające granice między państwem a społeczeństwem (podmiotami prywatnymi)⁵⁰. Subsydiarność otwiera konkurencję i szansę współdziałania w gospodarce najszerszych grup społecznych. Ta zasada odpowiada w wysokim stopniu samodpowiedzialności społecznej i dystansu wobec państwa. Ten porządek i zasada podziału pracy opiera się na zasadniczym założeniu, że państwo nie jest sumą obywateli⁵¹. Dlatego deregulacji podlega każde zadanie, które – w warunkach deregulacji – jest wykonywane siłami rynku. Rynek jest zatem najważniejszym regulatywnym i korektywnym narzędziem regulacji⁵². To, jaki jest zakres deregulacji, jest pytaniem dotyczącym konkretnej dziedziny życia społecznego i gospodarczego oraz optymalizacji relacji między państwem i społeczeństwem. O sposobie rozwiązywania problemu regulacji i deregulacji decyduje państwo, rozstrzygając o tym, czy działalność gospodarcza jest zorganizowana według zasady własnej samoodpowiedzialności jednostek i współodpowiedzialności

⁴⁶ R. Molski, *Prawo antymonopolowe*, s. 103.

⁴⁷ Tamże.

⁴⁸ Tamże.

⁴⁹ R. Stober, *Rückzug*, s. 3; M. Burgi, *Funktionale*, s. 2; R. Schmidt, *Öffentliches*, s. 48.

⁵⁰ Por. szerzej R. Stober, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, t. I, § 12.

⁵¹ R. Stober, *Rückzug*, s. 4.

⁵² Tamże, s. 6.

jednostek (społeczeństwa) i państwa, czy też jego wyłącznej państwa odpowiedzialności. Otwartość konstytucyjna i Unii Europejskiej pozwala w szerokim zakresie na zastosowanie mechanizmów deregulacyjnych, w szczególności otwartość konstytucji gospodarczej Unii Europejskiej⁵³. Deregulacja i prywatyzacja są elementami koncepcji modernizacyjnych administracji w ramach *New Public Management*⁵⁴. Jak podkreśla G. Allison, „do zarządzania administracji łatwiej jest importować idee i techniki z prywatnego sektora, ponieważ obecność polityki jest jedyną rzeczą, która świadczy o odrębności organizacji sektora publicznego od biznesu”⁵⁵.

§ 4. Prywatyzacja

Oprócz deregulacji i modernizacji administracji w centrum uwagi jest prywatyzacja na różnych poziomach administracji państwa i jednostek samorządu terytorialnego⁵⁶, m.in. pod hasłem społecznej samoregulacji i państwowego sterowania⁵⁷. Prywatyzacja administracji jest w istocie prywatyzacją zadań publicznych, ich uspołecznieniem, polegającą na włączeniu podmiotów prywatnych w proces realizacji zadań publicznych, urzeczywistnienia interesów publicznych⁵⁸. W wyniku prywatyzacji dochodzi do reorientacji zadań i instytucji z obszaru państwa w kierunku podmiotów prywatnych⁵⁹, przy czym w przypadku prywatyzacji formalnej chodzi wyłącznie o sposób wykonywania działalności gospodarczej. Natomiast w przypadku materialnej (funkcjonalnej) prywatyzacji chodzi o to, czy działalność gospodarcza ma przejść na rzecz prywatnych przedsiębiorstw⁶⁰. W obszarze gospodarki przejawem prywatyzacji są rozliczne formy państwowo-społecznej współpracy⁶¹. Ponieważ prywatyzacja postępuje, to model modernistycznego etatyzmu rysuje obraz państwa, które, z jednej strony, powinno się wycofywać ze sfery gospodarki w sytuacji skuteczniejszej działalności podmiotów prywatnych wspieranych w zaspoko-

⁵³ M. Burgi, *Funktionale*, s. 1.

⁵⁴ Por. w literaturze polskiej M. Swora, *Niezależne organy*, s. 79 i n.

⁵⁵ Tamże, s. 80.

⁵⁶ R. Stober, *Rückzug*, s. 4.

⁵⁷ Tamże.

⁵⁸ M. Burgi, *Funktionale*, s. 8.

⁵⁹ U. Hoppe, *Öffentlichen*, s. 1.

⁶⁰ M. Burgi, *Funktionale*, s. 146.

⁶¹ E. Schmidt-Assmann, *Ogólne prawo*, s. 344.

jeniu potrzeb społecznych przez mechanizm konkurencji, a z drugiej państwo nie może uwolnić się od kompetencji sterowania procesami gospodarczymi, jeśli jest to niezbędne i skuteczne⁶². Obserwacja ostatnich lat przekonuje, że zdają się dominować konkurencja i efektywność, otwartość rynków oraz ich internalizacja. W przeciwieństwie do prywatyzacji, liberalizacja jest otwarciem rynku na konkurencję, co skutkuje redukcją prywatnych monopolii. Natomiast w przypadku otwarcia publicznych monopolii mówi się o prywatnej liberalizacji. Inaczej niż w przypadku prywatyzacji materialnej, liberalizacja nie wyłącza zaangażowania przedsiębiorstw publicznych. Rozwiązanie monopolu publicznego stanowi zatem jedynie częściowe wycofanie państwa z aktywności gospodarczej na danym rynku. Liberalizację klasycznej działalności w sferze użyteczności publicznej osiąga się przez funkcjonalną prywatyzację z zastrzeżeniem odpowiedzialności gwarancyjnej państwa⁶³. Prywatyzacja we właściwym znaczeniu oznacza zmianę podmiotu realizacji zadań publicznych, a miejsce organizacji publicznej zajmuje prywatny podmiot zadań, który przejmuje w wyniku deregulacji zadania realizowane przez monopol państwa. W związku z tym pojawia się problem, czy odwrót państwa musi być zagwarantowany (zabezpieczony) konstytucyjnie jako obligatoryjne zadanie państwa. Także prawo unijne nie jest neutralne wobec prywatyzacji przewidując regulację konkurencji, pomocy publicznej oraz reguluje wolność rynku wewnętrznego, wzmacnia prywatną gospodarczą odpowiedzialność i tworzy struktury konkurencyjne (poczta, telekomunikacja, energetyka, transport), wspiera procesy prywatyzacyjne, likwidując monopole. Zróznicowany, zmonopolizowany bądź konkurencyjny sposób świadczenia tych usług w państwach członkowskich istotnie zmniejszył znaczenie publicznego czy też prywatnego statusu przedsiębiorstw świadczących te usługi na rzecz spełnienia interesu ogólnego: powszechna dostępność, wysoka jakość, przystępne ceny⁶⁴. Nie istnieje zatem problem prywatyzacji przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, aczkolwiek dostrzegalne jest generalne poparcie organów UE dla procesów prywatyzacyjnych w państwach członkowskich⁶⁵.

⁶² S. Storr, *Der Staat*, s. 54.

⁶³ Tamże, s. 59.

⁶⁴ M. Burgi, s. 19.

⁶⁵ Tamże.

§ 5. Prokonkurencyjna regulacja sektorowa

Istotnym etapem w rozwoju publicznego prawa regulacji było stworzenie publiczno-prawnych reguł w ramach sektorowej regulacji prokonkurencyjnej. Jej istotą, jako władczej regulacji publicznej, jest zastąpienie mechanizmów rynku i konkurencji w tych obszarach działalności gospodarczej, w której mechanizmy te nie istnieją, a zwłaszcza w sieciowych sektorach użyteczności publicznej. Funkcja regulacji gospodarczej jest rozumiana jako zbiór norm prawnych oraz zindywidualizowanych aktów ich stosowania i egzekwowania, które ograniczają wolność gospodarczą przedsiębiorców działających w sektorach infrastrukturalnych (energetyka, telekomunikacja, poczta, transport kolejowy)⁶⁶. Zważywszy, że nie wszystkie działania państwa podejmowane w sektorach infrastrukturalnych można zakwalifikować jako działania regulacyjne, pojęcie regulacji wymaga ich ograniczenia do działań organów państwa podejmowanych do osiągnięcia ściśle określonych celów przy wykorzystaniu specyficznych środków (instrumentów) prawnych, stosowanych wobec konkretnych zachowań przedsiębiorców⁶⁷. Podstawową przesłanką funkcji regulacji były zagrożenia związane z liberalizacją świadczenia usług „służby publicznej” (usług w ogólnym interesie gospodarczym), dotychczas realizowanych w warunkach monopolu, przez ich demonopolizację (otwieranie na konkurencję wewnętrzną rynków chronionych prawami wyłącznymi) oraz prywatyzację operatorów narodowych. Zagrożenia te polegały na utrzymywaniu się faktycznej dominacji byłych (historycznych) monopolistów i orientacji działalności usługowej nowych, prywatnych operatorów na maksymalizację zysku. Skutkowało to utrudnianiem rozwoju – przez byłych monopolistów – efektywnej konkurencji na rynku tych usług. Powodowało również zagrożenie realizacji celów publicznych przez zaniechanie świadczenia niektórych usług lub świadczenie ich w ograniczonym zakresie bądź w sposób ograniczający dostępność odbiorcom⁶⁸.

Podobnie jak w innych dziedzinach gospodarki, świadczenie usług „służby publicznej” powinno być poddane regułom konkurencji i dążeniu do osiągnięcia zysku oraz uzupełniającym działaniom państwa na rzecz dobra wspólnego, podejmowanym w sposób niezakłócający konkurencji, co zapewnia wyższą wydajność prowadzonej działalności gospodarczej i gwarantuje świadcze-

⁶⁶ T. Skoczny, *Ochrona*, s. 159.

⁶⁷ M. Szydło, *Regulacja sektorów*, s. 52.

⁶⁸ T. Skoczny, *Wspólnotowe prawo*, s. 234.

nie usług na wyższym poziomie⁶⁹. Działalność regulacyjna jest podyktowana koniecznością stworzenia gwarancji, że sprywatyzowane przedsiębiorstwa lub w dalszym ciągu państwowi bądź w części państwowi przedsiębiorcy nie będą utrzymywać lub nadużywać pozycji dominującej jako dysponenci tzw. urządzeń kluczowych, jak również – motywowani zyskiem – nie zaniechają lub ograniczą świadczenia tych usług ze względu na ich niską rentowność. Spełnienie tego warunku nie jest możliwe bez zewnętrznej, specyficznej interwencji organów państwowych, określanej jako regulacja⁷⁰.

Tak pojęta regulacja jest alternatywą dla zaspokajania usług użyteczności publicznej przez państwo, które nie jest w stanie wyrównywać strat związanych ze świadczeniem tych usług przez przedsiębiorstwa publiczne, które z kolei nie mogą pokrywać kosztów tej działalności z działalności na innym rynku. Wycofanie się z bezpośredniego świadczenia usług użyteczności publicznej nie zwalnia jednak od pośredniej odpowiedzialności państwa za dostarczanie podstawowych usług użyteczności publicznej. W związku z tym państwo, rezygnując z atrybutów właścicielskich, jest zmuszone wykorzystać atrybuty władzy publicznej i na tej drodze zapewnić konkurencyjną realizację usług użyteczności publicznej przez środki interwencyjne gwarantujące świadczenie tych usług na warunkach zapewniających ich powszechną dostępność⁷¹. Działania regulacyjne państwa są skierowane na realizację dwóch zasadniczych celów; są nimi: wprowadzenie i rozwój konkurencji w sektorach infrastrukturalnych oraz zapewnienie zainteresowanym podmiotom (obywatelom) usług publicznych⁷². Wprowadzenie konkurencji w sektorach infrastrukturalnych zapewnia efektywność gospodarczą i odpowiedni (akceptowalny) poziom świadczonych usług (efekt rynku). Rozwój efektywnej konkurencji jest celem działań regulacyjnych w sektorach wcześniej zmonopolizowanych, a aktualnie zdominowanych przez byłych (historycznych) monopolistów – właścicieli urządzeń sieciowych (energetycznych, telekomunikacyjnych, transportowych itp.), utrudniających proces liberalizacji świadczonych usług⁷³. Ingerencja regulacyjna neutralizuje pozycję właścicieli infrastruktury sieciowej m.in. przez zagwarantowanie dostępu do sieci zainteresowanym przedsiębiorcom (uczestnikom rynku) na przejrzystych, ekonomicznie uzasadnionych i niedyskryminacyjnych warunkach, jeżeli nie mogą uzyskać alternatywnego dostępu do

⁶⁹ J. Masing, Stan i tendencje rozwojowe, s. 168.

⁷⁰ T. Skoczny, Ochrona, s. 14; S. Piątek, Regulacja, s. 156.

⁷¹ T. Skoczny, Stan i tendencje, s. 117.

⁷² Zob. tamże oraz M. Szydło, Regulacja sektorów, s. 52.

⁷³ T. Skoczny, Ochrona, s. 14; T. Skoczny, Wspólnotowe prawo, s. 235.

innych oferentów, a zwielokrotnienie wydajności sieci lub urzędnictwa nie jest z ekonomicznego punktu widzenia możliwe⁷⁴. Nie tylko perspektywa wprowadzenia konkurencji determinuje państwową działalność regulacyjną. Nie mniej ważnym celem regulacji sektorów użyteczności publicznej jest zapewnienie powszechnej dostępności świadczonych usług, przez co należy rozumieć zapewnienie podstawowych świadczeń wytwarzanych w danym sektorze możliwie szerokim kręgom społecznym. Cel ten państwo osiąga przez nałożenie obowiązków na przedsiębiorstwa świadczące usługi przez powszechnie obowiązujące przepisy prawne bądź decyzje organów regulacyjnych. Usługi muszą być świadczone na akceptowalnych warunkach cenowych, jakościowych, środowiskowych i nie mogą być zaniechane lub wstrzymane z powodu braku rentowności lub znikomej rentowności⁷⁵. Wymienione cele mogą być osiągnięte zarówno w drodze regulacji uczestnictwa w rynku operatorów usług (dostępu do rynku), zapewniających wejście na rynek w różnych formach (koncesjonowanie, zezwolenia, zgłoszenia) oraz określających warunki wyjścia z rynku, jak i w drodze regulacji zachowań rynkowych operatorów usług, dotyczących jakości i cen świadczonych usług⁷⁶.

§ 6. Wyłączenie sfery użyteczności publicznej spod reguł konkurencji

Założeniem podjętych działań modernizacyjnych było osiągnięcie racjonalności i efektywności, wysokiego poziomu niezawodności i jakości, a także atrakcyjności i innowacyjności usług świadczonych w sektorach infrastrukturalnych. Z drugiej strony, działalność gospodarcza w sektorach infrastrukturalnych jest orientowana przez interes publiczny (ogółu) i z tego powodu, w zależności od przyjętych rozwiązań ustrojowych, jest uznana za zadanie państwa. Obowiązek jego wykonania, jako zadania publicznego, spoczywa na państwie i jego administracji. Odpowiednio do tradycji prawnej danego państwa są to zadania użyteczności publicznej (*service public, public utilities, Daseinsvorsorge*). Dwoistość charakteru działalności gospodarczej stanowi źródło napięć, tworzy pole kolizji między celami wyznaczonymi przez działal-

⁷⁴ T. Skoczny, *Ochrona*, s. 21–22.

⁷⁵ Por. T. Skoczny, *Wspólnotowe prawo*, s. 241–242; *tenże*, *Ochrona*, s. 14; S. Piątek, *Regulacja*, s. 157; W. Hoff, *Polski model*, s. 129.

⁷⁶ T. Skoczny, *Stan i tendencje*, s. 154–155.

ność gospodarczą orientowaną przez mechanizm konkurencji i działalność gospodarczą mającą na celu realizację zadań publicznych. Z tego powodu działalność gospodarcza w sektorach infrastrukturalnych nie może być sterowana wyłącznie przez mechanizmy rynkowe. Państwo w trosce o realizację celów publicznych powinno orientować działalność gospodarczą w sferze użyteczności publicznej w pełni podlegającej, tak jak każda działalność gospodarcza, ogólnym zasadom działalności gospodarczej, na realizację zdefiniowanych normatywnie zadań publicznych, wyłączając pewne rodzaje działalności gospodarczej spod reguł konkurencji. Przepisy prawna unijnego przewidują wyraźną derogację reguł konkurencji wobec przedsiębiorstw, którym państwa członkowskie powierzyły świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym. Zasadniczo przedsiębiorstwa zostały poddane regulacji prawnej, z jednej strony, europejskiego prawa konkurencji, a z drugiej, krajowego prawa regulującego działalność gospodarczą w interesie ogólnym jako szczególnego zadania państwa. Państwa romańskie wykorzystują w tym zakresie tradycję koncepcji *sevice public*, podczas gdy w Niemczech jest wykorzystywana koncepcja *Daseinsvorsorge*⁷⁷. Przepis art. 106 ust. 2 TFUE aż do końca lat 80. był relatywnie rzadko stosowany z uwagi na to, że w wielu państwach członkowskich świadczenie usług publicznych było zadaniem państwa, wykonywanym przez administrację publiczną. W związku z tym nie było jasności, czy jednostki administracji państw członkowskich były przedsiębiorstwami objętymi zakresem podmiotowym art. 106 ust. 2 TFUE. Dopiero otwieranie rynków usług publicznych na konkurencję, jako konsekwencja procesu liberalizacji usług publicznych, stworzyło warunki szerszego stosowania art. 106 ust. 2 TFUE. W założeniu podstawową funkcją tego przepisu było wyważenie, z jednej strony, wartości, jaką jest świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie wymogami, a z drugiej strony, wartości, jaką stanowią zasady (reguły) konkurencji, które zasadniczo powinny orientować działalność przedsiębiorstw świadczących usługi publiczne. Nie bez znaczenia dla zakresu stosowania art. 106 ust. 2 miało podniesienie roli art. 106 ust. 1 TFUE mającego w założeniu przeciwdziałać w szczególności antykonkurencyjnym działaniom państw członkowskich, zakłócających proces budowania rynku wewnętrznego, jak również podjęte reformy sektorów usług publicznych, przede wszystkim sieciowych, zmierzające do stopniowego otwierania rynku tych usług na konkurencję. To właśnie intensyw-

⁷⁷ Tradycyjnymi przykładami *Daseinsvorsorge* są: poczta, telekomunikacja, gaz, woda, elektryczność, obrót środkami w systemie ubezpieczeń.

ność stosowania art. 106 ust. 1 TFUE w stosunku do działań państw członkowskich zakłócających konkurencję i zawężająca wykładnia art. 106 ust. 2 TFUE zdawały się świadczyć o prokonkurencyjnym podejściu do realizacji usług publicznych, co oznaczało związanie w jak najszerszym zakresie przedsiębiorstw, w tym przedsiębiorstw publicznych, realizujących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, regułami konkurencji. To podejście spotkało się z krytyczną reakcją niektórych państw członkowskich, które podniosły problem priorytetu usług w ogólnym interesie gospodarczym i utrzymania monopolu świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, co oznaczało w istocie eliminację kontroli ich wyłączenie spod reguł konkurencji przy wykorzystaniu kryterium proporcjonalności. Niewątpliwie nowym elementem wyznaczającym pozycję usług w ogólnym interesie gospodarczym było wprowadzenie w Traktacie Amsterdamskim⁷⁸ kompromisowego art. 7d (aktualnie art. 14 TFUE), który obok innych postanowień zmieniał charakter integracji europejskiej w kierunku socjalnym i rozszerzenia, według niektórych autorów, uprawnień państw członkowskich dotyczących organizacji świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, i w konsekwencji, zmianę interpretacji art. 106 ust. 2 TFUE w sposób uwzględniający wartości usług publicznych oraz rynku wewnętrznego, co oznacza konieczność rezygnacji z zawężającego podejścia do wyłączenia reguł konkurencji⁷⁹. Uzasadniała to równowaga wartości-celów UE: ochrony konkurencji i prawa do usług w ogólnym interesie gospodarczym, które nie są postrzegane wyłącznie jako źródło ograniczenia konkurencji na rynku wewnętrznym, lecz jako źródło pozytywnego obowiązku wspierania misji realizowanej przez przedsiębiorstwa, którym powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym⁸⁰. Nadanie wartościom związanym z usługami w ogólnym interesie gospodarczym wymiaru europejskiego zmieniła niewątpliwie perspektywę co do zakresu wyłączenia spod reguł konkurencji w oparciu o art. 106 ust. 2 TFUE, którą nie wyznacza już relacja europejskie reguły konkurencji i krajowe prawo usług publicznych⁸¹. Konsekwencją tej zmiany jest widoczne rozszerzenie zakresu derogacji zawartej w art. 106 ust. 2 TFUE w orzecznictwie TSUE⁸². Wartości

⁷⁸ Traktat z Amsterdamu zmieniający Traktat o Unii Europejskiej, traktaty ustanawiające Wspólnoty Europejskie i niektóre związane z nimi akty (tzw. Traktat Amsterdamski) – podpisany 2.10.1997 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 90, poz. 864[31]).

⁷⁹ *Ł. Grzejdziak*, Regulacja finansowania, s. 249.

⁸⁰ Tamże, s. 348.

⁸¹ Tamże, s. 254.

⁸² Tamże.

związane z usługami publicznymi zostały dodatkowo wzmocnione przez Kartę Praw Podstawowych⁸³ (art. 36), której Traktat Lizboński⁸⁴ nadał rangę traktatową, jak również przez zmianę treści dotychczasowego art. 16 TWE⁸⁵ i postanowienia Protokołu do Traktatu Lizbońskiego w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym⁸⁶. Przedstawiony proces zmian dotyczących zakresu derogacji art. 106 ust. 2 TFUE wskazuje, że przedsiębiorstwa jako jego adresaci były sytuowane w polu napięć różnych koncepcji rozwojowych Unii Europejskiej, wyznaczonych przez konkurencyjną w istocie relację wartości–celów: z jednej strony, otwarcia na konkurencję sektorów usług w ogólnym interesie gospodarczym, a z drugiej strony, wartości usług społecznych (socjalnych) związanych ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym uznanych za wartości podstawowe Unii Europejskiej⁸⁷.

§ 7. Zasada proporcjonalności

Ograniczenia wynikające z traktatu i przepisów konkurencyjnych nie powinny stać na przeszkodzie faktycznej realizacji powierzonych zadań usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym. Ponieważ art. 106 ust. 2 TFUE jest wyjątkiem od zasady, powinien być interpretowany zawężająco. Wyłączenie przepisów traktatu musi uwzględniać wymogi proporcjonalności (przydatności, konieczności i odpowiedniości). Oznacza to, że wyłączenie przepisów traktatu musi być bezwarunkowo konieczne dla realizacji zadania świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym⁸⁸. Ograniczenie (wyłączenie) stosowania postanowień traktatu, w szczególności dotyczących reguł konkurencji, nie jest środkiem stosowanym w każdym przypadku realizacji powierzonych usług w ogólnym interesie gospodarczym. Niewystarczające jest spełnienie przesłanki utrudnienia bądź przeszkody realizacji powierzonych za-

⁸³ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z 7.6.2016 r. (Dz.Urz. UE C 202 z 7.6.2016 r., s. 389).

⁸⁴ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie 13.12.2007 r. (Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569).

⁸⁵ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz.Urz. UE C 321 E z 29.12.2006 r., s. 1).

⁸⁶ Protokół (Nr 26) w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym z 26.10.2012 r. (Dz.Urz. UE C 326 z 26.10.2012 r., s. 201 i n.).

⁸⁷ *L. Grzejdziak, Regulacja finansowania*, s. 264–265.

⁸⁸ *F. Meiningner, T. Knapp, Zulässigkeit*, s. 142.

dań⁸⁹. W każdym przypadku należy wykazać, czy zamierzony cel nie może być osiągnięty innymi środkami⁹⁰. Tylko wtedy zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE jest możliwe, kiedy nie istnieje żadna inna możliwość zarówno gospodarczo, jak i prawnie⁹¹. Oznacza to, że uchylene przepisów traktatowych jest o tyle dopuszczalne, o ile jest to bezwarunkowo konieczne dla realizacji świadczenia⁹². Jest to zatem podejście obiektywizujące zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE, które jest dopuszczalne w przypadku, kiedy nie istnieją inne środki zapewnia-

⁸⁹ Wczesne orzecznictwo TSUE (wyr. z 30.4.1974 r. w sprawie 155/73, *Giuseppe Sacchi*, ECR, s. 409, pkt 15, Legalis) jako element zawężający wykładnię przesłanki proporcjonalności w odniesieniu do art. 106 ust. 2 TFUE wprowadziło kryterium sprzeczności zakazów nadużywania pozycji dominującej w rezultacie przyznania przedsiębiorstwu praw wyłącznych w wykonywaniu ich zadań.

Powyższą tezę TS przedstawił w wyroku z 23.4.1991 r. (w sprawie C-41/90, *Kalus Hoefner i Fritz Elsner przeciwko Macroron GmbH*, ECR, s. I-1979), a następnie stwierdził, że zastosowanie obecnego art. 106 TFUE nie może stanowić prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonaniu poszczególnych zadań powierzonych agencji (publicznej agencji pośrednictwa pracy), zważywszy, że w sposób oczywisty nie była ona w stanie zaspokoić popytu na samym obszarze rynku oraz w istocie pozwoliła na naruszenie jej praw wyłącznych przez prywatne spółki zajmujące się rekrutacją pracowników. Później natomiast Komisja Europejska (Decyzja Komisji z 17.12.1981 r. w sprawie 82/371, *Navewa Anseau*, Dz.Urz. L 167 z 1982 r.) stwierdziła wprost, że nie jest wystarczające, aby postępowanie w zgodzie z przepisami traktatu czyniło wykonywanie zadań trudniejszym. Potencjalne ograniczenie stosowania reguł konkurencji może mieć miejsce tylko wówczas, gdy nie istnieją inne techniczne i ekonomiczne wykonalne środki ich wykonania. To stanowisko Komisji podzielił TSUE w orzeczeniach: w sprawie *IAZ International Belgium przeciwko Komisji*, ECR, s. 3369 oraz z 11.4.1989 r. w sprawie 66/86, *Achmed Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebuero GmbH przeciwko Zentrale Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.*, ECR, s. 803, w którym stwierdza się, że przepis art. 106 ust. 2 TFUE może ograniczać zastosowanie reguł konkurencji (art. 101 ust. 1 i art. 106 ust. 2) jedynie w stopniu, w którym jest to niezbędne do wykonania zadań w interesie ogólnym, które przewoźnicy lotniczy są obowiązani wykonywać, o ile natura tych zadań i ich wpływ na strukturę taryf są jasno określone. W wyr. z 13.12.1991 r. w sprawie C-18/88, *RTT przeciwko GB-Inno-BM S.A.*, ECR, s. I-5980, TSUE uznał, że nadużywanie pozycji dominującej w następstwie nabycia praw wyłącznych w zakresie certyfikacji urządzeń telefonicznych przez belgijskie publiczne przedsiębiorstwo odpowiedzialne za zarządzanie siecią telekomunikacyjną nie podlegało wyłączeniu spod reguł konkurencji na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE, gdyż wykonywane przez RTT zadania w interesie publicznym mogą być osiągnięte innymi metodami mniej zakłócającymi konkurencję.

⁹⁰ *F. Meininger, T. Knapp*, Zulässigkeit, s. 142.

⁹¹ W wyr. z 13.12.1991 r. w sprawie C-18/88, *RTT przeciwko GB-Inno-BM S.A.*, ECR, s. I-5980, TSUE uznał, że nadużywanie pozycji dominującej w następstwie nabycia praw wyłącznych w zakresie certyfikacji urządzeń telefonicznych przez belgijskie publiczne przedsiębiorstwo odpowiedzialne za zarządzanie siecią telekomunikacyjną nie podlegało wyłączeniu spod reguł konkurencji na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE, gdyż wykonywane przez RTT zadania w interesie publicznym mogą być osiągnięte innymi metodami, mniej zakłócającymi konkurencję.

⁹² Tamże.

jące realizację celów w ogólnym interesie gospodarczym. Podejście to zakłada zatem wyłączenie przepisów traktatowych w zakresie niezbędnego minimum, co wynika z preponderancji przez regulacje traktatowe innych wartości–celów, takich jak: niezakłócona konkurencja, zasada rynku wewnętrznego, efektywność gospodarcza. Alternatywę do podejścia obiektywnego stanowi podejście subiektywne, które odnosi się do możliwości realizacji powierzonego zadania usług w ogólnym interesie gospodarczym konkretnego przedsiębiorstwa. Podejście to, inaczej niż podejście obiektywne, podnosi znaczenie wartości–celu, jakim są usługi publiczne. Kryterium testu proporcjonalności, w praktyce orzeczniczej Trybunału, przeniosło punkt ciężkości z kryterium niezbędnego ograniczenia konkurencji w rozumieniu braku innych, technicznych i ekonomicznych wykonalnych środków realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym w warunkach równowagi ekonomicznej na kryterium ekonomiczne, tj. możliwości uzyskiwania przez przedsiębiorstwo przychodów umożliwiających wykonanie powierzonych mu zadań świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym⁹³. Jak podkreśla się w literaturze, wykorzystanie tego testu (ekonomicznej równowagi) było równoznaczne z odejściem od wcześniej stosowanego podejścia obiektywnego i koncepcji bliskiej doktryny niezbędnych ograniczeń⁹⁴. Podejście bezwzględne prymatu reguł konkurencji nad zasadą usług w ogólnym interesie gospodarczym zastąpiono podejściem stosowania przesłanek proporcjonalności wyłączenia przepisów traktatowych z mocy art. 106 ust. 2 TFUE w sposób uwzględniający nie tylko wartość, którą jest niezakłócona konkurencja na rynku wewnętrznym, ale również inne wartości, w tym wartości społeczne i ich wyważenie⁹⁵. Kryterium zagrożenia stabilności ekonomicznej przedsiębiorstw realizujących usługi w ogólnym interesie gospodarczym zdominowało kryterium wprowadzenia środków realizacji

⁹³ Por. wyr. TSUE z 19.5.1993 r. w sprawie C-320/91, *Procureur du Roi przeciwko Paulowi Corbeau*, ECR, s. I-2533 oraz wyr. z 27.4.1994 r. w sprawie C-393/92 *Gmina Almelo i inni przeciwko NV Energiebedrijf Ijsselmij*, ECR, s. I-1477, w którym podobnie jak w sprawie *Cobeau* Trybunał stwierdził, że ograniczenie konkurencji na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE może być dozwolone w zakresie, w jakim jest to konieczne dla umożliwienia wykonania zadania powierzonego przedsiębiorstwu, jednak na podstawie analizy ekonomicznej warunków działalności przedsiębiorstwa, a w szczególności kosztów, które musi ono ponieść, a także ustawodawstwa, któremu podlega, w szczególności w zakresie ochrony środowiska, co stanowi odstępstwo od podejścia w sprawie *Corbeau*. Uwzględniając to zastrzeżenie, Trybunał zastosował kryterium stabilności ekonomicznej przedsiębiorstwa z pominięciem możliwości wprowadzenia środków realizacji zadań powierzonych w sposób mniej zakłócający konkurencję.

⁹⁴ *L. Grzejdziak*, Regulacja finansowania, s. 303.

⁹⁵ Tamże.

tych zadań w sposób mniej zakłócający konkurencję⁹⁶. Skorzystanie z wyłączenia z art. 106 ust. 2 TFUE nie wymagało wykazania, że środki takie nie istnieją, jednak istnienie takich środków, tj. alternatywnych środków realizacji zadań w interesie ogólnym, może stanowić przesłankę niestosowania wyłączenia przepisów traktatowych na mocy art. 106 ust. 2 TFUE⁹⁷. Można wskazać przypadki nałożenia na państwo członkowskie obowiązku udowodnienia, że nie istnieją inne, mniej zakłócające konkurencję środki realizacji zadań w ogólnym interesie gospodarczym. W konsekwencji, art. 106 ust. 2 TFUE może być stosowany tylko w przypadku wykazania niemożliwości wykonania zadań powierzonych w ogólnym interesie gospodarczym jako następstwa braku prawa wyłącznego przedsiębiorstwa⁹⁸, co jednak, jak zauważono w piśmiennictwie, odnosi się do przypadków świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym niemających charakteru usług powszechnych, wobec których stosowane jest łagodniejsze podejście orzecznictwa w stosunku do wykładni przesłanki proporcjonalności⁹⁹. Prawo wyłączne przyznane przedsiębiorstwu w określonych sytuacjach stanowi wręcz przesłankę niezakłóconego wykonywania powierzonych usług w ogólnym interesie gospodarczym, podczas gdy otwarcie rynku na konkurencję może doprowadzić do zagrożenia jakości i pewności wykonania tych usług¹⁰⁰. Stąd podstawy prawne (prawo przedmiotowe) przy-

⁹⁶ Znalazło to wyraz w wyrokach Trybunału w sprawach monopoli energetycznych. Wyr.: z 23.10.1997 r. w sprawie C-157/94, *Komisja przeciwko Holandii*, ECR, s. I-5699; z 23.10.1997 r. w sprawie C-158/94, *Komisja przeciwko Włochom*, ECR, s. I-5789; z 23.10.1997 r. w sprawie C-159/94, *Komisja przeciwko Francji*, ECR, s. I-5815; z 23.10.1997 r. w sprawie C-160/94, *Komisja przeciwko Hiszpanii*, ECR, s. I-5851. W wyr. z 23.10.1997 r. w sprawie C-157/94, *Komisja przeciwko Holandii*, ECR, s. I-5699, Trybunał stwierdził, że dla zastosowania derogacji z art. 106 ust. 2 TFUE nie jest konieczne, aby stosowanie przepisów traktatowych zagrażało przetrwaniu przedsiębiorstwa. Natomiast należy rozważyć, czy bez takiego wyłączenia w ogóle byłoby możliwe wykonanie zadań powierzonych przez przedsiębiorstwo w odniesieniu do obowiązków i wymogów, którym przedsiębiorstwo podlega. Tym samym Trybunał odniósł się do wyraźnego w sprawie *Corbeau* testu prowadzenia działalności gospodarczej na ekonomicznie akceptowalnych zasadach. Na uwagę i podkreślenie zasługuje, że w sprawach dotyczących monopoli energetycznych Trybunał nie uznał, iż przyznanie praw wyłącznych przez państwa członkowskie monopolistom energetycznym może stanowić środek wykraczający poza to, co jest konieczne do wykonania ich szczególnych zadań.

⁹⁷ Co, jak się twierdzi *L. Grzejdziak*, nie jest oczywiste w świetle wyroków w sprawie *Corbeau* i *Almelo*, (Regulacja finansowania, s. 306).

⁹⁸ Por. wyr. z 25.6.1998 r. w sprawie C-203/96, *Chemische Afvalstoff n Dusseldorp BV i inni przeciwko Minister van Volkshuisvestig, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, ECR, s. I-4075.

⁹⁹ *L. Grzejdziak*, Regulacja finansowania, s. 309.

¹⁰⁰ Wyr. TSUE z 25.11.2001 r. w sprawie C-475/99, *Ambulanz Gloeckner, Landkreis Sudwestpfalz i inni przeciwko Landkreis Südwestpfalz*, s. I-9089.

znające prawo wyłączne mogą być wyłączone spod prawa konkurencji Unii Europejskiej na podstawie art. 106 ust. 2 TFUE. Należy jednak zwrócić uwagę na rozszerzenie zastosowanego testu wykonania zadań w ogólnym interesie gospodarczym na akceptowalnych warunkach ekonomicznych o kryterium jakości świadczonych usług i pewności ich wykonania jako uzasadnienie dla derogacji przepisów traktatowych w oparciu o art. 106 ust. 2 TFUE. Stanowi to przejaw uznania przez prawo UE wartości socjalnych związanych z koncepcją usług w ogólnym interesie gospodarczym, co nie oznacza jednak eliminacji kryterium efektywności gospodarczej¹⁰¹.

Konkludując uwagi dotyczące respektowania przesłanek wynikających z zasady proporcjonalności w procesie przedmiotowej derogacji przepisów traktatowych w stosunku do przedsiębiorstw, przede wszystkim przedsiębiorstw publicznych, którym państwa członkowskie powierzyły realizację usług w ogólnym interesie gospodarczym, należy podnieść, że działalność tych przedsiębiorstw orientują nie tylko względy ochrony mechanizmu konkurencji i rynku wewnętrznego, lecz także społeczne wartości–cele wynikające z przyjętej koncepcji usług publicznych. Wyłania się zatem swoista, europejska koncepcja usług w ogólnym interesie gospodarczym, stanowiąca połączenie tradycji *service public*, *Daseivorsorge*, a także podejścia anglosaskiego¹⁰². Natomiast przyjęte w tym zakresie rozwiązania prawne powinny być poddane ocenie z punktu widzenia zdolności rozwiązywania kolizji między celami wyznaczonymi przez działalność gospodarczą i celami publicznymi (interese publicznym).

§ 8. Uniwersalizacja usług użyteczności publicznej

Zapoczątkowany w latach 80. ubiegłego wieku, pod wpływem pozytywnych wyników reform sektorów użyteczności publicznej w Wielkiej Brytanii i Stanów Zjednoczonych, proces liberalizacji sektorów użyteczności publicznej (energetyka, telekomunikacja) spowodował utratę praw wyłącznych przez monopole państwowe oraz prywatyzację przedsiębiorstw publicznych. W nowych warunkach otwarcia sektorów użyteczności publicznej na konku-

¹⁰¹ *L. Grzejdzia*k, *Regulacja finansowania*, s. 311. Utrzymywanie praw wyłącznych przez operatora usług publicznych, który nie jest w stanie zaspokoić potrzeb rynku, jest w świetle art. 106 ust. 2 TFUE niedopuszczalne.

¹⁰² Tamże, s. 317.

rencję i rynkowej organizacji sektorów usług publicznych zaczął się proces prywatyzacji sektorów użyteczności publicznej, co stworzyło jednak pole kolizji między wartościami socjalnymi a regułami konkurencji, które nie powstawało w sytuacji zaspokajania usług publicznych bezpośrednio przez państwo bądź przez przedsiębiorstwa publiczne. W tych warunkach gwarancję realizacji usług publicznych stanowiły instrumenty prawne będące w dyspozycji państwa jako *dominium*. Ponadto, co należy podkreślić, wynikiem liberalizacji sektorów użyteczności publicznej na kontynencie było wycofanie się państwa z bezpośredniego świadczenia usług publicznych na rzecz przejęcia roli gwaranta tych usług świadczonych przez ich operatorów, którymi mogą być zarówno przedsiębiorstwa publiczne, jak i prywatne. Funkcje gwaranta usług publicznych państwo realizuje zasadniczo za pośrednictwem organów regulacyjnych. Status prawny operatorów usług ma charakter drugorzędny. Stąd proces urynkowania usług publicznych nie skutkuje ich wyłączeniem z sektora publicznego. Oznacza to, że przedsiębiorstwa publiczne mogą uczestniczyć w świadczeniu usług publicznych gwarantowanych przez państwo, które jest odpowiedzialne za ich świadczenie. Natomiast, co należy wyraźnie podkreślić, przedsiębiorstwa publiczne świadczące usługi publiczne poddane są działaniu mechanizmów rynkowych, w szczególności mechanizmowi konkurencji, co jest konsekwencją pozbawienia ich praw wyłącznych i zmiany sposobu finansowania świadczenia usług publicznych w kierunku wyznaczonym przez koncepcję usługi powszechnej bądź rekompensaty wypłacanej przez państwo operatorom usług publicznych.

§ 9. Reguły konkurencji a zadania służby publicznej

W nowych warunkach poddania działalności sektorów użyteczności publicznej regułom efektywności gospodarczej sprzyjającej najbardziej produktywniej alokacji zasobów, będącej jednym z najistotniejszych celów prawa konkurencji, przedsiębiorstwa publiczne jako operatorzy usług publicznych znajdują się w polu napięć wywołanych, z jednej strony, przez reguły konkurencji, a drugiej strony, przez zasady służby publicznej gwarantujące m.in. powszechny dostęp do usług świadczonych na warunkach akceptowalnych społecznie. Przekłada się to na kolizję dwóch wartości: z jednej strony, efektywności, a z drugiej strony, pewności dostępu do usług publicznych. Przedsiębiorstwo publiczne ze swej natury realizuje bezpośrednio zadania służby publicznej (*service public, Daseinsvorsorge*), podczas gdy przedsiębior-

stwa prywatne mogą podjąć działalność służby publicznej motywowane perspektywą osiągnięcia określonych korzyści. Stąd zadania służby publicznej w szczególności sposób legitymują przedsiębiorstwa publiczne, których działalność w tym zakresie wyznaczają obowiązki ustalania taryf za świadczone usługi zatwierdzone przez organy regulacyjne¹⁰³. W związku z tym, właściwym kontekstem w tym zakresie jest kierunek rozwoju europejskiej regulacji prawnej usług publicznych. Podniesienie znaczenia usług w interesie ogólnym, przyznanie im szczególnej pozycji wśród wartości protegowanych przez prawo Unii Europejskiej¹⁰⁴, potwierdzonej w Traktacie Amsterdamskim, dzięki któremu stały się ogólną zasadą, stosowaną z uwzględnieniem zasad równości, jakości i ciągłości usług w ogólnym interesie gospodarczym, i nadanie im europejskiego wymiaru, wpłynęło na organizację usług, która nie jest tylko sprawą państw członkowskich. Wraz z wprowadzeniem art. 14 TFUE, a następnie przyjęciem art. 36 KPP, świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest postrzegane nie tylko jako źródło zagrożeń konkurencji i tworzenia rynku wewnętrznego, ale również jako wartość równa wartości prawa konkurencji. Tym samym przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym znajdują się w przestrzeni wyznaczonej przez wartości, z których każda jest wartością prawa Unii Europejskiej, co ma szczególnie istotne znaczenie dla wykładni art. 106 ust. 2 TFUE, nieograniczonej do relacji między prawem konkurencji Unii Europejskiej i prawem regulującym usługi publiczne państw członkowskich, obejmującej także relację między prawem konkurencji i prawem usług publicznych Unii Europejskiej. Wspomniana tendencja znalazła potwierdzenie, a nawet wzmocnienie w Traktacie Lizbońskim i dołączonym do niego Protokole w sprawie usług w interesie ogólnym, które jeszcze bardziej podniosły znaczenie usług publicznych jako wartości społecznych i jej internalizację przez prawo UE. Może to oznaczać zapowiedź wypracowania europejskiej koncepcji usług publicznych, obejmującej także jej aspekt organizacyjny świadczenia usług publicznych, dotychczas będący domeną państw członkowskich. Zmiana w postrzeganiu usług w ogólnym interesie gospodarczym we wskazanym wyżej kierunku może oznaczać szersze wykorzystanie derogacji art. 106 ust. 2 TFUE, co tworzy warunki sprzyjające wykonywaniu usług w ogólnym interesie gospodarczym przez przedsiębiorstwa publiczne.

¹⁰³ *F. Berschin*, *Daseinsvorsorge*, s. 438.

¹⁰⁴ Komunikat Komisji „Usługi w ogólnym interesie w Europie” (Dz.Urz. C 281 z 26.9.1996 r., s. 3).