

## Zaskarżalność aktów *soft law*. Podejście Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej na tle orzecznictwa wybranych państw członkowskich

### Spis treści

- I Wprowadzenie
- II. Skarga o stwierdzenie nieważności
  1. Liberalne rozwiązanie francuskie
  2. Konserwatywne podejście TSUE
    - 2.1. Akty atypowe
    - 2.2. Zalecenia i opinie
    - 2.3. Propozycja alternatywnej interpretacji art. 263 TFUE
- III. Pośrednie formy podważania legalności
  1. Poziom krajowy
    - 1.1. Zarzut niezgodności z prawem
    - 1.2. Rażące nadużycie prawa
  2. Poziom unijny
    - 2.1. Zarzut niezgodności z prawem
    - 2.2. Pytanie prejudycjalne w przedmiocie ważności aktu

### Streszczenie

Czy akty *soft law* wydawane przez krajowych regulatorów lub Komisję Europejską mogą podlegać kontroli sądowej? Kwestia ta jest w orzecznictwie przedmiotem rozbieżności. Dominuje tradycyjnie podejście, zgodnie z którym, ze względu na ich niewiążący charakter taka kontrola jest niecelowa lub nieuprawniona. Coraz częściej podkreśla się jednak, że skoro prawo miękkie ogranicza swobodę decyzyjną autora, determinuje zachowanie destynatariuszy, a niekiedy nawet kreuje po ich stronie uzasadnione oczekiwania, to pozostawienie tych aktów poza sferą kontroli sądowej może prowadzić do naruszenia prawa do skutecznego środka prawnego. Mając na uwadze istniejące rozbieżności, celem artykułu jest przedstawienie i porównanie istniejących w Unii Europejskiej oraz wybranych państwach członkowskich mechanizmów kontroli sądowej aktów *soft law*.

**Słowa kluczowe:** *soft law*; *droit souple*; prawo miękkie; akt Unii niewiążący prawnie; zaskarżalność; zarzut niezgodności z prawem; skutki prawne; wiążące skutki prawne; zalecenia; wytycz-

\* 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: agnieszka.chudyba@etu.univ-orleans.fr; <https://orcid.org/0000-0003-2096-8775>.

ne; obwieszczenie; komunikat; regulacja; miękka regulacja; *new governance*; europejskie prawo konkurencji; prawo antymonopolowe.

**JEL:** K20, K21, K41

## I. Wprowadzenie

Czy przedsiębiorca, który wskutek publikacji na stronie internetowej regulatora nieważącego komunikatu utracił znaczną część obrotu może kwestionować legalność takiego aktu *soft law* na drodze sądowej? 21 marca 2016 r. francuska Conseil d'État (Rada Stanu, najwyższy organ francuskiego sądownictwa administracyjnego; dalej: CE) odpowiedziała na to pytanie twierdząco, uznając za dopuszczalną skargę spółki Fairvesta przeciwko kilku opublikowanym w taki sposób komunikatom Autorité des marchés financiers (odpowiedniczka polskiej Komisji Nadzoru Finansowego; dalej: AMF). Wskazując na przesadne obietnice zysku formułowane przez skarżącą w materiałach reklamowych, AMF wezwała francuskich inwestorów do zachowania „ostrożności” względem oferowanych przez nią funduszy nieruchomości. W swojej skardze Fairvesta podnosiła, przede wszystkim, że francuski kodeks pieniężny i finansowy nie przewiduje możliwości wydawania przez regulatora tego rodzaju komunikatów. Co więcej, jej działalność na rynku francuskim oraz oferowane przez nią produkty finansowe nie są objęte obowiązkowym nadzorem AMF.

CE uznała, że skarga o stwierdzenie nieważności opinii, zaleceń, ostrzeżeń lub stanowisk wydawanych przez krajowe organy regulacyjne w ramach przyznanych im kompetencji jest dopuszczalna w sytuacji, w której mogą one wywierać „istotne skutki, w szczególności o charakterze gospodarczym” lub „znaczący wpływ na zachowanie ich adresatów”<sup>1</sup>. Innymi słowy, Rada Stanu uzależniła dopuszczalność skargi na akty *soft law* nie od ich wiążącego charakteru, lecz od ich rzeczywistego wpływu na zachowania rynkowe przedsiębiorców i konsumentów. Choć skarga spółki Fairvesta została ostatecznie oddalona, sam fakt rozszerzenia kontroli sądowej na „nieimperatywne akty normatywne” (Chudyba, 2019, s. 65) spotkał się z aprobatą. Doktryna francuska uznała to rozstrzygnięcie za adekwatną reakcję na proliferację prawa miękkiego w dziedzinie regulacji oraz wyraz realistycznego podejścia sędziego do „zmieniającej się rzeczywistości normatywnej” (Brunet, 2018, s. 152). Decyzja francuskiej CE o rozciągnięciu kontroli legalności na akty *droit souple* jest rezultatem przeprowadzonego przez francuskich sędziów bilansu korzyści i zagrożeń związanych z rozwojem miękkiej formy regulacji. Od takiego bilansu rozpoczniemy również dalsze rozważania.

Stosowanie miękkiej formy regulacji przez krajowe organy regulacyjne (dalej: KOR) oraz Komisję Europejską (dalej: Komisja) ma na celu zapewnić szybką i adekwatną reakcję na potrzeby rynku i zmieniającej się rzeczywistości ekonomiczno-gospodarczej, których nie jest w stanie zaspokoić wolny i sformalizowany proces legislacyjny (Cosma i Whish, 2003, s. 36). *Soft law* nadaje systemom prawnym niezbędnej elastyczności i dynamiki, która uwidacznia się przede wszystkim na etapie stosowania prawa (Beveridge i Nott, 1998, s. 290). Miękka regulacja sprzyja transparentności i pewności prawa (Cosma i Whish, 2003, s. 33, 40 i 45). Nie bez przyczyny prof. Snyder

<sup>1</sup> Wyr. Conseil d'État z 21.03.2016 r. w sprawie *Fairvesta International*, n° 368082, pkt 5.

określił ją mianem „regulacji przez publikację” (Snyder, 1994, s. 199), a prof. Hofmann „regulacją przez informację” (Hofmann, 2006, s. 169–170). Obaj zwracają uwagę na fakt, że w następstwie publikacji wytycznych, komunikatów czy zawiadomień, organ wyposażony w uprawnienia dyskrecjonalne przekazuje uczestnikom rynku informację co do tego, w jaki sposób będzie z nich korzystał<sup>2</sup>. Opracowanie publicznie dostępnej metodologii zdecydowanie upraszcza również pracę praktyków prawa, którzy nie muszą pochylać się nad gamą indywidualnych decyzji KOR czy Komisji, aby ustalić przyjętą przez nie linię postępowania<sup>3</sup>.

Zalety miękkich form regulacji nie mogą jednak przesłaniać wynikających z niej zagrożeń. Po pierwsze, akty formalnie niewiążące mogą wywoływać w praktyce istotne skutki prawne, które nie ograniczają się do zawężenia władzy dyskrecjonalnej ich autora. Regulacja przez informację zmierza do wywarcia wpływu na zachowania przedsiębiorców i może kreować po ich stronie uzasadnione oczekiwania. W tym kontekście należałoby przyjąć, wbrew stanowisku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: Trybunał lub TSUE) wyrażonemu w wyroku w sprawie *PTC*<sup>4</sup>, że normy prawa miękkiego wpływają, jakkolwiek pośrednio, na obowiązki nakładane na przedsiębiorców (Stefan i Van Waeyenberge, 2013, s. 440). Przypomnijmy, w sprawie tej Trybunał uznał, że unijne akty prawa miękkiego nie muszą być tłumaczone na wszystkie języki urzędowe Unii Europejskiej<sup>5</sup>. Takie rozstrzygnięcie pozostaje w sprzeczności z zasadą pewności prawa oraz prawem do skutecznego środka prawnego (Stefan i Van Waeyenberge, 2013, s. 439–441).

Dodać należy, że na szczeblu unijnym akty *soft law* często wprowadzają rozwiązania, względem których nie jest możliwe osiągnięcie kompromisu pomiędzy państwami członkowskimi, a tym samym przyjęcie aktu wiążącego<sup>6</sup>. Zastępowanie rozporządzeń lub dyrektyw aktami prawa miękkiego, wydawanymi przez instytucję nieposiadającą kompetencji do stanowienia prawa, prowadzi do formułowania zarzutów naruszenia równowagi instytucjonalnej, deficytu demokracji oraz technokratyzacji form działania Unii Europejskiej (Rawlinson, 1993). Praktyka pokazuje również, że sama zmiana nazwy aktu na zalecenie, przypisanie jego autorstwa Komisji i publikacja w Dzienniku Urzędowym „C”, w większości przypadków redukuje skuteczność ewentualnej skargi w przedmiocie nieważności do minimum<sup>7</sup>. Wielu autorów zwraca uwagę również na to, że choć przyjęcie aktów *soft law* przez Komisję coraz częściej poprzedzają konsultacje publiczne<sup>8</sup>, to zainteresowanie nimi tak państw członkowskich, jak i poszczególnych KOR jest zróżnicowane, a Komisja zwykle nie wypowiada się na temat tego, czy i w jakim zakresie wzięła pod uwagę przedłożone w trakcie konsultacji obserwacje (Biondi i Stefan, 2018). Ponadto, projekty tych aktów

<sup>2</sup> Np. pkt I.4. obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego stanowi, że „Przez upublicznienie procedury, według której postępuje Komisja, przy rozważaniu definicji rynku oraz przez wskazywanie kryteriów oraz dowodów, na których opiera swoją decyzję, Komisja oczekuje zwiększenia przejrzystości jej polityki oraz procesu podejmowania decyzji w obszarze polityki konkurencji”.

<sup>3</sup> Zwraca na to uwagę sama Komisja wskazując np. w pkt I.5. obwieszczenia w sprawie definicji rynku właściwego, że „Zwiększona przejrzystość będzie powodowała również większą zdolność przedsiębiorstw oraz ich doradców do lepszego przewidywania prawdopodobieństwa, że Komisja podniesie obawy związane z poszczególnymi przypadkami. Przedsiębiorstwa mogłyby dlatego uwzględniać takie prawdopodobieństwo w ramach swoich wewnętrznych procedur podejmowania decyzji, przy rozważaniu, na przykład, kupowania, tworzenia wspólnych przedsiębiorstw lub ustanawiania poszczególnych porozumień. Zamiarem tego jest także to, aby przedsiębiorstwa znajdowały się w lepszym położeniu, aby zrozumieć, jaki rodzaj informacji Komisja uznaje za odpowiedni do celów zdefiniowania rynku”.

<sup>4</sup> Wyr. TS z 12.05.2011 r. w sprawie C-410/09 *PTC/Prezes UKE*, EU:C:2011:294, pkt 34 i 39.

<sup>5</sup> Wyr. TS w sprawie C-410/09 *PTC/Prezes UKE*, pkt 34 i 39.

<sup>6</sup> Dobrym przykładem jest w tym zakresie unijne prawo pomocy państwowej. Brak porozumienia pomiędzy państwami członkowskimi pozwolił Komisji na rozwinięcie miękkiej formy regulacji już od lat 70. XX wieku, podczas gdy pierwsze rozporządzenia zostały przyjęte dopiero pod koniec lat 90. Ten okres nazywany jest przez niektórych autorów „erą *soft law* w dziedzinie pomocy państwa” (Cini, 2000, s. 19).

<sup>7</sup> Zob. np. wyr. ETS z 16.06.1993 r. w sprawie C-325/91 *Francja/Komisja*, EU:C:1993:245 lub TS z 12.02.2018 r., w sprawie C-16/16 P *Belgia/Komisja*, EU:C:2018:79.

<sup>8</sup> Przykładowo, 26.06.2020 r. Komisja poinformowała o rozpoczęciu publicznych konsultacji mających na celu zaktualizowanie obwieszczenia w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji z 1997 roku.

publikowane są niejednokrotnie wyłącznie w języku angielskim (Idot, 2007)<sup>9</sup>. Podważa to niewątpliwie transparentność tej metody regulacji (Snyder, 1994, s. 203).

Reasumując powyższe uwagi należy stwierdzić, że pomimo ich niekwestionowanej użyteczności, miękkie formy regulacji mogą, w braku wszelkiej kontroli sądowej, stanowić rzeczywiste zagrożenie, ze względu na istotne skutki prawne i faktyczne, jakie wywołują. Tymczasem w większości państw członkowskich możliwość kwestionowania legalności aktów prawa miękkiego pozostaje zagadnieniem, do którego podchodzi się z dużym dystansem. Dzieje się tak, ponieważ europejska myśli prawna pozostaje w dużej mierze ukształtowana przez teorię normatywistyczną. Odrzucając możliwość uznania norm niewiążących za normy prawne, teoria ta praktycznie wyklucza kontrolę ich legalności na drodze sądowej (np. Kirste, 2018; Von der Pfordten, 2018). Katalog aktów podlegających kontroli sądowej wpisany jest ponadto zwykle w sztywne ramy ustawodawcze, które nie pozostawiają sędziom miejsca na tak daleko posuniętą kreatywność, jak ta, na którą może pozwolić sobie francuska CE. Tytułem przykładu, na gruncie ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik) możliwe jest wniesienie zażalenia na postanowienie, na podstawie którego publikowane jest „ostrzeżenie” publiczne (art. 31c pkt 3 w zw. z art. 73a uokik). Natomiast przedsiębiorca, którego dotyczy wydany na podstawie art. 31c pkt 1 uokik „komunikat” w przedmiocie zachowań lub zjawisk mogących stanowić istotne zagrożenie dla interesów konsumentów, nie dysponuje żadnym środkiem prawnym, który pozwalałby zakwestionować jego zgodność z prawem. Co istotne, ostrzeżenie publiczne wydawane jest w sytuacji, w której toku postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów Prezes UOKiK uzna, że istnieje szczególnie uzasadnione podejrzenie stosowania przez przedsiębiorcę praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów, która może spowodować znaczne straty lub niekorzystne skutki dla szerokiego kręgu konsumentów. Innymi słowy, regulator dysponuje pewnymi zweryfikowanymi informacjami, które uzasadniają publikację ostrzeżenia. Tymczasem wszczęcie postępowania wyjaśniającego lub postępowania w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów nie jest warunkiem *sine qua non* opublikowania komunikatu. Jednocześnie, z punktu widzenia konsumentów, różnica pomiędzy ostrzeżeniem a komunikatem jest w praktyce niezauważalna, a oddziaływanie tych dwóch instrumentów na zachowania konsumentów może być dokładnie takie samo.

Pomimo braku mechanizmów kontroli bezpośredniej, wspomniane wyżej zagrożenia sprawiają, że sędziowie krajowi coraz częściej dostrzegają potrzebę „przyjrzenia się” miękkim formom regulacji KOR. Odbywa się to najczęściej w drodze kontroli „pośredniej”, w sytuacji, w której kwestionowana jest legalność decyzji wydanej zgodnie z zakreśloną w akcie prawa miękkiego metodologią. Podnosząc zarzut niezgodności z prawem, adresat decyzji kwestionuje zatem legalność aktu, w oparciu o który została ona wydana. W takim wypadku ocena ważności decyzji (poddanej kontroli bezpośredniej) musi zostać poprzedzona oceną legalności aktu *soft law*, który został w niej skonkretyzowany. Innym, pośrednim sposobem podważania legalności aktów *soft law*, występującym w romańskich systemach prawnych, jest skarga przeciwko skrajnie niezgodnemu z prawem działaniu administracji, tzw. *voie de fait* (we Francji) lub *vía de hecho* (w Hiszpanii). Chodzi o roszczenie odszkodowawcze skierowane przeciwko organowi administracji, który swoim działaniem lub zaniechaniem wykroczył poza granice przyznanych mu kompetencji lub którego

<sup>9</sup> Warto jednak zaznaczyć, że w trakcie konsultacji, opinia może zostać przedstawiona w każdym oficjalnym języku UE.



działania lub zaniechania naruszają w sposób istotny prawa skarżącego. Zarzucając organowi, że wydanie aktu prawa miękkiego stanowiło przekroczenie jego kompetencji lub że akt ten narusza w sposób istotny jego interes, sędzia podejmujący rozstrzygnięcie co do odpowiedzialności musi wypowiedzieć się w przedmiocie ważności aktu, którego wydanie stanowi podstawę skargi.

Na szczeblu unijnym, wskazówki w zakresie sadowej kontroli legalności aktów *soft law* znajdujemy już w samym TFUE. W odniesieniu do kontroli pośredniej, wyróżnić możemy dwa mechanizmy. Po pierwsze, tzw. kontrolę incydentalną, opartą na zarzucie nieważności aktu o „zasięgu ogólnym przyjętego przez instytucję, organ lub jednostkę organizacyjną Unii”, o której mowa w art. 277 TFUE. Podobnie jak na poziomie krajowym, kontrola taka polega na zakwestionowaniu legalności aktu prawa miękkiego przy okazji postępowania w sprawie niezgodności z prawem decyzji Komisji wydanej na jego podstawie. Drugim sposobem kontroli pośredniej jest procedura pytań prejudycjalnych. Z utrwalonego orzecznictwa wynika, że art. 267 TFUE uprawnia Trybunał do orzekania w trybie prejudycjalnym zarówno w przedmiocie ważności, jak i w wykładni aktów *soft law* przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii<sup>10</sup>.

Wątpliwości budzi natomiast dopuszczalność kontroli bezpośredniej. Akapit pierwszy art. 263 TFUE wyraźnie wyklucza możliwość wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności zalecenia czy opinii<sup>11</sup> z uwagi na ich niewiążący charakter (zob. art. 288 ust. 5 TFUE). Unijne prawo antymonopolowe charakteryzuje się jednak daleko posuniętą dywersyfikacją miękkich form normatywnych. Obok nazwanych aktów *soft law* (zaleceń i opinii), istnieje cały szereg aktów „atypowych”, takich jak „wytyczne”, „komunikaty” czy „stanowiska”. Traktat w żaden sposób nie wyklucza możliwości kwestionowania ich legalności. Wręcz przeciwnie, art. 263 TFUE dopuszcza skargę na akty „atypowe” w sytuacji, gdy zmierzają one do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich<sup>12</sup>. Z utrwalonego orzecznictwa TSUE wynika, że skutki prawne aktów *soft law* w dziedzinie prawa antymonopolowego nie ograniczają się do zawężenia władzy dyskrecyjnej Komisji<sup>13</sup>. Zawarte w nich wskazówki dotyczące stosowania art. 101 i 102 TFUE stanowią istotne narzędzie interpretacyjne dla krajowych sądów oraz KOR<sup>14</sup>. Przede wszystkim jednak, wytyczne, komunikaty czy obwieszczenia Komisji wyznaczają kierunek postępowania dla przedsiębiorców, którzy mogą znaleźć się w kręgu zastosowania unijnego prawa antymonopolowego. Praktycy prawa, doradzając swoim klientom, nie mogą nie wziąć pod uwagę zawartej w aktach prawa miękkiego interpretacji art. 101 i 102 TFUE<sup>15</sup>. Zignorowanie tych wskazówek narażałoby ich bowiem na ryzyko nałożenia sankcji (Cosma i Whish, 2003, s. 30–32). Rozstrzygając w przedmiocie dopuszczalności skarg dotyczących nieważności atypowych aktów *soft law*, Trybunał oceniał początkowo wyłącznie wywoływane przez nie skutki prawne. Rozwój miękkiej regulacji spowodował jednak zaostrzenie jego podejścia i uzależnienie dopuszczalności skargi z art. 263 TFUE od zdolności aktu do wywoływania „wiążących” skutków prawnych. Podejście to budzi dwojakiego rodzaju wątpliwości. Po pierwsze, pozostaje ono w sprzeczności z literalnym brzemieniem art. 263 TFUE. Po drugie, z istoty rzeczy, akty prawa

<sup>10</sup> Zob. np. wyr. TWE z 13.12.1989 r. w sprawie C-322/88 *Grimaldi*, EU:C:1989:646, pkt. 8.

<sup>11</sup> „Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej kontroluje legalność aktów (...) **innych niż zalecenia i opinie** (...)”.

<sup>12</sup> Możliwość wywierania skutków prawnych przez akty *soft law*, w tym także przez zalecenia, potwierdza orzecznictwo TSUE, zob. np. wyr. TWE w sprawie C-322/88 *Grimaldi*.

<sup>13</sup> Zob. wyr. TS z 28.06.2005 r. w sprawie C-189/02 P *Dansk Rørindustri/Komisja*, EU:C:2005:408, pkt 209–212.

<sup>14</sup> Bez względu na fakt iż, jak wskazał Trybunał w wyroku *Expedia*, nie muszą być one brane pod uwagę na poziomie krajowym. Zob. wyr. TS z 13.12.2012 r. w sprawie C-226/11, *Expedia*, EU:C:2012:795, pkt 31.

<sup>15</sup> Zob. np. wyr. Sądu z 13.07.2011 r. w sprawie T-138/07 *Schindler/Komisja*, EU:T:2011:362, pkt 135 i 136.

miękkiego nigdy nie będą wywoływały wiążących skutków prawnych (Stefan i Van Waeyenberge, 2013, s. 441).

Stanowisko Trybunału spotyka się coraz częściej z krytyką doktryny oraz postulatami „powrotu do korzeni” wysuwanyymi przez niektórych rzeczników generalnych. Podkreśla się, że proliferacja aktów prawa miękkiego oraz wzrost ich znaczenia na poziomie stosowania prawa unijnego powinny skłonić TSUE do refleksji nad koniecznością „dostosowania dostępu do sądów Unii” tak, aby umożliwić reagowanie na zmiany „w sferze normatywnej prawa Unii”<sup>16</sup>. Na uwagę zasługują w szczególności rozważania Rzecznika Generalnego, Michała Bobeka, w sprawie *Belgia/Komisja*<sup>17</sup>. Zaproponowana przez niego interpretacja art. 263 TFUE pozwalałaby na rozciągnięcie kontroli legalności na akty prawa miękkiego, w tym – w pewnych przypadkach – na akty zakwalifikowane jako zalecenia lub opinie.

Poniższe rozważania stanowią rozwinięcie zarysowanej problematyki. W pierwszej kolejności, porównane zostanie „liberalne” podejście francuskiej CE z „konserwatywną” postawą TSUE w odniesieniu do bezpośredniej kontroli aktów *soft law* (II). Następnie przybliżony zostanie sposób funkcjonowania pośredniej kontroli zgodności z prawem tych aktów na poziomie unijnym oraz krajowym, w oparciu o rozwiązania przyjęte w wybranych państwach członkowskich (III).

## II. Skarga o stwierdzenie nieważności

Podczas gdy francuska CE rozszerzyła swoją jurysdykcję na akty formalnie niewiążące (II.1.), TSUE kieruje się konserwatywnym podejściem, odrzucając taką możliwość (II.2.).

### 1. Liberalne rozwiązanie francuskie

W prawie francuskim problematyka *droit souple* nie od dziś stanowi przedmiot zainteresowania doktryny (zob. np.: Thibierge i in., 2009) i orzecznictwa. Przyczyn tego stanu rzeczy upatrywać należy w bardzo szerokim zastosowaniu aktów, takich jak *circulaires* (okólniki) oraz *lignes directrices* (wytyczne) przez francuską administrację. Praktyka posługiwania się tymi aktami jest tak powszechna, że została nawet częściowo uregulowana w formie ustawowej, a CE poświęciła jej w 2013 r. blisko 300-stronicowe studium<sup>18</sup>. W szczególności, prawo miękkie jest powszechnie wykorzystywane przez francuskich regulatorów, niejednokrotnie pozbawionych kompetencji do wydawania norm o charakterze *hard* (np. Idot, 2007)<sup>19</sup>. Niezależnie od ich niewiążącego charakteru, francuskie sądownictwo administracyjne uznaje, że z uwagi na nadane regulatorom szczególne uprawnienia w zakresie kontroli zachowań na rynkach, nie można lekceważyć wpływu, jaki w praktyce akty *droit souple* wywierają na zachowania konsumentów i przedsiębiorców. Tytułem przykładu, odwołując się do cytowanej na wstępie sprawy *Fairvesta*, CE wskazała, że zaskarżone komunikaty AMF zostały opublikowane na stronie internetowej regulatora i widniały tam nieprzerwanie, nawet w dniu orzekania. Publikacja ta spowodowała gwałtowny spadek sprzedaży produktów inwestycyjnych oferowanych przez skarżąca, co świadczy o tym, że sporne komunikaty

<sup>16</sup> Opinia Rzecznika Generalnego, M. Bobeka, przedstawiona 12.12.2017 r. w sprawie C-16/16 P *Belgia/Komisja*, EU:C:2017:959, pkt 4.

<sup>17</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P.

<sup>18</sup> Conseil d'État, Étude annuelle 2013: Le droit souple.

<sup>19</sup> Pojęcie „regulator” w prawie francuskim ma bardzo szerokie znaczenie. Ustawa n° 2017-55 z 20.01.2017 r. ustanawia 8 tzw. *autorités publiques indépendantes* (regulatorzy posiadający osobowość prawną) oraz 17 *autorités administratives indépendantes* (regulatorzy nieposiadający osobowości prawnej).

wpłynęły na zachowanie potencjalnych inwestorów, pociągając za sobą istotny skutek gospodarczy w postaci utraty obrotu, na który powołała się spółka Fairvesta.

Pojęcia „istotnych skutków” oraz „znaczącego wpływu na zachowanie adresatów” są nieostre. Pozostawiając sędziemu szeroki zakres uznania, ich zastosowanie wymaga indywidualnego podejścia do każdej konkretnej sprawy (Malverti i Beaufils, 2019). Analiza orzecznictwa wskazuje, że CE interpretuje te pojęcia w sposób dość liberalny, w tym znaczeniu, że o „znaczącym skutku” można mówić w każdym wypadku, gdy zaskarżony akt może pociągać za sobą wymierne konsekwencje. Nie jest przy tym konieczne, aby chodziło o konsekwencje „szczególnie” istotne.

W oparciu o tak rozumiane kryteria, francuska CE rozpoznała na przestrzeni czterech ostatnich lat 13 skarg wniesionych na różnego rodzaju akty *droit souple* wydane przez francuskich regulatorów. Przykładowo, dopuszczając skargę na wytyczne Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (dalej: ARCEP, odpowiednik polskiego Urzędu Komunikacji Elektronicznej) dotyczące zasad współdzielenia sieci telefonii komórkowej<sup>20</sup>, CE uznała, że precyzując sposób, w jaki regulator będzie realizował swoje ustawowe uprawnienia, dostarcza on przedsiębiorcom wskazówek, na które będą musieli zwrócić uwagę, zawierając umowy dotyczące świadczenia usług roamingu. Ponieważ, co do zasady, umowa roamingowa respektująca takie wskazania będzie uznana przez ARCEP za zgodną z obowiązującymi przepisami, zaskarżony akt może w sposób istotny wpływać na zachowanie swoich destynatariuszy, pomimo formalnie niewiążącego charakteru. Podobnie, dopuszczając skargę na komunikat Commission nationale de l’informatique et des libertés (dalej: CNIL, odpowiednika polskiego Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych) dotyczący przetwarzania danych osobowych w celu ukierunkowania reklam oraz zbierania zgody na wykorzystywanie *cookies* oraz innych technologii śledzących, CE stwierdziła, że publiczne oświadczenie regulatora, poprzez które wyjaśnia on w jaki sposób będzie korzystał z przysługujących mu uprawnień represyjnych, może wywrzeć znaczący wpływ na zachowania zarówno dostawców, jak i użytkowników usług elektronicznych<sup>21</sup>. W wyroku w sprawie *GDF Suez* CE sprecyzowała z kolei<sup>22</sup>, że termin na wniesienie skargi na akt *droit souple* upubliczniony na stronie internetowej regulatora wynosi dwa miesiące i rozpoczyna swój bieg – względem przedsiębiorców aktywnych w danym sektorze – od dnia takiej publikacji. Po upływie dwumiesięcznego terminu przedsiębiorca może jednak zawsze zwrócić się do regulatora o uchylenie takiego aktu, a ewentualna odmowa może zostać zaskarżona do sądu administracyjnego.

Rozwiązanie przyjęte przez francuską CE można uznać za realistyczne. Koncentruje się ono bowiem na rzeczywistych skutkach wywieranych przez akty prawa miękkiego, a nie na miejscu, jakie akty te zajmują w formalnie ujmowanej hierarchii źródeł prawa. Inaczej jest w wypadku unijnego Trybunału, który konsekwentnie odrzuca skargi o stwierdzenie nieważności aktów unijnego *soft law*.

## 2. Konserwatywne podejście TSUE

Trybunał sukcesywnie zawężał kryteria dopuszczalności skargi na nieważność tzw. aktów atypowych (2.1), jednocześnie wyłączając z zakresu swojej jurysdykcji zalecenia i opinie (2.2). Krytycy takiego podejścia formują alternatywną propozycję zaskarżalności unijnego *soft law* (2.3).

<sup>20</sup> Wyr. Conseil d’État z 13.12.2017 r. *Bouygues Télécom*, n° 401799.

<sup>21</sup> Wyr. Conseil d’État z 16.10.2019 r., *La Quadrature du net*, n° 433069.

<sup>22</sup> Wyr. Conseil d’État z 13.07.2016 r., *GDF Suez*, n° 388150.

## 2.1. Akty atypowe

Zdecydowana większość aktów prawa miękkiego podejmowanych przez Komisję w dziedzinie prawa ochrony konkurencji ma charakter „atypowy” (zob. Lefevre, 2006)<sup>23</sup>. Przybierają one formę zawiadomień<sup>24</sup>, wytycznych<sup>25</sup> czy obwieszczeń<sup>26</sup>. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 263 TFUE, akty te podlegają zaskarżeniu w wypadku, gdy „zmierzą do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich”<sup>27</sup>. W zasięgu oddziaływania aktów *soft law* znajdują się dwie kategorie „podmiotów trzecich” – państwa członkowskie (w tym KOR i krajowe sądy) oraz jednostki, w tym w szczególności działający na rynku przedsiębiorcy. Natomiast pojęcie „skutków prawnych” należy rozumieć szeroko, jako „[wszelkiego] rodzaj[ui] wpływ na prawo, jego wykładnię i stosowanie”<sup>28</sup>. Akt, który ma na celu wywołanie skutków prawnych to taki, który zmierza do spowodowania pewnych zachowań lub wywołania określonych następstw, niekoniecznie przewidując w tym celu sankcje.

Nie ulega przy tym wątpliwości, że wydawane przez Komisję akty *soft law* pociągają za sobą skutki prawne w rozumieniu art. 263 TFUE. Zawarte w nich wskazówki dotyczące stosowania przepisów 101 i 102 TFUE są co do zasady uwzględniane przez krajowe sądy i administrację, nawet jeśli organy te nie są do tego formalnie zobowiązane<sup>29</sup>. Wynika to przede wszystkim ze szczególnej pozycji, jaką Komisja zajmuje w zdecentralizowanym systemie stosowania europejskiego prawa konkurencji, jak również z obowiązku lojalnej współpracy nałożonego na państwa członkowskie. Skutki prawne wywołują również orzeczenia wydane w trybie prejudycjalnym. Inaczej niż sam akt prawa miękkiego, wyrok Trybunału, w którym ten wypowiada się w przedmiocie wykładni lub ważności takiego aktu, wiąże krajowe sądy i organy administracji. Ponadto, akty *soft law* mogą rodzić po stronie przedsiębiorców znajdujących się lub mogących znaleźć się w zakresie ich stosowania uzasadnione oczekiwania, że Komisja będzie postępować w sposób określony w takim akcie<sup>30</sup>. Możliwość wywoływania uzasadnionych oczekiwań jest zresztą akcentowana przez samą Komisję. Przykładowo, zgodnie z pkt 38 obwieszczenia w sprawie zwalniania z grzywien i zmniejszania grzywien w sprawach kartelowych, „Komisja zdaje sobie sprawę, że niniejsze obwieszczenie stworzy uzasadnione oczekiwania, na których przedsiębiorstwa mogą się opierać przy ujawnianiu Komisji istnienia kartelu”<sup>31</sup>.

<sup>23</sup> W doktrynie przedstawiono liczne typologie aktów europejskiego *soft law* (zob. w szczególności: Snyder, 1993, s. 33; Cosma i Whish, 2003, s. 47–52; Senden, 2004, s. 118–224; De Sadeleer, 2013). Każdy z powyższych autorów podkreśla jednak, że bardzo często jeden i ten sam akt może przynależeć do różnych kategorii, w związku z czym takiego rodzaju klasyfikacje nie mają wielkiej wartości poznawczej.

<sup>24</sup> Np. zawiadomienie Komisji w sprawie współpracy pomiędzy Komisją i sądami państw członkowskich UE odnośnie do stosowania art. 81 i 82 Traktatu WE, Dz. Urz. UE C 127 z 9.04.2016, s. 13–21.

<sup>25</sup> Np. wytyczne w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003, Dz. Urz. WE C 210 z 1.09.2006, str. 2–5 („wytyczne w sprawie grzywien”) lub zawiadomienie w sprawie porozumień o mniejszym znaczeniu, które nie ograniczają odczuwalnie konkurencji na mocy art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zawiadomienie *de minimis*), Dz. Urz. UE C 291 z 30.08.2014, s. 1–4.

<sup>26</sup> Np. obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. WE C 210 z 1.9.2006, s. 2–5.

<sup>27</sup> Do aktów „atypowych”, przeciwko którym, zgodnie z artykułem 263 TFUE, dopuszczalna jest skarga o stwierdzenie nieważności należy zaliczyć: (i) akty Rady, Komisji i Europejskiego Banku Centralnego, inne niż zalecenia, opinie, rozporządzenia, dyrektywy i decyzje, zmierzające do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich; (ii) inne niż ustawodawcze akty Parlamentu Europejskiego i Rady Europejskiej zmierzające do wywarcia skutków prawnych wobec podmiotów trzecich oraz (iii) akty organów lub jednostek organizacyjnych Unii, które zmierzają do wywarcia skutków prawnych wobec osób trzecich

<sup>28</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 73.

<sup>29</sup> Zob. np. wyr. TS w sprawie C-226/11 *Expedia*.

<sup>30</sup> Szerzej w przedmiocie uzasadnionych oczekiwań zob. np. wyr. Sądu z 27 listopada 2014 r. w sprawie T-521/09 *Alstom Grid/Komisja*, EU:T:2014:1000, p. 44 lub k SPI z 20 marca 2002 r. w sprawie T-23/99 *LR AF 1998/Komisja*, EU:T:2002:75, pkt 245 i 360; jak również opinie Rzeczników Generalnych D. Ruiz-Jarabo Colomer przedstawioną 28 kwietnia 2005 r. w sprawie C-346/03 i C-529/03 *Atzeni i inni/ Regione Autonoma della Sardegna*, EU:C:2005:256, pkt 142–145 oraz A. Tizzano przedstawioną 8 lipca 2004 r. w sprawach połączonych C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P do C-208/02 P i C-213/02, *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, EU:C:2004:415, pkt 59.

<sup>31</sup> Dz. Urz. UE C 298 z 8.12.2006, s. 17–22.



Uzasadnione oczekiwania wynikają również z zawiadomienia *de minimis*. Po pierwsze, jak zasadnie wskazuje prof. Vincent, zawarte w zawiadomieniu progi udziału w rynku stanowią domniemanie prawne co do tego, że porozumienie, które nie przekroczy tych progów, nie stanowi odczuwalnego ograniczenia konkurencji zgodnie z art. 101 Traktatu (zob. Vincent, 2013). Po drugie, punkt I.5 tego zawiadomienia wskazuje, że „(...) w przypadkach gdy Komisja wszczęła postępowanie, ale przedsiębiorstwa mogą wykazać, że w dobrej wierze uznały, iż nie zostały przekroczone udziały w rynku (...), Komisja nie nałoży kar” [wyróżnienie autorki].

Szerokie rozumienie „skutków prawnych” jako przesłanki dopuszczalności skargi w przedmiocie nieważności wynika z tzw. wyroku AETR z 1971 r., w którym Trybunał rozpoznał skargę Komisji na uchwałę z posiedzenia Rady, na którym negocjowane były warunki zawarcia europejskiej konwencji dotyczącej pracy załóg pojazdów wykonujących międzynarodowe przewozy drogowe<sup>32</sup>. Co do zasady, Komisja nie kwestionowała tego, że uchwała Rady *de iure* nie miała charakteru wiążącego. Wskazywała jednak, że mając na uwadze jej treść, w szczególności precyzyjne określenie celu oraz procedury negocjacji umowy międzynarodowej, uchwała Rady narzucała Komisji tryb postępowania w sposób niezgodny z wynikającym z traktatu podziałem kompetencji w zakresie stosunków międzynarodowych. Uznawszy, że uchwała wywoływała „określone skutki prawne, zarówno w sferze stosunków między Wspólnotą a państwami członkowskimi, jak i między instytucjami”<sup>33</sup>, Trybunał rozpoznał skargę Komisji. W ocenie Trybunału, wyłączenie kontroli legalności – na zasadzie wyjątku – w odniesieniu do zaleceń i opinii, winno podlegać interpretacji zawężającej, a jedyna zgodna z celem (aktualnego) art. 263 TFUE wykładnia to taka, która dopuszcza skargę na „wszelkie akty wydawane przez instytucje, mające na celu wywołanie skutków prawnych (...) niezależnie od ich charakteru i formy”<sup>34</sup>.

Wypracowana w wyroku AETR przesłanka zaskarżalności aktów „nietypowych”, tj. cel polegający na wywołaniu przez akt skutków prawnych, została zaledwie kilkukrotnie użyta przez Trybunał w celu zarówno dopuszczenia<sup>35</sup>, jak i odrzucenia skargi na nieważność aktów nieskatologowanych w art. 263 TFUE<sup>36</sup>. W jednej z nielicznych spraw z zakresu prawa konkurencji, *Francja/Komisja*<sup>37</sup>, Trybunał uwzględnił skargę na komunikat Komisji w sprawie stosowania art. 92 i 93 Traktatu (obecnie art. 107 i 108 TFUE) oraz art. 5 dyrektywy 80/723/CEE w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych w sektorze wytwórczym. Unijny sędzia uznał, że dopuszczalność skargi na komunikat uzależniona jest od analizy jego treści, tj. od tego czy akt ogranicza się do powtórzenia obowiązków przewidzianych przez dyrektywę, czy też ustanawia obowiązki „nowe”<sup>38</sup>. Ponieważ sporny komunikat nakładał na państwa członkowskie dość szczegółowe wymogi w zakresie sprawozdawczości<sup>39</sup>, Trybunał doszedł do wniosku, że

<sup>32</sup> Wyr. ETS z 31.03.1971 r. w sprawie 22/70 *Komisja/Rada*, EU:C:1971:32.

<sup>33</sup> *Idem*, pkt 55.

<sup>34</sup> *Idem*, pkt 39 i 42.

<sup>35</sup> Zob. np. wyr. ETS z 9.10.1990 r. w sprawie C-366/88 *Francja/Komisja*, EU:C:1990:348; z 13.11.1991 r. w sprawie C-303/90 *Francja/Komisja*, EU:C:1991:424 oraz z 20.03.1997 r. w sprawie C-57/95 *Francja/Komisja*, EU:C:1997:164.

<sup>36</sup> Zob. np. wyr. ETS z 6.04.2000 r. w sprawie C-443/97 *Hiszpania/Komisja*, EU:C:2000:190, z 1.12.2005 r. w sprawie C-301/03 *Włochy/Komisja*, EU:C:2005:727 (wraz z opinią Rzecznika Generalnego F.G. Jacobsa przedstawioną 15.09.2005 r., EU:C:2005:550, pkt 70 i nast.) oraz z 5.10.1999 r., *Niderlandy/Komisja*, C-308/95, EU:C:1999:477.

<sup>37</sup> Wyr. ETS z 16.06.1993 r. w sprawie C-325/91 *Francja/Komisja*, EU:C:1993:245.

<sup>38</sup> *Idem*, pkt 14.

<sup>39</sup> Państwa członkowskie miały corocznie przedstawić Komisji dane dotyczące swoich powiązań finansowych z przedsiębiorstwami państwowymi realizującymi określony obrót.

miał on na celu wywołanie „odrębnych” skutków prawnych, co uzasadniało dopuszczalność skargi<sup>40</sup>.

Akcentowanie przez Trybunał konieczności wywoływania samoistnych skutków prawnych doprowadziło z czasem do wypracowania pojęcia „wiążących skutków prawnych”<sup>41</sup>, co stanowi w istocie zawężenie pierwotnego kryterium zaskarżalności. Akt mający charakter *wiązący* to taki, od którego zastosowania nie można odstąpić pod rygorem sankcji. Tymczasem akty prawa miękkiego, ze swojej natury, nigdy nie mają na celu wywołania wiążących skutków prawnych. 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” (Chudyba, 2019, s. 75). Uzależnienie dopuszczalności skargi na atypowe akty prawne od możliwości wywoływania przez nie wiążących skutków prawnych w zasadzie przekreśliło możliwość kwestionowania legalności *soft law* w oparciu o art. 263 TFUE<sup>42</sup>. Z biegiem czasu podejście Trybunału uległo jeszcze dalej idącym obostrzeniom. Dopuszczalność skargi została bowiem uzależniona od tego czy zaskarżony akt narusza „interesy skarżącego poprzez znaczącą zmianę jego sytuacji prawnej”<sup>43</sup>.

Badając istnienie wiążących skutków prawnych, Trybunał dąży więc w zasadzie do „przekwalifikowania” aktu atypowego na decyzję. Aby ustalić czy takie wiążące skutki prawne występują, Trybunał analizuje treści aktu, jego istotę, zamiar autora oraz okoliczności jego przyjęcia. Oceniając, czy akt może być zaskarżony w drodze skargi o stwierdzenie nieważności, Trybunał zastrzega jednak, że nie ma znaczenia czy Komisja może nałożyć sankcję w wypadku niezastosowania takiego aktu<sup>44</sup>. Wskazując, że „aktami zaskarżalnymi są co do zasady akty, które określają w sposób definitywny stanowisko Komisji” Trybunał rozpoznał skargę na powziętą bez badania wstępnego decyzję Komisji o umorzeniu postępowania w sprawie skargi dotyczącej zarzucanej pomocy państwa<sup>45</sup>. Dopuszczając z kolei skargę na decyzję funkcjonariusza ds. przesłuchań dotyczącą publikacji decyzji Komisji w wersji bez klauzuli poufności<sup>46</sup>, SPI uznał, że decyzja ta „wywołuje skutki prawne w zakresie, w jakim określa, czy tekst przeznaczony do publikacji zawiera (...) informacje [chronione]”<sup>47</sup>.

Trybunał odrzuca jednak skargi na wydawane na podstawie dyrektywy w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej, tzw. dyrektywy ramowej<sup>48</sup> „pisma” Komisji zawierające uwagi, które KOR muszą uwzględniać „w jak największym stopniu”. Tytułem przykładu, postanowieniem z 9 lipca 2019 r. Sąd odrzucił skargę VodafoneZiggo na pismo skierowane do holenderskiego organu ochrony konsumentów i rynków (Autoriteit Consument en Markt; da-

<sup>40</sup> Wyr. Trybunału w sprawie C-325/91, pkt 23.

<sup>41</sup> Zob. np. wyr. z 11.11.1981 r. w sprawie 60/81 *IBM/Komisja*, ECLI:EU:C:1981:264, pkt 9.

<sup>42</sup> Zob. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 112.

<sup>43</sup> Zob. np. wyr. Trybunału w sprawie C-60/81, pkt. 9 oraz SPI z 30.05.2006 r. w sprawie T-198/03 *Bank Austria Creditanstalt*, EU:T:2006:136, pkt 26.

<sup>44</sup> Wyr. TS z 13.10.2011 r. w sprawie C-463/10 P i C-475/10 P *Deutsche Post/Komisja*, EU:C:2011:656, pkt 48.

<sup>45</sup> Wyr. TS z 17.07.2008 r. w sprawie C-521/06 P, *Athinaiki Techniki/Komisja*, EU:C:2008:422.

<sup>46</sup> Wyr. SPI w sprawie T-198/03, pkt 26–46.

<sup>47</sup> Idem, pkt 34 i 35.

<sup>48</sup> Dyrektywa (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. WE L 108/33 z 24.04.2002, s. 33–50, tekst skonsolidowany). Dyrektywa ustanawia procedurę konsultacji europejskich w celu zapewnienia jej spójnego stosowanie we wszystkich państwach członkowskich. Zgodnie z jej art. 7 ust. 3, KOR mający zamiar nałożyć tzw. specyficzne obowiązki regulacyjne na operatorów posiadających na rynku znaczącą pozycję (zgodnie z art. 16) powinien udostępnić innym KOR-om, Komisji oraz BEREC projekt tych środków wraz z ich uzasadnieniem, tak aby mogły one przedstawić mu swoje uwagi, które zgodnie z art. 7 ust. 7 zainteresowany KOR powinien „w jak największym stopniu” uwzględnić.

lej: ACM), w którym Komisja przedstawiła uwagi dotyczące projektu obowiązków regulacyjnych, nie uznając za konieczne wszczynania drugiego etapu procedury konsultacji europejskich<sup>49</sup>. Uwzględniając stanowisko Komisji, ACM wydał decyzję nakładającą, m.in. na skarżącą pewne obowiązki regulacyjne. VodafoneZiggo podnosiła, że decyzja Komisji o nie wszczynaniu drugiego etapu konsultacji naruszyła jej prawa procesowe, albowiem tylko na tym etapie mogłaby być ona przez Komisję wysłuchana<sup>50</sup>. Co więcej, na etapie tym Komisja mogła skorzystać z prawa weta i uniemożliwić KOR przyjęcie zgłoszonych środków<sup>51</sup>. Zdaniem skarżącej, zważywszy na fakt, że w swojej decyzji ACM precyzyjnie wyjaśnił, w jaki sposób uwzględnił uwagi Komisji zawarte w zaskarżonym piśmie<sup>52</sup>, należy przyjąć, że wywarło ono wiążące skutki prawne względem KOR i jednocześnie wpłynęło, w sposób znaczący, na jej sytuację prawną<sup>53</sup>.

Sąd nie przychylił się do tego rozumowania, uznając, że w ramach procedury konsultacji europejskich Komisja „odgrywa rolę bardziej koordynacyjną niż decyzyjną”<sup>54</sup>. Fakt, że sama procedura konsultacji jest obowiązkowa, może skutkować jedynie – w przypadku jej nie wszczęcia lub przyjęcia środka przed jej zakończeniem – skargą o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przed sądem Unii lub skargą na środki przyjęte przez KOR przed sądem krajowym<sup>55</sup>. Sąd wskazał, że sformułowanie „uwzględnia w jak największym stopniu” pozostawia „miejsce dla pewnego zakresu uznania KOR-u, a tym samym nie [wiąże go] w sposób bezwzględny”<sup>56</sup>. Choć będące przedmiotem skargi pismo nie miało charakteru imperatywnego, obowiązek uwzględnienia zawartych w nim uwag „w jak największym stopniu” nakłada na KOR bezwzględny obowiązek uzasadnienia<sup>57</sup>, co nadaje mu charakter semiimperatywny (Chudyba, 2019, s. 65). Zasadnym wydaje się więc pytanie, czy odmowa zbadania skargi w przedmiocie ważności takiego aktu nie stoi w sprzeczności z literalnym brzmieniem art. 263 TFUE. Tym bardziej, że przeprowadzone przez Sąd badanie dopuszczalności skargi VodafoneZiggo polegało *de facto* na ocenie jej merytorycznej zasadności.

## 2.2. Zalecenia i opinie

W dziedzinie ochrony konkurencji zalecenia i opinie formułowane są przez Komisję relatywnie rzadko<sup>58</sup>. Te pierwsze wydawane są przede wszystkim na podstawie dyrektyw sektorowych, w ramach tzw. regulacji *ex ante*. Przykładowo, na podstawie art. 15 wyżej cytowanej dyrektywy ramowej, Komisja wydała zalecenie z 9 października 2014 r. w sprawie rynków właściwych<sup>59</sup>. Wbrew swojej nazwie, zalecenie to nie ogranicza się sformułowania niewiążących wskazówek. Wręcz przeciwnie, art. 16 ust. 1 dyrektywy ramowej zobowiązuje KOR do tego, aby definiując rynki

<sup>49</sup> Postanowienie Sądu z 9.07.2019 r. w sprawie T-660/18 *VodafoneZiggo/Komisja*, EU:T:2019:546, pkt 10–18. Zob. również postanowienie SPI z 12.12.2007 r. w sprawie T-109/06 *Vodafone España i inni/Komisja*, EU:T:2007:384.

<sup>50</sup> Art. 7a) ust. 2 dyrektywy ramowej.

<sup>51</sup> Art. 7 ust. 5 lit. a) dyrektywy ramowej.

<sup>52</sup> Postanowienie Sądu w sprawie T-660/18, pkt 17.

<sup>53</sup> *Idem*, pkt 27.

<sup>54</sup> *Idem*, pkt 35.

<sup>55</sup> *Idem*, pkt 62.

<sup>56</sup> *Idem*, pkt 42 i 43.

<sup>57</sup> *Idem*, pkt 47.

<sup>58</sup> Art. 292 *in fine* TFUE.

<sup>59</sup> Zalecenie Komisji z 9.10.2014 r. w sprawie rynków właściwych w zakresie produktów i usług telekomunikacyjnych w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz. Urz. UE L 295 z 14.11.2017, s. 79–84).

właściwe, „brały pod uwagę rynki określone w zaleceniu”, a motyw 5 zalecenia wskazuje nawet, że KOR „uwzględniają w jak największym stopniu treść niniejszego zalecenia”. Akt ten przybiera charakter semi-imperatywny również względem krajowych sądów. Jak orzekł TSUE w sprawie *Koninklijke*<sup>60</sup>, kontrolując decyzję KOR sędzia krajowy jest „zobowiązany uwzględniać zalecenia przy rozstrzyganiu zawisłych przed nimi sporów, w szczególności gdy udzielają one wyjaśnień dotyczących wykładni przepisów krajowych wydanych w celu ich wykonania lub w przypadku gdy mają one na celu uzupełnienie przepisów Unii o wiążącym charakterze” i w związku z tym „w ramach kontroli sądowej decyzji KOR (...) może przyjąć rozstrzygnięcie odbiegające od zalecenia (...) wyłącznie wtedy, gdy (...) uzna, że wymagają tego względy związane z okolicznościami rozpatrywanej sprawy, w szczególności ze szczególnymi cechami rynku w danym państwie członkowskim”<sup>61</sup>. Innymi słowy, normy *soft law* narzucają nie tylko kierunek postępowania organom administracji, ale również kierunek kontroli krajowym sądom.

Skutki prawne wyłączonych spod kontroli legalności zaleceń są często zdecydowanie bardziej doniosłe niż te, które wywołują atypowe akty Komisji. Ich semiimperatywny charakter uzasadnia twierdzenie, że zalecenia, takie jak zalecenie w sprawie rynków właściwych, przestają być w rzeczywistości aktami niewiązącymi. Sam Trybunał podkreśla zresztą, że nie można wykluczyć sytuacji, w której skutki wywołane przez akt formalnie nazwany zaleceniem i wydany na podstawie art. 292 TFUE będą na tyle istotne, że „nie może automatycznie wykluczać możliwości zakwalifikowania go jako aktu podlegającego zaskarżeniu”<sup>62</sup>. Zasadnym wydaje się więc rozważanie czy możliwe jest zastosowanie do takich atypowych zaleceń kryterium zaskarżalności wypracowanego w wyroku AETR. Możliwe są dwa rozwiązania.

Pierwsze, tzw. formalne, zakłada, że wagę należy przywiązywać do formy, a nie do treści aktu. Rozstrzygając w przedmiocie legalności aktów typowych, Trybunał nie dokonuje oceny poprawności ich nazwy poprzez analizę merytoryczną bądź kontekstową aktu<sup>63</sup>, gdyż wybór formy należy do autora aktu (zob. Snyder, 1994, s. 199–204). Podejście to zakłada, że sędzia nie może badać czy rozporządzenie jest „prawdziwym” rozporządzeniem tylko dlatego, że nie ustanawia sankcji za nieprzestrzeganie zawartych w nim obowiązków, stanowiąc tzw. *lex imperfecta*<sup>64</sup>. Innymi słowy, rozwiązanie to opiera się na założeniu, że „typowa forma implikuje typowe konsekwencje”<sup>65</sup>. Niezależnie od swojej treści, zalecenie pozostaje zaleceniem. Na poparcie powyższego stanowiska wskazuje się również okoliczność, że zalecenia i opinie zostały pomyślane jako elementy mające sprzyjać „elastyczności legislacyjnej”<sup>66</sup>.

Alternatywne rozwiązanie, tzw. merytoryczne, stanowi rozwinięcie utrwalonego w orzecznictwie TSUE poglądu zakładającego, że to nie forma, a treść determinuje charakter aktu<sup>67</sup>. Podkreśla się, że tylko takie podejście w pełni uwzględnia postulat zapewnienia skutecznej ochrony sądowej jednostek, którą należy dostosować do zmian następujących na gruncie społecznym

<sup>60</sup> Wyr. TS z 15.09.2016 r. w sprawie C-28/15, *Koninklijke*, EU:C:2016:692.

<sup>61</sup> Idem, pkt 41 i 42.

<sup>62</sup> Postanowienie Sądu z 27.10.2015 r. w sprawie T-721/14 *Belgia/Komisja*, EU:T:2015:829, pkt 20.

<sup>63</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 153.

<sup>64</sup> Zob. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 153.

<sup>65</sup> Idem, pkt 149.

<sup>66</sup> Idem, pkt 153.

<sup>67</sup> Zob. np. wyr. TS w sprawie C-521/06 P, pkt 43 i 44.



czy prawnym<sup>68</sup>. Rozwinięcie miękkich form regulacji, zaliczanych do tzw. *new governance* w Unii Europejskiej (Scott i Trubek, 2002, s. 6; Stefan i Van Waeyenberge, 2013, s. 404), uzasadnia rozciągnięcie kontroli sądowej na akty, które w drodze zachęty, a nie poprzez sankcje, determinują postępowanie nie tylko państw członkowskich, lecz także jednostek. Kontrola eliminuje również ryzyko „prawodawstwa wprowadzanego ukradkiem”<sup>69</sup>.

Podjęcie merytoryczne stanowi punkt wyjścia dla alternatywnej propozycji zaskarżalności aktów *soft law* sformułowanej przez Rzecznika Generalnego, M. Bobeka.

### 2.3. Propozycja alternatywnej interpretacji art. 263 TFUE

W swojej opinii w sprawie *Belgia/Komisja*, Rzecznik Generalny, M. Bobek, zaproponował jednolitą koncepcję zaskarżalności aktów *soft law*. W jego ocenie zasadnym jest „usunięcie osadów (...) słownych”, które nagromadziły się w orzecznictwie TSUE oraz powrót do kryteriów zaskarżalności aktów prawa miękkiego w jedynej formie zgodnej z literalnym brzmieniem Traktatu, tj. tych, które zostały sformułowane w wyroku w sprawie *AETR*<sup>70</sup>. Stanowisko to zakłada, że podstawowym kryterium oceny zaskarżalności aktów prawa miękkiego, tak typowych, jak i atypowych, powinno być to czy wywołują one skutki prawne, a nie *wiązące* skutki prawne. Dokonując tej oceny, sędzia powinien skupiać się nie tylko na samej treści, brzmieniu czy woli autora, lecz położyć nacisk również na logikę, kontekst i cel zaskarżonego aktu<sup>71</sup>. Oparcie oceny dopuszczalności na treści i woli autora, tak jak czyni to aktualnie Trybunał, w zdecydowanej większości przypadków musi doprowadzi do odrzucenia skargi, albowiem redagując zalecenia i wytyczne, Komisja zawsze będzie posługiwała się językiem zachęty, a nie przymusu. Pozostawienie na bocznym planie kontekstu oraz celu wydania danego aktu nie tylko stoi w sprzeczności z art. 263 TFUE, lecz także podważa akcentowaną przez Trybunał konieczność dostosowania ochrony sądowej do zmieniającej się rzeczywistości, w tym wypadku rzeczywistości normatywnej.

Rzecznik Generalny, M. Bobek, sugeruje więc, aby rozstrzygając w przedmiocie dopuszczalności skargi na nieważność aktu prawa miękkiego sędzia zadał sobie dwa pytania: „czy jako rozsądny adresat mógłbym wyciągnąć z treści, celu, ogólnej systematyki i ogólnego kontekstu (...) aktu 'prawa miękkiego' wniosek, że oczekuje się ode mnie podjęcia jakichś działań? Czy istnieje prawdopodobieństwo, że odpowiednio zmienię swoje zachowanie, lub czy akt ten będzie miał wpływ na moją sytuację prawną?”<sup>72</sup>. Aby odpowiedzieć na te pytania, sędzia powinien wziąć pod uwagę trzy elementy: stopień sformalizowania aktu, jego precyzyjność i moc wiążącą oraz sposób „egzekucji” zawartych w nim wskazówek.

W odniesieniu do pierwszego elementu Rzecznik Generalny wskazuje, że tylko akty ostateczne powinny być przedmiotem skargi o stwierdzenie nieważności. Tym samym sędzia winien zbadać czy kwestionowany akt został podjęty podczas jednego z etapów procesu decyzyjnego, czy też stanowi jego zwieńczenie<sup>73</sup>. Oceniając stopień sformalizowania aktu, Trybunał nie może całkowicie zlekceważyć nadanej mu formy. Powinien on zwrócić uwagę zarówno na nazwę aktu,

<sup>68</sup> Zob. np. wyr. TWE z 23.04.1986 r. w sprawie 294/83 *Les Verts/Parlament*, EU:C:1986:166, pkt 24 i 25 lub TS w sprawie C-521/06 P, pkt 45.

<sup>69</sup> Zob. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 156.

<sup>70</sup> *Idem*, pkt 110.

<sup>71</sup> *Idem*, pkt 111 i 114.

<sup>72</sup> *Idem*, pkt 113.

<sup>73</sup> Zob. np. wyr. TS w sprawie C-521/06 P.

jak i na użyte w nim sformułowania. Za dopuszczeniem kontroli legalności przemawiać będzie zastosowanie typowych dla aktów wiążących zabiegów redakcyjnych, takich jak przytoczenie motywów jego wydania, podział na rozdziały i/lub sekcje, zastosowanie artykułów a nie punktów itd. (zob. np. Korkea-aho, 2013, s. 166). Drugorzędną kwestią wydaje się być natomiast miejsce publikacji aktu. Jest tak, albowiem akty *soft law* mogą być opublikowane zarówno w serii L Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej (zalecenia), jak i w serii C (akty atypowe). Naturalną konsekwencją odrzucenia czysto formalnego podejścia jest więc założenie, że seria Dziennika Urzędowego, w którym opublikowano sporny akt, nie przesądza o tym czy może on wywierać skutki prawne. Niestety TSUE zwykł podkreślać, że publikacja w serii C przesądza o braku skutków prawnych aktu<sup>74</sup>.

W drugiej kolejności, Trybunał powinien odnieść się do kwestii merytorycznych, koncentrując się na treści aktu. Postanowienia sformułowane w sposób generalny i abstrakcyjny, wyznaczające cele, które nie materializują się w żadnym konkretnym „zalecanym” sposobie ich osiągnięcia, powinny pozostawać poza sferą kontroli sędziego. Natomiast precyzyjnie opisana droga postępowania, od której odstępienie wymaga stosownego uzasadnienia, wywołuje skutki prawne i przemawia za dopuszczeniem możliwości zaskarżenia takiego aktu w drodze skargi o stwierdzenie nieważności. Podobną konkluzję można wywieść względem aktów prawa miękkiego, które zmierzają do harmonizacji procedur krajowych<sup>75</sup>. Harmonizacja zakłada dążenie do ujednoczenia krajowych praktyk postępowania. Nawet jeśli określone rozwiązanie nie zostaje narzucone (np. poprzez wskazanie ostatecznej daty wdrożenia aktu lub zastosowania konkretnych mechanizmów sprawozdawczo-kontrolnych), akt taki nie może zostać przez KOR zignorowany, w szczególności ze względu na sformułowany w art. 4 ust. 3 TUE obowiązek lojalnej współpracy.

Trzeci element oceny odnosi się do istnienia „kontroli” nad przestrzeganiem wskazówek zawartych w aktach *soft law*. W grę wchodzi wyłącznie pośrednie mechanizmy kontroli<sup>76</sup>. O takiej kontroli możemy mówić, po pierwsze, w sytuacji, w której przewidziana jest określona forma nadzoru lub monitorowania zachowań, do których podjęcia zachęca akt. Chodzi tu w szczególności o różnego rodzaju metody sprawozdawczości, czyli nałożenia obowiązku referowania postępów we wdrażaniu rekomendowanych procedur czy też skuteczności ich stosowania, w określonej formie i określonym czasie. O ile sprawozdawczość łączy się z pewnym formalizmem, nie można wykluczyć, że zobowiązanie adresata do nieformalnego powiadomienia Komisji o postępach we wdrażaniu danego zalecenia również stanowić będzie pewnego rodzaju presję<sup>77</sup>.

Inną formę kontroli stanowi możliwość „egzekucji” zawartych w akcie *soft law* wskazówek z perspektywy szerszych kompetencji jego autora. Chodzi tu w szczególności o możliwość powiązania danego aktu prawa miękkiego z wykonywaniem przez jego autora kompetencji władczych, w ramach których wyposażony jest on w mechanizm kontroli bezpośredniej, tj. możliwość nakładania sankcji. W ocenie Rzecznika Generalnego, M. Bobeka, jeżeli można dopatrzeć się takiej zależności, to „wówczas istnieje prawdopodobieństwo, że zaskarżony akt prawny będzie skutecznie nakłaniać do

<sup>74</sup> Zob. np. wyr. TS w sprawie C-410/09, pkt 35 lub w sprawie C-226/11, pkt 30.

<sup>75</sup> Zob. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 119.

<sup>76</sup> Rzecznik Generalny, M. Bobek, proponuje nazywać je odpowiednio mechanizmami strukturalnymi i instytucjonalnymi. Zob. opinia w sprawie C-16/16 P, pkt 120.

<sup>77</sup> Idem, pkt 121.

zachowania zgodności”<sup>78</sup>. Podążając tym tokiem rozumowania należałoby przyjąć, że zaskarżeniu podlegałyby większości komunikatów, zawiadomień czy obwieszczeń Komisji, w których wskazuje ona, w jaki sposób będzie korzystała z przysługujących jej uprawnień dyskrejonalnych<sup>79</sup>.

### III. Pośrednie formy podważania legalności

Pośrednie mechanizmy kontroli aktów *soft law* występują zarówno na poziomie krajowym (1), jak i unijnym (2).

#### 1. Poziom krajowy

Pośrednie formy kontroli aktów *soft law* są zdecydowanie częściej spotykane. Choć zarzut niezgodności z prawem wydaje się być dość skutecznym narzędziem ochrony (1.1), praktyka pokazuje, że przedsiębiorcy szukają alternatywnych form ochrony przed skutkami miękkiej działalności regulacyjnej. Jako przykład zostanie wykorzystana istniejąca w niektórych państwach członkowskich konstrukcja odpowiedzialności administracji za rażące nadużycie prawa (1.2).

##### 1.1. Zarzut niezgodności z prawem

Zarzut niezgodności z prawem pozwala na zakwestionowanie legalności decyzji administracyjnej w oparciu o kontrolę legalności innego aktu, na podstawie którego decyzja ta została wydana. W wypadku skonkretyzowania aktu prawa miękkiego w drodze decyzji administracyjnej, o pośredniej kontroli legalności mówimy właśnie dlatego, że choć akt ten nie stanowi przedmiotu skargi sądowoadministracyjnej, to jest on przez sąd kontrolowany przy okazji skargi złożonej na decyzję wydaną na jego podstawie. Choć prawo francuskie dopuszcza możliwość bezpośredniej kontroli aktów prawa miękkiego, zarzut niezgodności z prawem (*exception d'illégalité*) pozostaje przydatnym środkiem kontroli legalności *droit souple* z dwóch powodów. Po pierwsze, bezpośrednia skarga dopuszczona w wyroku w sprawie *Fairvesta* może być złożona jedynie w terminie dwóch miesięcy od dnia publikacji aktu. Tymczasem *exception d'illégalité* pozostaje dopuszczalny nawet wtedy, gdy skarga na akt prawa miękkiego staje się niedopuszczalna ze względu na upływ tego terminu. Po drugie, podniesienie zarzutu niezgodności nie wymaga od skarżącego wykazania, że kwestionowany akt prawa miękkiego może wywołać znaczące efekty (skutki) lub że wywiera znaczący wpływ na zachowanie jego adresatów. Sam bowiem fakt, że akt ten miał wpływ na treść zaskarżonej decyzji świadczy o jego praktycznej doniosłości. *Exception d'illégalité* został podniesiony m.in. w wyżej cytowanej sprawie *Bouygues Télécom*, dotyczącej wytycznych ARCEP w przedmiocie współdzielenia sieci telefonii komórkowej<sup>80</sup>. Oprócz skargi skierowanej bezpośrednio przeciwko wytycznym, skarżąca domagała się jednocześnie uchylenia decyzji ARCEP o niewnoszeniu zastrzeżeń do zawartej pomiędzy jej konkurentami umowy dotyczącej świadczenia usług roamingu, wydanej w oparciu o kwestionowane wytyczne.

Badając zarzut niezgodności z prawem, hiszpański Tribunal Supremo (dalej: TS)<sup>81</sup> częściowo zakwestionował metodologię ustalania grzywien za naruszenie zakazów w sprawach prak-

<sup>78</sup> Idem, pkt 122.

<sup>79</sup> Idem, pkt 105.

<sup>80</sup> Wyr. Conseil d'État z 13.12.2017 r. *Bouygues Télécom*, n° 401799.

<sup>81</sup> Wyr. Tribunal Supremo z 29.01.2015 r., skarga n° 2872/2013 *BCN Aduanas y Transportes*, ES:TS:2015:112.

tyk ograniczających konkurencję przewidzianą przez komunikat wydany przez krajowy organ antymonopolowy – Comisión Nacional de la Competencia (aktualnie Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; dalej: CNMC). Kontrola zaskarżonej decyzji sprowadzała się do oceny interpretacji maksymalnego progu wysokości kary przewidzianego przez właściwe przepisy krajowe (na wzór art. 23 ust. 1 rozporządzenia 1/2003), dokonanej przez krajowego regulatora. Wzorując się na wytycznych Komisji oraz orzecznictwie TSUE, CNMC uznała, że maksymalna wysokość kary, tj. 10% obrotu, stanowi próg ograniczający (*capping threshold*), którego „konsekwencją jest to, że kwota grzywny obliczona na podstawie kryteriów wagi i czasu trwania naruszenia zostaje obniżona do dopuszczalnego maksymalnego poziomu”<sup>82</sup>. Sąd krajowy zakwestionował to podejście. TS podkreślił, że ponieważ rozporządzenie 1/2003 nie nakłada na organy krajowe obowiązku stosowania przyjętej przez Komisję metodologii postępowania w przypadku obliczania kar pieniężnych z tytułu naruszenia prawa konkurencji, to krajowy regulator ma w tym zakresie obowiązek przestrzegać krajowych przepisów konstytucyjnych i ustawowych. Tymczasem interpretacja 10%, maksymalnego progu wysokości kary, wynikająca z komunikatu Komisji, jest niezgodna z wyrażonymi w art. 25 hiszpańskiej konstytucji zasadami legalności oraz proporcjonalności kar. W ocenie TS przewidziany przez hiszpańskiego ustawodawcę 10% próg powinien być rozumiany jako górna granica skali (*maximum value within a range of fines*). Innymi słowy, ustalając ostateczną wysokość kary, regulator krajowy nie może poprzestać na zredukowaniu jej wysokości do 10% obrotu, lecz mając na uwadze zasadę proporcjonalności, jest zobowiązany ustalić adekwatną końcową wysokość kary w wyznaczonym przez ustawodawcę przedziale od 0 do 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary (zob. np. Díez Estella. i García-Verdugo, 2015; Ortega Bernardo, 2015). Wyrok TS dowodzi, że pośrednia forma kontroli aktów prawa miękkiego może być równie skuteczna, jak forma bezpośrednia.

## 1.2. Rażące nadużycie prawa

*Voie de fait* we francuskim prawie administracyjnym oraz *vía de hecho* w hiszpańskim prawie administracyjnym są ukształtowanymi w drodze orzecznictwa powództwami, które pozwalają jednostkom na dochodzenie od administracji odszkodowania z tytułu szkody poniesionej na skutek działań mających charakter *ultra vires*<sup>83</sup>. Z uwagi na wyjątkowy charakter tych instytucji, zarzut rażącego nadużycia prawa nie jest częstym przedmiotem postępowań sądowych. W stosunku do aktu *soft law*, zarzut taki został dotychczas sformułowany tylko jeden raz i został ostatecznie oddalony wyrokiem hiszpańskiego TS z 5 maja 2015 roku<sup>84</sup>.

W przywołanej sprawie, postępowanie wszczęte przez spółkę Repsol dotyczyło raportu hiszpańskiej CNMC w przedmiocie monitorowania stanu konkurencji na krajowym rynku paliw samochodowych oraz różnych publicznych wystąpień Prezesa CNMC, które towarzyszyły wydaniu tego raportu. W ocenie Repsol, zawarte w tym dokumencie informacje i stwierdzenia wykraczały poza ramy zwykłego raportu dotyczącego badania stanu konkurencji na rynku, gdyż zawierały skierowane względem niej zarzuty podejmowania antykonkurencyjnych działań w stosunku do

<sup>82</sup> Wyr. z 12.12.2012 r. w sprawie T-352/09 *Novácke chemické závody/Komisja*, EU:T:2012:673, pkt 161 i 162.

<sup>83</sup> W prawie francuskim aktualna definicja *voie de fait* zawarta jest w wyr. Tribunal des conflits z 17.06.2013 r., *Bergoend/Société ERDF Anecny Léman*, n° 3911. Z kolei w prawie hiszpańskim, choć orzecznictwo nie posługuje się jedną konkretną definicją, często odwołuje się do definicji Real Academia Española, zgodnie z którą *vía de hecho* stanowi „działanie administracji powzięte bez podstawy prawnej lub lekceważące ustalone procedury”.

<sup>84</sup> Wyr. Tribunal Supremo z 5.10.2015 r. skarga n° 114/2013 *Repsol YPF*, TS:2015:4096.



jej głównych konkurentów oraz ustalania cen paliw w sposób sprzeczny z interesem konsumentów. Zarzucając CNMC rażące nadużycie prawa, skarżąca podniosła, że krajowy regulator, bez podstawy prawnej i w sposób celowy, przedstawił szerokiej publiczności konkretne i zindywidualizowane oskarżenia dotyczące podejmowanych przez nią zachowań rynkowych, czym naraził spółkę na szkodę, naruszył jej dobre imię i jej prawa procesowe. W ocenie skarżącej, wynikające z raportu ustalenia stanowiły *de facto* zarzuty, które powinny być jej przedstawione po wszczęciu formalnego postępowania w sprawie praktyk ograniczających konkurencję lub praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Oddalając skargę Repsol, TS wskazał, że ustawa o ochronie konkurencji<sup>85</sup> nie tylko uprawnia, lecz także zobowiązuje CNMC do upubliczniania wszelkich przeprowadzanych przez nią badań rynku, bez względu na formę takiego opracowania oraz jego treść<sup>86</sup>. Tym samym nie można uznać, że raport został wydany bez podstawy prawnej. Podejmowanie tego rodzaju działań mieści się w szerokich kompetencjach przyznanym krajowemu regulatorowi. Odnośnie do sformułowanych w raporcie oskarżeń względem Repsol, TS zwrócił uwagę, że raport zawiera jedynie obiektywne i „techniczne” dane dotyczące konkurencji na rynku paliw, które w trakcie opracowywania raportu ustaliła CNMC. To, że Repsol nie zgadza się z zawartością tego raportu i kwestionuje zasadność zawartych w nich danych, nie daje podstawy do przypisania CNMC rażącego naruszenia prawa. Odnosząc się do wystąpień Prezesa CNMC, sąd podkreślił, że należy odróżnić zawartość informacji przekazanych prasie od ocen, które ta sformułowała na ich podstawie. Otóż oświadczenia Prezesa CNMC nie zawierają żadnych pośrednich lub bezpośrednich oskarżeń względem skarżącej.

Co istotne, pomimo uznania skargi za niezasadną, TS podkreślił, że skarżąca mogła wnieść do CNMC wnioski o sprostowanie spornego raportu (i ewentualnie kwestionować przed sądem potencjalną odmowę takiego sprostowania – co stanowiłoby inny, pośredni sposób zakwestionowania legalności spornego aktu) lub wytoczyć przeciwko regulatorowi powództwo z tytułu naruszeń dóbr osobistych. Te konkluzje świadczą o tym, że sądownictwo hiszpańskie, po pierwsze, uznaje, że akty *soft law* krajowych regulatorów mogą wywoływać skutki prawne, które w sposób istotny wpływają na sytuację prawną przedsiębiorców i konsumentów, a po drugie zaś – że nie wyklucza ono innych form pośredniego kwestionowania ich legalności.

## 2. Poziom unijny

Akty instytucji, organów i agencji Unii, w tym akty *soft law*, objęte są domniemaniem ważności. Domniemanie to może być obalone zarówno w następstwie skargi o stwierdzenie nieważności, jak i wskutek podniesienia zarzutu niezgodności z prawem (2.1.) lub w następstwie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym (2.2.).

### 2.1. Zarzut niezgodności z prawem

Zarzut niezgodności z prawem, o którym mowa w art. 277 TFUE, uprawnia adresata decyzji Komisji do podważania, w celu uzyskania stwierdzenia nieważności tej decyzji, ważności innych aktów o „zasięgu ogólnym” pod warunkiem, że pozostają one w ścisłym związku z kwestionowaną

<sup>85</sup> Ley n° 15/2007 de Defensa de la Competencia z 3.07.2007 (dalej: LDC).

<sup>86</sup> Zob. obowiązujące w chwili wydania wyr. art. 26.1 w zw. z art. 27.3 d) LDC. Aktualnie kompetencja CNMC do opracowywania raportów oraz ich publikacji uregulowana jest w ustawie n° 3/2013 z 4.06.2013 (Ley n° 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). Do materii, której dotyczy wyr. odnoszą się przede wszystkim art. 5.1. h), 20.9 i 37.

decyzją. Ponadto, zarzut ten może zostać podniesiony wyłącznie przez podmiot, któremu nie przysługiwało prawo wniesienia skargi z art. 263 TFUE<sup>87</sup>. Nie powinno budzić wątpliwości, że mające charakter aktów generalnych i abstrakcyjnych, zawiadomienia, wytyczne, obwieszczenia czy zalecenia Komisji stanowią akty o zasięgu ogólnym. Co się tyczy ścisłej relacji pomiędzy decyzją a aktem, którego zgodność z prawem zostaje podniesiona tytułem incydentalnym, z orzecznictwa wynika, że musi on „mieć zastosowanie, bezpośrednio lub pośrednio, do przypadku będącego przedmiotem skargi” oraz że pomiędzy nim a zaskarżoną decyzją „musi istnieć bezpośredni związek prawny”<sup>88</sup>. Te przesłanki dopuszczalności względem aktów *soft law* zostały poddane szczególnej analizie przez Rzecznika Generalnego, Antonia Tizzana, w sprawie *Dansk Rørindustri*<sup>89</sup>.

Kwestionując wysokość nałożonych grzywien, skarżące podniosły, że metoda ich obliczania, ustanowiona w wytycznych, naruszała zasadę proporcjonalności, zasadę równego traktowania, jak również wyznaczone artykułem 15 ust. 2 obowiązującego wówczas rozporządzenia nr 17 ramy uprawnień dyskrecjonalnych Komisji. Rozpatrując przesłankę pośredniego lub bezpośredniego zastosowania, Rzecznik Generalny odwołał się do szeroko analizowanych wyżej skutków prawnych aktów *soft law*, w szczególności do samozwiązania się Komisji<sup>90</sup> oraz uzasadnionych oczekiwań<sup>91</sup>. Odnośnie do przesłanki bezpośredniego związku, uznał on, że „Komisja ustaliła kwoty grzywien, stosując *skrupulatnie metodę obliczania ustanowioną w wytycznych*. Wynika z tego, że *choć nie stanowią one formalnie prawnej podstawy zaskarżonej decyzji* (tą podstawą są art. 3 i 15 rozporządzenia nr 17), istnieje bezpośredni związek pomiędzy tymi wytycznymi” a zaskarżoną decyzją<sup>92</sup> [wyróżnienie autorki]. Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że stawiając zarzut niezgodności z prawem aktu *soft law* (w całości lub w części), przedsiębiorca powinien wykazać w pierwszej kolejności, że wywołuje on skutki prawne. Z orzecznictwa wynika, że w zasadzie sam fakt samozwiązania się Komisji i ograniczenie w ten sposób jej władzy dyskrecjonalnej jest argumentem wystarczającym<sup>93</sup>.

W odniesieniu do przesłanki istnienia bezpośredniego związku prawnego, przedsiębiorca musi udowodnić, że wskazówki zawarte w akcie *soft law* zostały uwzględnione przez Komisję przy wydawaniu decyzji, której nieważność jest przedmiotem postępowania. Nie wydaje się, aby realizacja tej przesłanki była nadmiernie wymagająca, albowiem z orzecznictwa wynika, że co do zasady wystarcza, aby w zaskarżonej decyzji Komisja wyraźnie powołała się na konkretne postanowienie wytycznych czy komunikatu. Takie wskazanie normy o charakterze *soft* pozwala bowiem na stwierdzenie, że ustanowione w niej sposób ogólny i abstrakcyjny warunki zdeterminowały indywidualną ocenę Komisji zawartą w decyzji<sup>94</sup>.

Pomimo relatywnej „dostępności” zarzutu w przedmiocie nieważności aktu *soft law*, dotychczasowe orzecznictwo Trybunału pokazuje, że ma on w praktyce raczej nikle powodzenie. W dziedzinie konkurencji zarzut taki nigdy nie został uwzględniony. Z jednej strony, mając na

<sup>87</sup> Wyr. ETS z 6.03.1979 r. w sprawie 92/78 *Simmenthal/Komisja*, ECLI:EU:C:1979:53, pkt 39 i 40.

<sup>88</sup> Zob. np. wyr. Sądu z 20.03.2002 r. w sprawie T-23/99 *LR AF 1998/Komisja*, EU:T:2002:75, pkt 272 i 273.

<sup>89</sup> Opinia Rzecznika Generalnego, A. Tizzana, przedstawiona 8.07.2004 r. w sprawie C-189/02 P *Dansk Rørindustri i inni/Komisja*, EU:C:2004:415.

<sup>90</sup> Idem, pkt 59.

<sup>91</sup> Idem, pkt 61.

<sup>92</sup> Idem, pkt 63.

<sup>93</sup> Wyr. Sądu z 20.09.2011 r. w sprawie T-394/08 *Regione autonoma della Sardegna/Komisja*, EU:T:2011:493, pkt 208.

<sup>94</sup> Idem, pkt 209. Wskazać należy jednak, że w wyroku w sprawie *Kneissl Dachstein Sportartike* Trybunał oddalił zarzut dotyczący nieważności wytycznych z 1994 r. dotyczących pomocy państwa na ratowanie i restrukturyzację przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji, wskazując, że skarżąca nie wykazała w jaki sposób zastosowanie wytycznych miało by pozostawać w sprzeczności z aktualnym artykułem 107 ust. 3 lit. c).

uwadze zalety posługiwania się miękką formą regulacji, brak powodzenia zarzutu braku transparentności czy dobrej administracji wydaje się być oczywisty<sup>95</sup>. Z drugiej strony, zwraca uwagę podejście TSUE do braku podstawy prawnej do podejmowania przez Komisję aktów atypowych. Otóż oddalając zarzuty oparte na takiej podstawie, TSUE wskazuje, że kompetencja do podejmowania aktów prawa miękkiego ograniczających władzę dyskrecyjną Komisji wynika z samego faktu dysponowania tą władzą<sup>96</sup>. Niezależnie od powyższego, TSUE często podkreśla w swoim orzecznictwie, że ocena złożonych kwestii gospodarczych i społecznych w ramach stosowania prawa konkurencji należy do Komisji. Kontrola przysługującej jej w tym względzie swobody uznania polega wyłącznie na „weryfikacji tak przestrzegania przez Komisję zasad proceduralnych i zasad dotyczących uzasadnienia, jak i prawdziwości ustaleń faktycznych oraz braku naruszenia prawa, oczywistego błędu w ocenie stanu faktycznego lub nadużycia władzy”<sup>97</sup>.

## 2.2. Pytanie prejudycjalne w przedmiocie ważności aktu

Choć odrzucając skargi wniesione w trybie art. 263 TFUE<sup>98</sup>, Trybunał często podkreśla możliwość przedstawienia mu pytania prejudycjalnego w przedmiocie ważności aktów *soft law*, dotychczas na takie pytanie odpowiadać nie musiał. Okazję taką stanowiąc będzie wniosek francuskiej CE złożony 13 grudnia 2019 roku<sup>99</sup>. Obok pytania dotyczącego możliwości wniesienia skargi o stwierdzenie nieważności z art. 263 TFUE na wytyczne wydane przez europejski organ nadzoru, pytanie to dotyczy tego czy wytyczne mogą być przedmiotem wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności, a jeśli tak, to czy taki zarzut może zostać podniesiony przez zrzeszenie zawodowe. Wątpliwości CE w zakresie legitymacji odnoszą się w zasadzie do kręgu podmiotów, na wniosek których sąd krajowy powinien przedstawić takie pytanie. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Trybunału, pytanie prejudycjalne w przedmiocie ważności nie może „pochodzić” od podmiotów, które były uprawnione do zaskarżenia tych przepisów na podstawie art. 263 TFUE<sup>100</sup>.

W oczekiwaniu na odpowiedź Trybunału podkreślić należy, że jego dotychczasowe podejście w zakresie możliwości kwestionowania legalności aktów *soft law* prowadzi do pewnego paradoksu. Z jednej strony, państwo członkowskie, „zapraszan” do wdrożenia rozwiązań lub przyjęcia pewnej metodologii postępowania, nie może zaskarżyć takich rekomendacji do Trybunału na podstawie art. 263 TFUE. Z drugiej strony, w przypadku wdrożenia tych zaleceń, sąd krajowy może zwrócić się do TSUE z pytaniem prejudycjalnym dotyczącym ich ważności w sytuacji krajowego sporu dotyczącego stosowania tego aktu. Cytowany wcześniej Rzecznik Generalny, M. Bobek, wskazuje, że taki okrężny sposób kwestionowania legalności aktów prawa miękkiego jest sprzeczny zarówno z interesem dobrej administracji wymiaru sprawiedliwości, jak i z interesami autora takiego aktu. Podkreśla on, że „zamiast możliwości skierowania potencjalnego sporu na drogę sądową, rozwiązania go i pójścia dalej, państwo członkowskie [kwestionując legalność aktu *soft*

<sup>95</sup> Zob. np. wyr. Sądu w sprawie T-394/08, pkt 203–217 lub wyr. TS w sprawie C-189/02 P, pkt 212, 277–291.

<sup>96</sup> Zob. np. wyr. TS z 26.01.2017 r. w sprawie C-619/13 P *Mamoli Robinetteria/Komisja*, EU:C:2017:50, pkt 51–54; wyr. Sądu z 16.09.2013 r. w sprawie T-386/10 *Aloys F. Dornbracht/Komisja*, EU:T:2013:450, pkt 78 oraz wyr. Sądu w sprawie T-138/07, pkt 132–133.

<sup>97</sup> Zob. np. wyr. Sądu z 15.06.2005 r. w sprawie T-349/03 *Corsica Ferries/Komisja*, EU:T:2005:221, pkt 138.

<sup>98</sup> Zob. np. wyr. TS w sprawie C-16/16 P, pkt 44 lub postanowienie Sądu w sprawie T-660/18, pkt 116.

<sup>99</sup> Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Conseil d'État w dniu 13 grudnia 2019 r. w sprawie C-911/19 *Fédération bancaire française/Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*.

<sup>100</sup> Zob. np. wyr. ETS z 15.02.2001 r. w sprawie C-239/99 *Nachi Europe*, EU:C:2001:101, pkt 35 i 36.

[law] byłoby po prostu zmuszone odmówić współpracy i poczekać, aż jeden z własnych sądów [lub] ewentualnie sąd w innym państwie członkowskim wystąpi z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym<sup>101</sup>.

Rzecznik Generalny, M. Bobek, podnosi również, że podejście Trybunału budzi jego zastrzeżenia z perspektywy zasady spójności środków prawnych w prawie Unii. Z orzecznictwa TSUE wynika bowiem, że przewidziana przez Traktat kontrola legalności aktów Unii odbywa się „w ramach dwóch *uzupełniających się* postępowań sądowych<sup>102</sup> [wyróżnienie autorki], tj. postępowania w sprawie stwierdzenia nieważności (art. 263 TFUE) oraz postępowania prejudycjalnego (art. 267 TFUE)<sup>103</sup>. Ten uzupełniający się system postępowań sądowych ma zapewniać różnym kategoriom podmiotów możliwość kwestionowania legalności tych samych aktów prawnych Unii, tyle że na innym etapie: państwom członkowskim – na etapie ich stanowienia, a jednostkom – na etapie ich stosowania. Skoro więc odesłanie prejudycjalne w zakresie oceny ważności jest alternatywnym względem skargi o stwierdzenie nieważności instrumentem kontroli legalności aktów wydawanych przez instytucje Unii<sup>104</sup>, to zaostrożenie kryteriów dopuszczalności skargi wypracowanych w wyroku w sprawie *AETR*, polegające na kontroli wyłącznie aktów wywołujących „wiążące” skutki prawne, nie znajduje uzasadnienia nie tylko w językowej, ale również w systemowej wykładni Traktatu.

Niezależnie od argumentów formułowanych na gruncie prawa europejskiego, konserwatywne podejście TSUE silnie kontrastuje z pragmatyzmem sądów krajowych, które ostrożnie rozszerzają zakres swojej kognicji względem aktów prawa miękkiego. Można się więc spodziewać, że Trybunał luksemburski nie powiedział jeszcze w tej kwestii ostatniego słowa.

## Bibliografia

- Beveridge, F. i Nott, S. (1998). *A Hard Look at Soft Law*. W: P. Craig, C. Harlow (red.), *Lawmaking in the European Union*, London Boston: Kluwer Law International.
- Biondi, A. i Stefan, O.A. (2018). The Notice on the Notion of State Aid: Every light has its shadow. W: B. Nascimbene, A. Di Pascale (red.), *The Modernisation of State Aid for Economic and Social Development* (s. 43–61). Switzerland: Springer.
- Brunet, F. (2018). Le développement du soft law en droit interne. W: P. Deumier, J.-M. Sorel (red.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international* (s. 139–154). Issy-les-Moulineaux: L.G.D.J.
- Chudyba, A. (2019). Związanie aktami unijnego soft law. Uwagi na tle prawa konkurencji. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR)*, 6(8), 63–78.
- Cini, M. (2000). From Soft Law to Hard Law?: Discretion and Rule-making in the Commission's State Aid Regime, *Robert Schuman Centre for Advanced Studies*, 35. Pozyskano z: <https://www.researchgate.net> (01.07.2020).
- Cosma, H. i Whish, R. (2003). Soft law in the Field of EU Competition Policy. *European Business Law Review*, 14, 25–56.

<sup>101</sup> Opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 165 i 164.

<sup>102</sup> Zob. np. wyr. ETS z 25.07.2002 r. w sprawie C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores/Rada*, EU:C:2002:462, pkt 40.

<sup>103</sup> Zob. opinia Rzecznika Generalnego w sprawie C-16/16 P, pkt 160 i 161.

<sup>104</sup> Zob. np. wyr. ETS z 22.10.1987 r. w sprawie 314/85 *Foto-Frost*, EU:C:1987:452, pkt 16.



- De Sadeleer, N. (2013). Classification des actes de droit non contraignants de l'Union européenne. W: Y. Cartuyvels H. Dumont P. Gérard I. Hachez F. Ost M. Van De Kerchove (red.), *Les sources du droit revisitées* (s. 253–294). Bruksela: Anthemis, de l'Université Saint-Louis.
- Díez Estella, F. i García-Verdugo, J. (2015). Las Guidelines del Bundeskartellamt como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015. *Anuario de la Competencia*, 341–362.
- Hofmann, H. (2006). Negotiated and Non-Negotiated Administrative Rule-Making: the Example of EC Competition Policy. *Common Market Law Review*, 43, 153–178.
- Idot, L. (2007). À propos de l'internationalisation du droit. Réflexions sur la soft law en droit de la concurrence. *Concurrences Review*, 44996.
- Kirste, S. (2018). Concept and Validity of law. W: P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, A.R. Mackor, (red.), *Legal Validity and Soft Law* (s. 47–73) Cham: Springer.
- Korkea-aho, E. (2013). EU Soft Law in Domestic Legal Systems: Flexibility and Diversity Guaranteed? W: P. Wahlgren (red.) *Soft law, Scandinavian Studies in Law* (s. 155–175) Stockholm: The Stockholm Institute for Scandinavian Law.
- Lefevre, S. (2006). *Les actes communautaires atypiques*. Bruksela: Bruylant.
- Lillo Álvarez, C. (2014). La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 15, 51–82.
- Malverti, C. i Beaufils, C. (2019). Le Conseil d'État donne du mou au droit souple, *L'Actualité Juridique Droit Administratif*, 13, 1994–2001.
- Ortega Bernardo, J. (2015). Soft law & Antitrust law. Comentario a la STS de 29 de enero de 2015 en su valoración de los criterios de soft law que aplica la CNC (actual CNMC). Referat wygłoszony na 1a Jornada Anual de la Red Académica de Derecho de la Competencia (RADC) w Madrycie.
- Rawlinson, F. (1993). The role for policy frameworks, codes and guidelines in the control of state aid. W: I. Harden (red.), *State aid: Community law and policy* (s. 52–60), Kolonia: Bundesanzeiger.
- Scott, J. i Trubek, D. M. (2002). Mind the gap: Law and new approaches to governance in the european union. *European Law Journal*, 8(1), 1–18.
- Senden, L. (2004). *Soft Law in European Community Law*. Oxford, Portland, Oregon: Hart Publishing.
- Snyder, F. (1994). Soft Law and Institutional Practice in the European Community. W: S. Martin, *The Construction of Europe*, (s. 197–225). Dordrecht: Kluwer Academic Publishers.
- 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. i Van Waeyenberge, A. (2013). L'évolution du droit européen de la concurrence: défis et transformations de la méthode communautaire. *Cahiers de droit européen*, 2, 395–444.
- Thibierge, C. i in. (2009) *La force normative. Naissance d'un concept*. Paryż: L.G.D.J.
- Von der Pfordten, D. (2018). Validity in Positive Law: A Mere Summary Concept. W: P. Westerman, J. Hage, S. Kirste, A.R. Mackor (red.), *Legal Validity and Soft Law* (s. 1–18). Cham: Springer.
- Vincent, C. (2013). La communication de minimis : un acte, a minima, doté d'une force obligatoire. *Recueil Dalloz*, 473.