OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO DÁMASA RUIZA-JARABA COLOMERA przedstawiona w dniu 20 października 2009 r.[1]

I — Wprowadzenie

1. U zarania państwa opiekuńczego pewne obszary gospodarki wyłamały się z logiki rynkowej w celu zmniejszenia dystansu pomiędzy „przestrzenią życiową podporządkowaną" a „przestrzenią życiową rzeczywistą"[2]. W imię wartości nie całkiem ekonomicznych – ujętych w klasycznym, kontynentalnym pojęciu prawnym usługi publicznej – wzmogła się interwencja państw w pewnych dziedzinach, powstały monopole i umocniła się regulacja.

2. Począwszy od Jednolitego Aktu Europejskiego, kiedy umieszczono „na ołtarzu idei politycznych" nowego bożka, konkurencję, usługi publiczne stanowią przeszkodę, którą należy pokonać w imię liberalizacji, w której pokładane są wszelkie nadzieje[3].

3. Otwarcie rynku stanowi pierwszy krok tej polityki, lecz po wyeliminowaniu barier w dalszym ciągu istnieją pewne potrzeby, których rynek jako taki nie jest w stanie zaspokoić. Rodzi się zatem interwencja publiczna w formie „usług świadczonych w interesie ogólnym" i „zobowiązań z zakresu usług publicznych", wykonywanie których władze powierzają przedsiębiorstwom ze zliberalizowanych sektorów w celu ochrony interesów publicznych, których zaspokojenia, z którego nie można zrezygnować, nie można pozostawić wolnej grze rynkowej.

4. Ograniczenie tych działań publicznych jest wielkim wyzwaniem dla prawa gospodarczego w jego obecnej formie. Do chwili obecnej zajmowało się ono jedynie kwestią istnienia praw wyłącznych lub finansowania wspomnianych usług, a rzadko – kwestią zobowiązań z zakresu usług publicznych. Tego właśnie dotyczy pytanie prejudycjalne przedstawione w niniejszej sprawie.

5. Począwszy od XIX wieku gaz nabiera szczególnego znaczenia dla rozwoju

1 — Język oryginału: hiszpański.

2 — Terminología zastosowana przez Forsthoffa w jego teorii o „zabezpieczeniu potrzeb bytowych" (Daseinvorsorge) [E. Forsthoff, *Sociedad Industrial y Administración Pública,* Escuela Nacional de Administración Pública, Madryt 1967 (1958)].

3 — Jak to mistrzowsko zauważył T.R. Fernández w „Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy", w: *Revista de Administración Pública,* nr 150, wrzesień-grudzień 1999, s. 57–73.

współczesnych społeczeństw. Literatura odzwierciedlała nieufność, jaką początkowo budził gaz [4] i wrażenie, jakie następnie wywierał [5], dopóki nie stał się elementem życia codziennego, jak podkreślał to Pérez Galdós [6]. Dyrektywa 2003/55/WE [7] przewidywała całkowite otwarcie rynku gazu począwszy od 1 lipca 2007 r., a Tribunale Administrativo Regionale della Lombardia zwraca się z pytaniem, czy po tej dacie możliwy jest, na zasadzie wyjątku, udział władz włoskich w ustalaniu cen dostawy gazu w sytuacji faktycznej braku konkurencji.

6. Jeżeli usługę publiczną definiuje się, zgodnie ze stanowiskiem francuskiej Conseil d'État [8], jako „przedłużenie rynku innymi środkami w przypadku, kiedy rynek nie funkcjonuje, lecz nie wbrew rynkowi", w przypadku załamania się konkurencji państwo powinno interweniować w celu złagodzenia skutków takiej sytuacji. Wpływ działań publicznych na rynek należy, mimo wszystko, ograniczyć, aby nie umniejszać sine die wartości prawdziwej liberalizacji, koncentrując się przy tym na dziedzinie uprawnień konsumentów.

4 — Alexandre Dumas w swojej noweli „Kobieta o aksamitnym naszyjniku" (wydanie polskie: Warszawa, Biblioteka Rodzinna, 1928) wyjaśnia w 1846 r., iż „Nodiera przerażały wszystkie te wynalazki; gaz wyprowadzał go z równowagi, para go oburzała; widział koniec najbliższego świata w zniszczeniu lasów i wyczerpaniu kopalni węgla kamiennego" (tłumaczenie własne).

5 — Jedno z pierwszych zastosowań gazu wynalazł Francuz Montgolfier, wykorzystując lekkość wodoru w celu uniesienia swoich słynnych balonów:
Mariano José de Larra napisał w 1833 r. trzy artykuły pod tym samym tytułem „Ascensión aerostática", *Artículos completos*, Wyd. RBA i Instytut Cervantesa. W pierwszym z nich, s. 482 i nast., opisuje zamiar Hiszpana Garcíi Roza uniesienia w powietrze balonu na kwietniku w parku Retiro w Madrycie w dniu 28 kwietnia 1833 r. w obecności pary królewskiej, który to zamiar wzbudził nadzwyczajne oczekiwania. Doświadczenie nie powiodło się wskutek zbiegu różnych okoliczności oraz z powodu deszczu. Drugi artykuł, s. 546 i nast., dotyczy innej próby Garcíi Roza na placu Oriente, kilka dni później, kiedy nie zdołał napełnić balonu, odtwarzając scenę, w której Don Kichot i Sancho, dosiadłwszy Kołkowca wierzyli, że podróżują po krainie ognia wskutek lekkiego podmuchu miechów w domu Księcia. W trzecim artykule, który nie został zawarty w przywołanej pracy, autor odnosi się ponownie do fiaska na placu Oriente.
Gaz następnie występuje jako zwiastun czasów współczesnych:
José Maria Eça de Queirós, w „La Reliquia", w: *Obras Completas*, tłum. de Julio Gómez de la Serna, Wyd. Aguilar, Madrid 1954, tom I, s. 179 i nast., wkłada w uta bohatera słowa „Czy nieodwołalnie straciłem moją osobowość Raposa, katolika, licencjata, współczesnego *Timesowi* i gazowi, po to, żeby zmienić się w człowieka przeszłości, współczesnego Tyberiuszowi? (tłumaczenie własne)".
Wreszcie gaz przenika do zajęć codziennych, oświetlając ulice i mieszkania:
Irene Nemirovsky w „Bal: powieść współczesna" (wydanie polskie 1931), opowiada, iż matka Antoinette, bohaterki, czytała powieść oparta pod wielką lampą w formie kuli z matowego szkła, w której świecił silny strumień gazu; na s. 53 wyjaśnia, iż Antoinette pewnego wieczoru w Paryżu natknęła się na latarnika, który dotykał po kolei lampy uliczne swoją długą tyczką, zapalając je natychmiast.
Ostatnio, Ana María Matute, laureatka nagród Planeta, Nadal czy Café de Gijón, kandydatka do nagrody Nobla, w „Paraíso inhabitado" (Wyd. Destino, Barcelona 2008, s. 11) pisze o latarniku, który w końcu lat poprzedzających drugą republikę hiszpańską „szedł zapalając długą tyczką niebieskie, drgające płomyki w lampach gazowych" (tłumaczenie własne).

6 — Maria del C. Simón Palmer, „El gas en la obra de Galdós", *Actas del IV Congreso internacional de estudios galdosianos de 1990,* red. Cabildo Insular de Gran Canaria, Las Palmas 1993, tom II, s. 565 i nast., zawiera liczne fragmenty z Episodios Nacionales, z Fortunata y Jacinta, z Tormento, z La desheredada lub z Doña Perfecta.

7 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz.U. L 176, s. 57).

8 — *Rapport public du Conseil d'État, 1994, Considérations générales: Service public, services publics: déclin ou renouveau,* Etudes et Documents n° 46, Paris 1995.

II — Ramy prawne

A — *Prawo wspólnotowe: dyrektywa 2003/55*

7. Dyrektywa 2003/55 ma na celu realizację rynku wewnętrznego gazu ziemnego.

8. Zgodnie ze swoim motywem drugim, doświadczenia nabyte w związku z dyrektywą 98/30/WE [9], którą uchyliła dyrektywa z 2003 r., ujawniły zalety, które wynikają ze stworzenia tego rynku; jednocześnie motyw ten wskazuje, iż wciąż istnieją istotne niedociągnięcia oraz, iż należałoby poprawić jego funkcjonowanie, w szczególności poprzez „konkretne postanowienia w celu zapewnienia równych warunków działania i w celu zmniejszenia ryzyka rynkowej dominacji i rabunkowych zachowań [stanowiących nadużycie praktyk] (…), zapewnienie ochrony praw drobnych i słabych ekonomicznie odbiorców".

9. W swoim motywie osiemnastym dyrektywa 2003/55 opisuje jeden z zasadniczych elementów procesu liberalizacji: swobodny wybór dostawcy przez odbiorców gazu. Dla osiągnięcia tego celu dyrektywa przyjmuje podejście etapowe połączone z wyznaczonym terminem realizacji w taki sposób, aby przedsiębiorstwa mogły się dostosować i zagwarantować ochronę interesów odbiorców oraz ich prawa do rzeczywistego i skutecznego wyboru swego dostawcy.

10. Motyw dwudziesty szósty odnosi się do decyzji państw członkowskich służących osiągnięciu wysokiego poziomu „usług o charakterze użyteczności publicznej [publicznych] we Wspólnocie", wskazując, iż należy o nich okresowo zawiadamiać Komisję oraz, iż mogą one być odmienne w przypadku „gospodarstw domowych oraz małych i średnich przedsiębiorstw". Motyw dwudziesty siódmy wspomina w odniesieniu do usług publicznych o „podstawowym wymogu" dyrektywy, która powinna wyszczególnić „wspólne minimalne standardy", które powinny uwzględniać cele „ochrony konsumenta, bezpieczeństwa dostaw, ochrony środowiska i równoważnych poziomów konkurencji we wszystkich państwach członkowskich". W motywie tym podkreśla się także, iż wykładni tych wymogów należy dokonywać, biorąc po uwagę uwarunkowania krajowe przy jednoczesnym poszanowaniu prawa wspólnotowego.

11. Zgodnie z art. 2 pkt 25 dyrektywy, przez „odbiorców – gospodarstwa domowe" rozumie się tych odbiorców, którzy dokonują

9 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 22 czerwca 1998 r. dotycząca wspólnych zasad w odniesieniu do rynku wewnętrznego gazu ziemnego (Dz.U. L 204, s. 1).

zakupu gazu ziemnego dla potrzeb własnego zużycia, a zgodnie z art. 2 pkt 28 przez „odbiorców uprawnionych" rozumie się tych, którzy korzystają ze swojego prawa do zakupu gazu od wybranego przez nich dostawcy zgodnie z art. 23 dyrektywy. Artykuł 23 ust. 1 lit. c) nakłada na państwa członkowskie obowiązek uznania, począwszy od dnia 1 lipca 2007 r., wszystkich odbiorców za uprawnionych.

12. Artykuł 3 dyrektywy dotyczy zobowiązań z zakresu usług publicznych i ochrony odbiorców. W ust. 1 zobowiązuje on państwa członkowskie do zapewnienia, aby „przedsiębiorstwa gazownicze działały zgodnie z zasadami niniejszej dyrektywy, mając na celu stworzenie konkurencyjnego, bezpiecznego i zrównoważonego pod względem ochrony środowiska rynku gazu ziemnego" i aby nie stosowały „dyskryminacji wobec żadnego z tych przedsiębiorstw, tak jeśli chodzi o prawa, jak i obowiązki".

13. Powyższe ma jednak zastosowanie „z zastrzeżeniem ust. 2" tego art. 3, który stanowi, iż „przestrzegając w pełni odnośnych postanowień traktatu, w szczególności jego art. 86, państwa członkowskie mogą w ogólnym interesie ekonomicznym nałożyć na przedsiębiorstwa w sektorze gazowniczym zobowiązania z tytułu świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej [publicznych], mogące odnosić się do […] cen dostaw […]". Zobowiązania z zakresu usług publicznych powinny być jasno określone, przejrzyste, pozbawione cech dyskryminacji, weryfikowalne i powinny gwarantować przedsiębiorstwom gazowniczym z Unii Europejskiej dostęp, na równych warunkach, do odbiorców krajowych.

14. Artykuł 3 ust. 3 wprowadza obowiązek ochrony odbiorców, w szczególności odbiorców najsłabszych: państwa członkowskie muszą chronić odbiorców końcowych i zapewnić odpowiedni stopień ochrony konsumentów, a w szczególności odbiorców słabych ekonomicznie, chroniąc ich przed przerwaniem dostaw. Państwa członkowskie muszą zapewnić uprawnionym odbiorcom możliwość zmiany dostawcy. W odniesieniu przynajmniej do odbiorców będących gospodarstwami domowymi są to środki wyszczególnione w załączniku A [10].

15. Zgodnie z art. 3 ust. 6 państwa członkowskie mają powiadamiać Komisję „o wszystkich środkach przyjętych dla realizacji zobowiązań o charakterze użyteczności publicznej, włączając w to ochronę odbiorcy

10 — Litera g) załącznika A stanowi, iż należy „zagwarantować […] odbiorcom przyłączonym do systemu gazowniczego poinformowanie o ich prawach dostawy gazu ziemnego o określonej jakości, za rozsądne ceny, zgodnie z obowiązującym ustawodawstwem krajowym".

i środowiska naturalnego, oraz o ich możliwym wpływie na konkurencję krajową i międzynarodową", niezależnie od tego, czy wspomniane środki stanowią odstępstwa od postanowień dyrektywy.

B — *Prawo włoskie*

16. Zaledwie na kilka dni przed dniem 1 lipca 2007 r., datą końcową dla wprowadzenia pełnej liberalizacji rynku gazu zgodnie z art. 23 dyrektywy 2003/55, przyjęto we Włoszech dekret z mocą ustawy nr 73 z dnia 18 czerwca 2007 r., na mocy którego przyznano na rzecz Autorità per l'energia elettrica e il gas prawo określania „cen referencyjnych" dla sprzedaży gazu niektórym odbiorcom już po pełnym otwarciu tego rynku.

17. Wspomniany dekret z mocą ustawy został zatwierdzony przez ustawę nr 125 z dnia 3 sierpnia 2007 r., której art. 1 ust. 3 stanowi, iż:

„W celu zapewnienia wykonania postanowień wspólnotowych w sferze usług powszechnych, Autorità per l'energia elettrica e il gas ustanawia ujednolicone warunki świadczenia tych usług i określa przejściowo, na podstawie rzeczywistych kosztów tych usług, ceny referencyjne […] dostawy gazu odbiorcom będącym gospodarstwami domowymi, które przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją lub sprzedażą w zakresie zobowiązań z zakresu usług publicznych muszą uwzględnić w swoich ofertach handlowych, przewidując także możliwość wyboru pomiędzy różnymi planami taryfowymi i rozkładami godzinowymi. […]; bez naruszenia uprawnień Autorità do sprawowania dozoru i podejmowania działań w celu ochrony praw użytkowników, przede wszystkim w przypadku wzrostu cen i pogorszenia warunków świadczenia usług, stwierdzonych i nieuzasadnionych, dla odbiorców, którzy nie skorzystali jeszcze z prawa wyboru" [11].

18. Włoski sąd odsyłający uważa, iż przepis ten stanowi „podstawę ustawową dla wykonywania władzy regulacyjnej przez Autorità w sferze cen gazu po dniu 1 lipca 2007 r.".

11 — Tekst art. 1 ust. 3 dekretu z mocą ustawy różnił się nieznacznie od tego samego artykułu ustawy zatwierdzającej, która wprowadziła wyjaśnienie, iż to uprawnienie Autorità ma charakter przejściowy.

III — Postępowanie przed sądem krajowym i pytanie prejudycjalne

19. W dniu 29 marca 2007 r. Autorità per l'energia elettrica e il gas wydała decyzję nr 79/07 w sprawie ponownego określenia warunków handlowych dostawy gazu w okresie od dnia 1 stycznia 2005 r. do dnia 31 marca 2007 r., ustalając kryteria aktualizacji wspomnianych warunków handlowych. Zgodnie z pkt 1.3.1 tego postanowienia, wzory obliczeniowe zatwierdzone dla celów aktualizacji rekompensaty zmiennej w odniesieniu do sprzedaży hurtowej miały zastosowanie do dnia 30 czerwca 2008 r.; w pkt 1.3.2 przyznane zostało Autorità uprawnienie do sprawdzenia, czy spełnione zostały warunki dla przedłużenia tego uprawnienia do dnia 30 czerwca 2009 r.

20. Federutility, Assogas, Libarna Gas spa, Collino Commercio spa, Sadori gas spa, Egea Commerciale, E.On Vendita srl oraz Sorgenia spa (przedsiębiorstwa i związki przedsiębiorstw działających na włoskim rynku gazu ziemnego) wniosły pięć skarg na decyzję nr 79/07 oraz na inne, późniejsze decyzje Autorità (decyzje nr 80/07, 158/07, 242/07 i 346/07) [12].

21. Podnoszą one jako główny zarzut naruszenie dyrektywy 2003/55, na mocy której sektor gazu powinien zostać całkowicie zliberalizowany począwszy od dnia 1 lipca 2007 r. Skarżące utrzymują, iż w celu zapewnienia, począwszy od tej daty, wszystkim odbiorcom swobody wyboru dostawcy, cena sprzedaży gazu musi być ustalana jedynie przez grę podaży i popytu, bez ingerencji władz publicznych. Ich zdaniem zatem ustalanie „cen referencyjnych" począwszy od drugiego kwartału 2007 r. (czego wyraz stanowi wydanie decyzji nr 79/07) narusza prawo wspólnotowe.

22. Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Izba IV), który rozpoznaje wspomniane skargi, doszedł do wniosku, iż rozstrzygnięcie sporu uzależnione jest od dokonania wykładni dyrektywy 2003/55 i przedstawił Trybunałowi Sprawiedliwości, w oparciu o art. 234 WE, następujące pytania prejucjalne:

„Czy wykładni art. 23 dyrektywy 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r., który reguluje otwarcie rynku gazu, należy zgodnie z zasadami wynikającymi z traktatu WE dokonywać w ten sposób, że przepis krajowy (i akty wykonawcze do tego przepisu), który po dniu 1 lipca 2007 r. zachowuje na rzecz Autorità per l'energia elettrica e il gas uprawnienie do określania cen referencyjnych dostaw gazu ziemnego odbiorcom będącym gospodarstwami domowymi (stanowiącym nieokreśloną i niezdefiniowaną w grupach referencyjnych kategorię, która sama z siebie nie zakłada oceny

12 — Skargi R.G. 1276/07, R.G. 1279/07, R.G. 1285/07, R.G. 1359/07 i R.G. 1490/07.

trudnych socjalnie i finansowo sytuacji, mogących uzasadniać ustalenie rzeczonych cen referencyjnych), które przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją i sprzedażą, w ramach zobowiązań z tytułu świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej [publicznych], zobowiązane są zawrzeć w swej ofercie handlowej, jest niezgodny z tym artykułem dyrektywy i zasadami wspólnotowymi,

albo też,

czy wykładni tego przepisu (ww. art. 23) w związku z art. 3 dyrektywy 2003/55/WE (który stanowi, że państwa członkowskie mogą w ogólnym interesie ekonomicznym, nałożyć na przedsiębiorstwa w sektorze gazowniczym zobowiązania z tytułu świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej [publicznych] dotyczące, dla potrzeb niniejszego postępowania, ceny dostaw) należy dokonywać w ten sposób, że nie jest sprzeczny z przywołanymi przepisami wspólnotowymi przepis krajowy, który, uwzględniając szczególną sytuację rynku, charakteryzującego się utrzymującym się brakiem »efektywnej konkurencji«, przynajmniej w sektorze sprzedaży hurtowej, przyznaje możliwość określania na drodze administracyjnej ceny referencyjnej gazu ziemnego, którą każdy sprzedawca w ramach usługi powszechnej ma obowiązkowo zawrzeć w ofertach handlowych proponowanych swoim odbiorcom będącym gospodarstwami domowymi, mimo że wszyscy odbiorcy powinni być uważani za »uprawnionych [do wyboru dostawcy]«"

IV — Postępowanie przed Trybunałem Sprawiedliwości

23. Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym wpłynął do sekretariatu Trybunału Sprawiedliwości w dniu 20 czerwca 2008 r.

24. Pisemne uwagi przedstawiły Federutility, Libarna Gas, Sorgenia i Assogas, a także Komisja oraz rządy polski, estoński i włoski.

25. W załączniku do wezwania na rozprawę zwrócono się z pytaniem do stron postępowania przez sądem krajowym oraz do Republiki Włoskiej, czy obowiązek zamieszczenia „cen referencyjnych" dla dostaw gazu ziemnego do odbiorców indywidualnych w ofertach handlowych oznacza, iż przedsiębiorstwa te muszą proponować i stosować wspomniane ceny wobec swoich odbiorców oraz, że w rezultacie nie mogą zawierać umów na odmiennych warunkach taryfowych, albo też czy takie ceny mają charakter całkowicie niezobowiązujący. Zwrócono się do nich również z pytaniem odnośnie zakresu zastosowania tego zobowiązania, wraz z żądaniem przedstawienia

informacji, czy odbiorcami, których zobowiązanie to dotyczy, są wyłącznie odbiorcy indywidualni z wyłączeniem osób prawnych. Federutility, Libarna Gas, Sorgenia i Assogas oraz rząd włoski udzieliły Trybunałowi Sprawiedliwości odpowiedzi, składając dokumenty datowane w miesiącu lipcu 2009 r.

26. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 8 września 2009 r., stawili się, w celu przedstawienia ustnych wyjaśnień, pełnomocnicy Federutility, Assogas, Libarna Gas, Sorgenia, Komisji oraz rządów estońskiego i włoskiego.

V — Uwagi wstępne: interwencja taryfowa w sytuacji konkurencji o czysto formalnym charakterze

A — *Brak rzeczywistej konkurencji na rynku gazu*

27. Proces liberalizacji sektora energetycznego zainicjowany dyrektywami 96/92/WE [13] i 98/30/WE znacznie przyspieszył wraz z przyjęciem dyrektyw 2003/54/WE [14] i 2003/55/WE, które zadecydowały o otwarciu rynków energii elektrycznej i gazu dla odbiorców niebędących gospodarstwami domowymi począwszy od dnia 1 lipca 2004 r., a dla wszystkich, bez żadnego rozróżnienia, użytkowników – począwszy od dnia 1 lipca 2007 r. [15]

28. Wykonanie tych ambitnych planów należało do państw członkowskich. Postępy były jednakże bardzo nierówne. Zostało to stwierdzone przez Komisję w komunikacie do Rady i Parlamentu Europejskiego z dnia 10 stycznia 2007 r. [16], w którym przyznaje ona, iż chociaż „do ram prawnych, ustaleń instytucjonalnych i fizycznej infrastruktury (…) włączono podstawowe pojęcia dotyczące wewnętrznego rynku energii (…) w wielu państwach członkowskich nie istniała (…) prawdziwa konkurencja. Często klienci nie mieli rzeczywistej możliwości wyboru innego dostawcy" i, zasadniczo, wciąż nie ma wysokiego stopnia zaufania na rynku wewnętrznym [17].

13 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.U. L 27, s. 20).

14 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz.U. L 176, s. 37).

15 — Artykuł 21 dyrektywy 2003/54 i art. 23 dyrektywy 2003/55.

16 — Komunikat – Perspektywy rynku wewnętrznego energii elektrycznej i gazu [COM(2006) 0841 wersja ostateczna].

17 — Co więcej, jak wskazuje Peter D. Cameron, „korzyści z liberalizacji rynków energetycznych nie są jak dotychczas tak oczywiste, jak to przewidywano: obniżanie się cen nie jest nieuchronnym skutkiem liberalizacji, podobnie jak nie jest nim spadek ingerencji państwa; pozycja rynkowa przedsiębiorstw już działających na rynku wzrosła, a oczekiwanie przez nowych graczy wejścia na rynki energii elektrycznej i gazu stało się »czekaniem na Godota«" (P. Cameron, *Legal aspects of EU energy regulation. Implementing the New Directives on Electricity and Gas Across Europe*, Oxford University Press 2005, s. 36).

29. Świadoma niepełnego charakteru procesu liberalizacji, Komisja rozpoczęła realizację „trzeciego pakietu energetycznego" mającego wypełnić braki obowiązującego uregulowania. Zawiera on propozycję zmiany dyrektywy 2003/55, która przewiduje np. rzeczywiste rozdzielenie działalności produkcyjnej od działalności dostawczej i eksploatacji sieci [18].

30. Zdaniem Komisji interwencja w zakresie taryf cenowych gazu (a także w zakresie taryf cenowych energii elektrycznej) jest jedną z przyczyn i, zarazem, jednym ze skutków obecnego braku konkurencji w sektorze energetycznym. Z jednej strony, wśród głównych niedociągnięć zaobserwowanych w trakcie transpozycji przywołanych dyrektyw Komisja wymienia „regulowane ceny uniemożliwiające wejście na rynek nowych uczestników" [19]. Z drugiej strony, Komisja dodaje, iż obok tych nieprawidłowości „przedsiębiorstwa zasiedziałe z sektora elektroenergetycznego i gazowego w większości zachowały pozycję dominującą", w rezultacie „doprowadziło to państwa członkowskie do utrzymania ścisłej kontroli cen za energię elektryczną i gaz płaconych przez odbiorców końcowych. Niestety stanowi to często poważne ograniczenie konkurencji". [20]

31. Współistnienie otwartych rynków energetycznych z cenami regulowanymi jest stanem dość często spotykanym w państwach członkowskich Unii; jak przyznaje Komisja w swoim sprawozdaniu z dnia 15 kwietnia 2008 r. [21], ma ono miejsce w przypadku „jednej trzeciej rynków gazu ziemnego […] i w przypadku ponad połowy rynków energii elektrycznej. W większości państw członkowskich, gdzie ma miejsce regulacja cen, nie jest ona ograniczona do małych odbiorców – dostawy po cenach regulowanych mogą mieć miejsce dla wszystkich rodzajów odbiorców".

32. Opisana sytuacja ma miejsce w sektorze gazowniczym we Włoszech. Jak wyjaśnił rząd tego państwa w swoich pisemnych uwagach, krajowy rynek gazu ziemnego wyróżnia się decydującą rolą, jaką pełni Eni, przedsiębiorstwo, które jest jednocześnie monopolistą w zakresie importu gazu, właścicielem największej części systemu przesyłowego, posiadaczem absolutnie dominującej pozycji w zakresie przetwarzania i największym sprzedawcą hurtowym. Ten brak konkurencji na rynku hurtowym umożliwił przetrwanie lokalnych monopoli w zakresie sprzedaży detalicznej ściśle powiązanych wertykalnie z operatorami systemu dystrybucyjnego. W tej sytuacji wejście na rynek

18 — Wniosek dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady zmieniająca dyrektywę 2003/55/WE dotyczącą wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego [COM(2007) 529 wersja ostateczna].

19 — Wyżej wymieniony komunikat z dnia 10 stycznia 2007 r., pkt 1.3.

20 — Wyżej wymieniony komunikat z dnia 10 stycznia 2007 r., pkt 1.4.

21 — Sprawozdanie Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego- – Postępy w tworzeniu wewnętrznego rynku gazu ziemnego i energii elektrycznej [COM(2008) 192 wersja ostateczna].

innych dostawców wydaje się być skrajnie skomplikowane: po pierwsze, ponieważ musieliby oni kupować gaz od Eni, która narzuciłaby im warunki według swego uznania, ograniczając do minimum ich ewentualne marże zysku i, po drugie, z uwagi na trudność konkurowania na rynku lokalnym z przedsiębiorcami powiązanymi ze sobą wertykalnie.

B — *Regulowanie cen dostawy w sytuacji braku konkurencji*

33. Okoliczności te, łącznie ze wzrostową tendencją cen produktów naftowych na rynkach międzynarodowych, spowodowały sporne zachowanie władz włoskich. W celu uniknięcia tego, aby wzrost kosztów surowca został przerzucony na użytkowników, zdecydowały się one przedłużyć przysługujące Autorità per l'energia elettrica e il gas uprawnienie do określania „cen referencyjnych" dostawy gazu ziemnego dla odbiorców będących gospodarstwami domowymi na okres po dniu 1 lipca 2007 r., czyli po dacie, w której włoski rynek gazowy miał zostać zliberalizowany zgodnie z przepisami przejściowymi dyrektywy 2003/55.

34. Zgodnie z treścią art. 1 ust. 3 włoskiej ustawy z dnia 3 sierpnia 2007 r. sporne uprawnienie charakteryzuje się następującymi cechami:

— 1) Umożliwia ono określanie „cen referencyjnych" dostawy gazu ziemnego, które przedsiębiorstwa powinny włączyć do „swoich ofert handlowych z zapewnieniem możliwości wyboru pomiędzy różnymi planami taryfowymi i rozkładami godzinowymi".

Gdy zapytano o zakres tego zobowiązania strony postępowania przed sądem krajowym i rząd włoski, te pierwsze zaprzeczyły w swojej odpowiedzi, aby wspomniane „ceny referencyjne" miały charakter wyłącznie informacyjny. Podnoszą one, iż w praktyce przedsiębiorstwa zajmujące się dystrybucją gazu ziemnego nie mogą proponować swoim odbiorcom alternatywnych, korzystniejszych taryf niż te wskazane przez Autorità, której „ceny referencyjne" znajdują się poniżej średniej europejskiej. Jeżeli weźmie się pod uwagę wielką liczbę użytkowników, w stosunku do których dostawcy muszą proponować i stosować ceny referencyjne, należy zdaniem skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym rozumieć, że możliwość stosowania innych taryf jest wyłącznie teoretyczna. [22]

— 2) Wspomniane „ceny referencyjne" obliczane są w oparciu o „rzeczywiste

22 — Pismo Federutility z dnia 31 lipca 2009 r., pkt 7–9 oraz pismo Sorgenii z dnia 31 lipca 2009 r., pkt 1.

koszty usług". Na podstawie informacji przedstawionych w sprawie, warunki ekonomiczne określane przez Autorità stanowią sumę czterech czynników: ceny dystrybucji, przesyłu i magazynowania, wielkości zmiennej odpowiadającej sprzedaży detalicznej oraz innej wielkości dotyczącej kosztów nabycia surowca, w tym także kosztów związanych z hurtowym zakupem gazu. Spór w przedmiotowej sprawie toczy się wokół sposobu obliczania ostatniej pozycji, bowiem, w przeciwieństwie do rynku hurtowego, na którym cena gazu podąża za kursem produktów naftowych, taryfa dotycząca sprzedaży detalicznej jest objęta „klauzulą ochronną", za pomocą której Autorità zapobiega przenoszeniu całkowitego kosztu surowca w przypadku, kiedy jest on wysoki. W ten sposób dostawcy gazu powinni rozliczać swoich odbiorców na podstawie ceny, która nie zawiera w sobie wszystkich kosztów poniesionych w związku z nabyciem surowca. W celu uniknięcia sytuacji, w której ciężar ekonomiczny wspomnianego rozliczenia ponosiły wyłącznie te przedsiębiorstwa, Autorità zobowiązała hurtowników do renegocjowania umów sprzedaży gazu [23].

— 3) W odniesieniu do zakresu zastosowania „cen referencyjnych", art. 1 ust. 3 dekretu z mocą ustawy wymaga jedynie, aby dotyczyły one „odbiorców będących gospodarstwami domowymi". Postanowienie odsyłające dotyczące pytania prejudycjalnego definiuje tę kategorię użytkowników jako „nieokreśloną"; Komisja, przeciwnie, wskazuje, iż „ceny referencyjne mają zastosowanie do rodzin i gospodarstw domowych zamieszkałych w budynkach wyposażonych w centralne ogrzewanie o rocznym zużyciu niższym niż 200 000 metrów sześciennych".

Dokładniej rzecz biorąc, z odpowiedzi stron postępowania przed sądem krajowym oraz rządu włoskiego udzielonych do końca lipca 2009 r., a także z ustnych stanowisk przedstawionych na rozprawie wynika, iż obowiązek utrzymywania „cen referencyjnych" dotyczy dwóch kategorii użytkowników:

a) Odbiorców końcowych, którzy będąc już uprawnionymi przed dniem 1 stycznia 2003 r. (z uwagi na roczne zużycie gazu przekraczające 200 000 metrów sześciennych lub z innych względów) wciąż nie zawarli nowej umowy na dostawę gazu.

b) Odbiorców końcowych o rocznym zużyciu niższym niż wspomniane 200 000 metrów sześciennych.

23 — Podobnie zobacz pisemne uwagi Sorgenii, s. 5–6.

Skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym przyznały na rozprawie oraz w dokumentach z miesiąca lipca 2009 r., iż do obu kategorii odbiorców końcowych zaliczają się zarówno osoby fizyczne, jak i przedsiębiorstwa, a także osoby prawne [24]. Przytaczają one decyzję Autorità nr 64/09, której art. 4 rozszerzył stosowanie cen ochronnych na wspólnoty właścicieli, nawet jeżeli posiadacz punktu dystrybucyjnego jest osobą prawną, która pełni funkcję administratora współwłasności. Jednakże zgodnie z art. 5 decyzji nr 64/09 odbiorcy końcowi, którzy nie zawarli nowych umów i którzy, nie będąc osobami fizycznymi, w dalszym ciągu korzystają z systemu ochrony do dnia 30 września 2009 r. lub do dnia 30 września 2010 r., jeżeli ich roczne zużycie nie przekracza 200 000 metrów sześciennych.

Rząd włoski, przeciwnie, broni stanowiska, iż system „cen referencyjnych" dotyczy wyłączne osób fizycznych.

— 4) Dekret z mocą ustawy, w wersji zatwierdzonej przez włoski parlament, nadaje uprawnieniu Autorità do określania taryf charakter przejściowy, zmieniając w ten sposób pierwotne brzmienie dekretu z mocą ustawy, w którym brak było postanowień w tej kwestii.

Skarżące przedsiębiorstwa podniosły na rozprawie, że wspomniany charakter przejściowy uprawnienia do określania taryf nie jest wystarczający, bowiem nigdzie nie wskazano maksymalnego terminu wykonywania tego uprawnienia. W tym celu powołały się one na niedawną ustawę nr 99 z dnia 23 lipca 2009 r., która ich zdaniem przyznaje Autorità uprawnienie regulacyjne o charakterze ogólnym i bez żadnego ograniczenia czasowego.

— 5) Wreszcie ustawodawca włoski wskazuje, że „ceny referencyjne" określane są „w zakresie zobowiązań z zakresu usług publicznych", w celu „zapewnienia wykonania postanowień wspólnotowych w sferze usług powszechnych".

35. Tribunale Administrativo Regionale della Lombardia zwraca się do Trybunału Sprawiedliwości z pytaniem, czy interwencja publiczna o podobnym charakterze na rynku takim, jak gazowy, zliberalizowanym, lecz cechującym się brakiem na nim rzeczywistej konkurencji, narusza art. 23 dyrektywy 2003/55, albo też, czy może ona korzystać z ochrony, jaką daje art. 3 tej dyrektywy. Należy zatem zbadać oba te przepisy.

24 — Pisma procesowe Federutility z dnia 31 lipca 2009 r., pkt 12, 13 oraz pismo procesowe Sorgenii z dnia 31 lipca 2009 r., pkt 2.

VI — Analiza pytania prejudycjalnego

A — *Artykuł 23 i liberalizacja cen*

36. Stworzenie wewnętrznego rynku gazu ziemnego, będące głównym celem dyrektywy 2003/55, wymaga doprowadzenia do końca procesu całkowitej liberalizacji.

37. Prawodawca wspólnotowy szybko zrozumiał, iż otwarcie to powinno być dokonywane stopniowo. Punktem wyjścia były rynki w dużym stopniu regulowane, wyłącznie krajowe i często monopolistyczne [25]. Wyzwanie polegało na ich przetworzeniu w jeden rynek europejski, całkowicie swobodny, na którym wszyscy użytkownicy mogliby kupować gaz od wybranego przez siebie sprzedawcy. Dyrektywa 98/30 stanowiła nieśmiały i wstępny krok, którego kontynuacją jest art. 23 dyrektywy 2003/55 zawierający kalendarz stopniowych zmian mający zapewnić wszystkim odbiorcom, rozumianym jako gospodarstwa domowe, status odbiorców uprawnionych [26].

38. Jako datę końcową dla osiągnięcia tego celu przewidziano dzień 1 lipca 2007 r. Osiągnięcie tego celu wymagało wyeliminowania barier ograniczających konkurencję na rynku gazu, do których zaliczają się m.in. interwencje taryfowe, jeśli zniechęcają one do dokonywania inwestycji. Artykuł 3 ust. 1 dyrektywy nakłada na państwa członkowskie obowiązek zapewnienia, aby „przedsiębiorstwa gazownicze działały zgodnie z zasadami niniejszej dyrektywy, mając na celu stworzenie konkurencyjnego, bezpiecznego i zrównoważonego pod względem ochrony środowiska rynku gazu ziemnego".

39. Uwzględniając brzmienie dyrektywy i leżący u jej podstaw jasny cel liberalizacyjny, wydaje się, iż trudno utrzymywać, jak czyni to rząd polski w swoich pisemnych uwagach, iż określanie cen przez zwykłą grę podaży i popytu nie jest warunkiem koniecznym w celu zapewnienia prawa do wyboru dostawcy, który najbardziej nam odpowiada. W rzeczywistości, ani art. 23, ani żaden inny przepis dyrektywy nie nakładają wyraźnie na państwa członkowskie obowiązku pozostawienia sposobu tworzenia cen dostawy wolnej grze rynkowej, aczkolwiek nic nie przeszkadza rozważać teoretycznie, czy chodzi o środek zawsze korzystny dla konsumenta.

40. Wydaje się jednak istotnym, iż prawodawca wspólnotowy przewidział, że urzędy regulacji mają zatwierdzać taryfy przesyłowe i dystrybucyjne gazu (art. 25 ust. 2 dyrektywy) oraz, iż ze swej strony uważa on określanie cen dostawy za uprawnienie o charakterze

25 — Nierzadko z monopolami będącymi własnością publiczną.
26 — W rozumieniu art. 2 dyrektywy.

czysto wyjątkowym, w ramach zobowiązań z zakresu usług publicznych (art. 3 ust. 2).

B — *Artykuł 3 i zobowiązania z zakresu usług publicznych*

41. Liberalizacja rynku nie wyklucza tym samym wszelkiego rodzaju ingerencji w ustalanie ceny sprzedaży gazu. Wspomniany art. 3 dyrektywy otwiera liczne możliwości służące legitymizacji działań państw członkowskich w tym zakresie.

42. Przede wszystkim, art. 3 ust. 2 stanowi, iż mogą one „w ogólnym interesie ekonomicznym nałożyć na przedsiębiorstwa w sektorze gazowniczym zobowiązania z tytułu świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej [z zakresu usług publicznych]" związane z ceną dostawy. Po drugie, art. 3 ust. 3 opiera się na założeniu, że państwa członkowskie przyjmą odpowiednie środki w celu ochrony odbiorców końcowych, w szczególności odbiorców słabych ekonomicznie, zapewniając wysoki poziom ochrony konsumentów.

43. Oba te ustępy odzwierciedlają podwójny cel dyrektywy 2003/55: stworzenie wewnętrznego rynku gazu jako środka ochrony interesów przedsiębiorstw, a jednocześnie konsumentów. Liberalizacja, lecz nie za wszelką cenę, w stosunku do osób fizycznych, dla których wymagany jest pewien stopień regulacji, kiedy rynek nie funkcjonuje właściwie. Zobowiązania z zakresu usług publicznych składają się z instrumentu służącego stworzeniu takiej strukturalnej interwencji publicznej o wyjątkowym charakterze, nawet po dacie końcowej 1 lipca 2007 r.

44. W chwili przyjmowania drugiego pakietu energetycznego, formuła ta była już szeroko testowana. Po wyeliminowaniu monopoli publicznych [27] w tym sektorze, poddanym zasadom rynkowym, w dalszym ciągu należało zapewnić pewne potrzeby wynikające z interesu ogólnego. W tym celu prawodawca wspólnotowy rozważył możliwość wyegzekwowania zobowiązań z zakresu usług publicznych i usług powszechnych już w pierwszych sektorach liberalizowanych, takich jak pocztowy, transportowy, czy telekomunikacyjny. Trybunał Sprawiedliwości podchodził do tych mechanizmów derogacyjnych ze szczególną uwagą, w szczególności w odniesieniu do ich finansowania, uznając, iż nie oznaczają pomocy państwa [28] subwencje wypłacane jako „rekompensata" z tytułu wykonywania zobowiązań z zakresu usług publicznych oraz, iż nie naruszają traktatu WE, jeżeli zachodzą określone przesłanki [29].

27 — Co do których, jak pisze C.W. Jones, *EU Energy Law, Volume I, The Internal Energy Market*, Second Edition, Leuven: Caléis & Castells 2006, s. 223, „zakładano, iż zawsze działają w interesie publicznym".

28 — W rozumieniu art. 87 ust. 1 WE.

29 — Wyrok z dnia 24 lipca 2003 r. w sprawie C-280/00 Altmark, Rec. s. I-7747, pkt 84–95. W wyroku z dnia 27 listopada 2003 r. w sprawach połączonych od C-34/01 do C-38/01 Enirisorse, Rec. s. I-14243, zastosowano przesłanki wskazane we wcześniejszym orzeczeniu w sprawie, w której rozstrzygano o charakterze taryfy portowej pobieranej częściowo przez spółkę publiczną. Przed wyrokiem w sprawie Altmark, w wyroku z dnia 22 listopada 2001 r. w sprawie C-53/00 Ferring, Rec. s. I-09067, określono już dokładnie niezbędne warunki tego, aby zwolnienie podatkowe, z którego korzystały przedsiębiorstwa zarządzające będące świadczeniem usług publicznych, było zgodne z traktatem WE.

45. Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 2003/55 włącza to uprawnienie do katalogu instrumentów służących organizacji rynku gazu, zezwalając państwom członkowskim na nakładanie na przedsiębiorstwa gazownicze pewnych obciążeń pod warunkiem, iż są one niezbędne dla ochrony „ogólnego interesu ekonomicznego", którego zakres nie jest dokładnie zdefiniowany [30].

46. To niedookreślenie zawarte w dyrektywie ujawnia szeroki margines manewru, jaki prawodawca wspólnotowy przyznał państwom członkowskim. Potwierdza to motyw dwudziesty siódmy dyrektywy, który odnosi się do ustanowienia „wspólnych minimalnych standardów" w przedmiocie spełnienia przesłanek usług publicznych, czyli rdzenia, który należy oceniać „z uwzględnieniem celów ochrony konsumenta, bezpieczeństwa dostaw, ochrony środowiska i równoważnych poziomów konkurencji we wszystkich państwach członkowskich" interpretowanych w świetle odrębności każdego z krajów „z uwzględnieniem sytuacji w danym państwie i pod warunkiem przestrzegania prawa Wspólnoty".

47. Lecz swoboda państw członkowskich w tej sferze nie jest całkowita, bowiem art. 3 ust. 6 dyrektywy przewiduje kontrolę „wszystkich środków przyjętych dla realizacji zobowiązań o charakterze użyteczności publicznej [z zakresu usług publicznych], włączając w to ochronę odbiorcy i środowiska naturalnego, oraz o ich możliwym wpływie na konkurencję krajową i międzynarodową", o których państwa członkowskie muszą powiadamiać Komisję w trakcie wdrażania tego przepisu. Następnie państwa muszą powiadamiać co dwa lata o wszystkich wprowadzonych zmianach [31].

30 — Dyrektywa ogranicza się do wskazania, iż zobowiązania z zakresu usług publicznych tworzone są w imię wspomnianego interesu, przy czym mogą „odnosić się do bezpieczeństwa, włącznie z bezpieczeństwem dostaw, regularności dostaw, jakości i cen dostaw i ochrony środowiska, włącznie z efektywnością energetyczną i ochroną klimatu". Nie zabrakło tych, którzy zakwalifikowali ten wykaz jako *numerus clausus* przyczyn w ramach „ogólnego interesu ekonomicznego", które mogą uzasadniać działania państwa (W. Geldhof, F. Vandendriessche, „Chapter 1: European Electricity and Gas Market Liberalisation. Background, Statuos, Developments", w: *EU Energy Law and Policy Issues*, red. B. Delvaux, M. Hunt, K. Talus, Euroconfidentiel, s. 48, którzy ze swej strony powołują się na C.W. Jones, *op. cit.* s. 230). Jednakże, moim zdaniem, przepis ten wyszczególnia rodzaje działań, w których może okazać się konieczne nałożenie zobowiązań z zakresu usług publicznych, a nie wylicza okoliczności mogących być ich źródłem, aczkolwiek oba te aspekty są ściśle powiązane. Z art. 3 ust. 2 dyrektywy wynika, iż państwa członkowskie mogą nałożyć zobowiązania z zakresu usług publicznych w odniesieniu do ceny sprzedaży gazu, lecz sama ta wzmianka nie jest wystarczająca. W każdym przypadku należy sprawdzić, czy ma się do czynienia z zadaniem mieszczącym się w ramach ogólnego interesu gospodarczego.

31 — Komisja zdecydowała się sprecyzować wymogi dyrektywy w niewiążącej nocie, która służy częściowo dokończeniu kontroli ex ante zobowiązań z zakresu usług publicznych, które zostały zgłoszone przez państwa członkowskie („Note de la DG Energie et Transports sur les Directives 2003/54/CE et 2003/55/CE du marché interieur de l'électricité et du gaz natural. Document n'engageant pas la Commission", dostępnej na http://ec.europa.eu/energy/electricity/legislation/doc/notes_for_implementation_2004/public_service_obligations_fr.pdf). Starając się umocnić pozycję Komisji w ramach tych działań kontrolnych trzeci pakiet energetyczny proponuje, aby Komisja zatwierdzała wytyczne dla celów wdrażania art. 3 dyrektywy (art. 3 ust. 4 ww. wniosku dyrektywy zmieniającej dyrektywę 2003/55/WE, który wprowadza nowy ust. 7 w art. 3 dyrektywy 2003/55).

48. Ponadto sama dyrektywa zakreśla wystarczająco dokładne reguły nakładania zobowiązań z zakresu usług publicznych, które:

— powinny odpowiadać „ogólnemu interesowi ekonomicznemu";

— należy je tworzyć „przestrzegając w pełni odnośnych postanowień traktatu, w szczególności jego art. 86";

— powinny być jasno określone, przejrzyste i weryfikowalne;

— powinny być pozbawione cech dyskryminacji; oraz

— powinny gwarantować równość dostępu firm gazowniczych z Unii Europejskiej do odbiorców krajowych.

49. Istnienie uprawnień Autorità per l'energia elettrica e il gas w zakresie taryf, sporne w niniejszej sprawie, uzależnione jest od przestrzegania tych reguł, co powinno zostać zweryfikowane przez sąd krajowy w oparciu o wykładnię dyrektywy dokonaną przez Trybunał Sprawiedliwości [32].

50. Należy zatem zastanowić się zarówno nad wymogiem „ogólnego interesu ekonomicznego" (C), odnosząc się do traktatu WE, a w szczególności do jego art. 86 (D), ale również do jego niedyskryminacyjnego charakteru (E).

C — *Potrzeba rozsądnych cen jako podstawa „ogólnego interesu ekonomicznego"*

51. To, czy istnienie „ogólnego interesu ekonomicznego" uzasadnia zobowiązania z zakresu usług publicznych stanowi pierwszy sporny aspekt niniejszej sprawy.

52. Jak słusznie twierdzi Komisja w swoich pisemnych uwagach [33], podwójne odniesienie się w art. 3 ust. 2 dyrektywy do art. 86 WE

32 — Zgodnie z art. 3 ust. 6 dyrektywy, środki te należy zgłaszać Komisji, co uczynił rząd włoski po uprzednim zwróceniu się do niego przez Komisję w tym celu (pisemne uwagi Komisji, pkt 42).

33 — Punkt 38.

i do „ogólnego interesu ekonomicznego" oznacza, iż zobowiązania, o których mowa w tym przepisie, odpowiadają tym, które dotyczą przedsiębiorstw zobowiązanych do świadczenia „usług w ogólnym interesie gospodarczym" w rozumieniu wspomnianego artykułu traktatu WE [34].

53. Trybunał Sprawiedliwości uznał za służący ogólnemu interesowi gospodarczemu zróżnicowany zespół usług takich jak dystrybucja wody [35], gazu [36] i energii elektrycznej [37], odbieranie i doręczanie poczty na całym terytorium kraju [38], zarządzanie nierentownymi liniami lotniczymi [39], przewozy pogotowia ratunkowego [40] lub działalność hurtowni farmaceutycznych [41], żeby wymienić tylko niektóre przykłady. Trudno jest wyciągnąć z tych orzeczeń [42] jednoznaczną i dokładną koncepcję. Dyrektywa, traktat WE i orzecznictwo mają swe źródło w tej samej idei równowagi pomiędzy rynkiem a regulacją, pomiędzy konkurencją a względami interesu ogólnego, oraz są również, moim zdaniem, zgodne w odniesieniu do nałożenia na państwa członkowskie obowiązku zdefiniowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, które powinny podlegać ochronie, bez uszczerbku dla uprawnień organów wspólnotowych (w szczególności Trybunału Sprawiedliwości) do kontroli takich decyzji i zakazywania nadużyć [43].

54. Jeżeli zamierza się szukać jakiegoś elementu wspólnego, należałoby przypomnieć słynne ustawy Rollanda, na które pośrednio powołują wyroki w sprawach Corbeau [44] oraz Almelo i in. [45], wskazując przesłanki

34 — Sformułowanie „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym" nawiązuje do usług o charakterze gospodarczym, do świadczenia których państwo członkowskie zobowiązuje ze względu na pewien interes ogólny (E. Szyszczak, *The Regulation of the State in Competitive Markets in the EU*, Wyd. Hart, 2007, s. 211). Brzmienie art. 3 ust. 2 dyrektywy stanowi, według słów Lageta-Annamayera, efekt skrzyżowania „francuskiego pojęcia usługi publicznej ze wspólnotowym pojęciem »usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym«" (A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité,* Wyd. Bruylant, Bruksela 2002, s. 98).

35 — Wyrok z dnia 8 listopada 1983 r. w połączonych sprawach od 96/82 do 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 i 110/82 NV IAZ International Belgium i in., Rec. s. 3369.

36 — Wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-159/94 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-5815.

37 — Wyrok z dnia 27 kwietnia 1994 r. w sprawie C-393/92 Almelo i in., Rec. s. I-1477.

38 — Wyroki: z dnia 19 maja 1993 r. w sprawie C-320/91 Corbeau, Rec. s. I-2533, z dnia 10 lutego 2000 r. w sprawie C-147/97 Deutsche Post AG, Rec. s. I-825 oraz z dnia 17 maja 2001 r. w sprawie C-340/99 TNT Traco, Rec. s. 4109.

39 — Wyrok z dnia 11 kwietnia 1989 r. w sprawie 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro, Rec. s. 803.

40 — Wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-475/99 Firma Ambulanz Glöckner, Rec. s. I-8089.

41 — Wyżej wymieniony wyrok w sprawie Ferring.

42 — Wszystkie wyroki zresztą odnoszą się do przedsiębiorstw posiadających uprawnienia wyłączne i specjalne, a nie do podmiotów, które działają w sektorach zliberalizowanych, ani też do tych, na które nakładane są zobowiązania w zakresie usług publicznych. Ich zastosowanie w niniejszej sprawie powinno zatem brać pod uwagę ten szczególny kontekst, w chwili obecnej nie znajdujący odbicia w orzecznictwie.

43 — Do koncepcji tej odnosi się również art. 16 WE, zgodnie z którym „bez uszczerbku dla artykułów 73, 86 i 87 oraz zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również ich znaczenie we wspieraniu jej spójności społecznej i terytorialnej, Wspólnota i państwa członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania niniejszego traktatu, zapewniają, aby te usługi funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, które pozwolą im wypełniać ich zadania". Przepis ten wprowadzono w Amsterdamie, w trakcie procesu liberalizacji sektorów strategicznych, jako rezultat „głębokiej troski o pewne sfery socjalne z uwagi na liberalne odchylenie przyjęte na stopniu europejskim" (D. Sarmiento, „La recepción en el derecho de la Unión Europea y en su jurisprudencia de las técnicas de regulación económica",w: *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación,* red. S. Muñoz Machado, J. Esteve Pardo, Wyd. Iustel, Fundación Ortega y Gasset 2009, s. 259).

44 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 15.

45 — Wyżej wymieniony wyrok, pkt 48. Tak samo wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-159/94 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-5815, pkt 57.

świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym: w nieprzerwany sposób (ciągłość); na rzecz wszystkich użytkowników oraz na całym stanowiącym punkt odniesienia terytorium (powszechność); według jednolitych taryf i o podobnej jakości; bez uwzględniania sytuacji poszczególnych osób, ani stopnia rentowności ekonomicznej poszczególnych transakcji (równość).

55. Ciągłość, powszechność i równość. Do klasycznych reguł należy dziś dodać przejrzystość i ekonomiczną dostępność usługi. Zatem dyrektywa 2003/55 narzuca ciągłość, powszechność i brak dyskryminacji w działalności polegającej na dostawie gazu [46], lecz służy również ochronie prawa odbiorców „do dostaw gazu ziemnego o określonej jakości po rozsądnych cenach" (motyw dwudziesty szósty). Stąd wynika możliwość ingerencji w cenę dostawy, której dotyczy art. 3 ust. 2 dyrektywy.

56. Z uwag tych należy wywieść, iż cel, jakim jest uniknięcie niepożądanych i nieproporcjonalnych podwyżek cen na szkodę konsumentów stanowi podstawę „ogólnego interesu ekonomicznego", która, jeżeli zachodziłyby pozostałe przesłanki wskazane w dyrektywie, uzasadniałaby interwencję publiczną w zakresie taryf dostawy gazu ziemnego.

D — *Test proporcjonalności i poszanowanie interesów wspólnotowych*

57. Druga przesłanka odnosi się w całości do traktatu WE, a w szczególności do jego art. 86.

58. Duże znaczenie ma w niniejszej sprawie ust. 2 przywołanego art. 86 WE, który służy, jak opisuje orzecznictwo, „pogodzeniu interesu państw członkowskich w wykorzystywaniu niektórych przedsiębiorstw sektora publicznego jako instrumentu polityki gospodarczej lub podatkowej z interesem Wspólnoty w przestrzeganiu przepisów dotyczących konkurencji i utrzymaniu jedności rynku wspólnego" [47].

59. Zgodnie z tym przepisem, „przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie

46 — Potwierdzają to wykaz zobowiązań wymienionych w art. 3 ust. 2 oraz możliwość wyznaczenia „dostawcy z urzędu" (art. 3 ust. 3).

47 — Wyrok z dnia 19 marca 1991 r. w sprawie C-202/88 Francja przeciwko Komisji, Rec. s. I-1223, pkt 12.

gospodarczym" podlegają traktatowi WE i jego regułom dotyczącym konkurencji pod warunkiem, iż ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych oraz, w każdym przypadku, rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty.

60. W niniejszej sprawie wypada zbadać: po pierwsze, czy interwencja w zakresie taryf dostawy gazu stanowi środek niezbędny dla zapewnienia „rozsądnych cen" (tak zwana kontrola proporcjonalności) i, po drugie, czy działanie to narusza „interes Wspólnoty".

1. Test proporcjonalności

61. Treść wyżej wspomnianego fragmentu postanowienia, na mocy którego wyjątek od zasad rynkowych nie może stanowić faktycznej lub prawnej przeszkody w wykonywaniu zadań leżących w ogólnym interesie gospodarczym, wprowadza do sporu tzw. „test proporcjonalności", prawdziwy klucz do art. 86 ust. 2 WE, który ułatwia jego zastosowanie.

a) Orzecznictwo

62. Wyrok w sprawie Sacchi obudził rosnące oczekiwania wobec tego postanowienia, pozostawiając w rękach państw udowodnienie, iż swobodna konkurencja stanowi nie do przezwyciężenia przeszkodę w wykonywanie funkcji przypisanej danemu podmiotowi [48]. Następnie, w wyroku w sprawie Höfner stwierdzono, iż traktat WE nie stoi na przeszkodzie zadaniu przypisanemu publicznemu urzędowi ds. zatrudnienia, „jeżeli nie jest on przygotowany na zaspokajanie popytu na rynku w tym zakresie" i toleruje sytuację, kiedy inne spółki naruszają jego prawa wyłączne [49].

63. Jednakże do momentu wydania ww. wyroku w sprawie Corbeau zasada proporcjonalności nie pojawia się w rozumowaniu Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku w sprawie Corbeau, i znacznie później, w ww. wyroku w sprawie Almelo i in., uznano za niedopuszczalne wyjątki od zasad rynkowych niezbędnych w celu zapewnienia „równowagi ekonomicznej" usługi, w oparciu o względny ciężar usług dochodowych i usług niedochodowych.

64. Następnie trzy orzeczenia dotyczące wyłącznych praw na import i eksport energii przyznanych w Niderlandach, Włoszech

48 — Wyrok z dnia 30 kwietnia 1974 r. w sprawie 155/73, Rec. s. 409. W tym samym znaczeniu zobacz wyrok z dnia 11 kwietnia 1989 r. w sprawie 66/86 Ahmed Saeed Flugreisen i Silver Line Reisebüro, Rec. s. 803.

49 — Wyrok z dnia 23 kwietnia 1991 r. w sprawie C-41/90 Höfner i Elser, Rec. s. 1979, pkt 25.

i Francji [50] dostarczyły kolejnych szczegółów. Z jednej strony, czynią one aluzję do proporcjonalności w ramach art. 86 WE, umożliwiając powołanie się na ust. 2 tego artykułu „w celu uzasadnienia przyznania przez państwo członkowskie przedsiębiorstwu zobowiązanemu do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym praw wyłącznych [...] ilekroć wykonywanie zadania, które mu powierzono łączy się z przyznaniem takich praw oraz pod warunkiem, iż rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Wspólnoty" [51]. Z drugiej strony, w wyrokach tych dodano, iż do tego, aby postanowienia traktatowe nie miały zastosowania wystarczy, aby uniemożliwiały one „faktycznie lub prawnie poszanowanie szczególnych zobowiązań tego przedsiębiorstwa. Nie jest niezbędnym, aby zdolność do przetrwania tego przedsiębiorstwa była zagrożona" [52] oraz, aczkolwiek ciężar dowodu spoczywa na danym państwie członkowskim, nie można wymagać od niego udowodnienia, „iż, hipotetycznie, żaden inny dostępny środek nie zapewniłby świadczenia wspomnianych zadań w tych samych warunkach" [53].

65. Z orzecznictwa wynika, iż zasady konkurencji z art. 86 WE należy uchylić jedynie wtedy, jeżeli byłoby to konieczne do wykonania zadania w ramach spornego interesu ogólnego, pozostawiając ocenę takich okoliczności państwom członkowskim stosownie do ich polityki krajowej i z poszanowaniem traktatu WE.

b) Zastosowanie orzecznictwa w spornej sprawie

66. Rząd włoski zdecydował się, za pomocą dekretu z mocą ustawy, nadać krajowemu urzędowi regulacji uprawnienie do interweniowania w taryfy dostawy gazu ziemnego, podnosząc argumenty braku rzeczywistej konkurencji na krajowym rynku gazu oraz wzrostowej tendencji ceny produktów naftowych na rynkach międzynarodowych.

67. Moim zdaniem, takie okoliczności zewnętrzne jak opisane mogłyby ewentualnie utrudniać realizację „ogólnego interesu ekonomicznego" opartego na zapewnieniu dostawy gazu po rozsądnych cenach, uzasadniając ingerencję państwa w swobodną grę reguł rynkowych.

68. Komisja w swoim przywołanym już komunikacie z dnia 10 stycznia 2007 r. uznaje,

50 — Wyroki z dnia 23 października 1997 r.: w sprawie C-157/94 Komisja przeciwko Niderlandom, Rec. s. I-5699; w sprawie C-158/94 Komisja przeciwko Włochom, Rec. s. I-5789 oraz w sprawie C-159/94 Komisja przeciwko Francji, Rec. s. I-5815. Czwarta skarga o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego przeciwko Hiszpanii została oddalona (wyrok z dnia 23 października 1997 r. w sprawie C-160/94 Komisja przeciwko Hiszpanii, Rec. s. I-5851).

51 — Wyżej wymienione wyroki w sprawach: Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 32; Komisja przeciwko Włochom, pkt 43 oraz Komisja przeciwko Francji, pkt 49.

52 — Wyżej wymienione wyroki w sprawach: Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 43 oraz Komisja przeciwko Francji, pkt 59. Również wyroki: ww. wyrok w sprawie TNT Traco, pkt 54 oraz wyrok z dnia 15 listopada 2007 r. w sprawie C-162/06 International Mail Spain, Zb.Orz. s. I-9911, pkt 35.

53 — Wyżej wymienione wyroki w sprawach: Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 58; Komisja przeciwko Włochom, pkt 54 oraz Komisja przeciwko Francji, pkt 101.

iż „dotychczasowe doświadczenia wykazały, że ceny hurtowe energii ulegają znacznym wahaniom. Pojawia się w związku z tym pytanie, czy i w jakim stopniu odbiorcy końcowi, w tym konsumenci najubożsi, powinni być narażeni na tego typu zmiany cen". Z zaniepokojeniem dodaje przy tym, iż „mimo że kontrola cen uniemożliwia wysyłanie do klientów odpowiednich sygnałów cenowych dotyczących przyszłych kosztów, regulacje dotyczące cen docelowych mogą być konieczne dla ochrony konsumentów w pewnych konkretnych sytuacjach, na przykład podczas okresu przejściowego przy przechodzeniu do efektywnej konkurencji". Zatem, „środki te muszą być zrównoważone, tak by nie zapobiegać otwarciu rynku, nie przyczyniać się do dyskryminacji między unijnymi dostawcami energii, nie zwiększać zakłóceń czy ograniczać powtórnej sprzedaży" [54].

69. Zatem interwencja ta musi być proporcjonalna w stosunku do zakładanego celu, z czego zgodnie z orzecznictwem wynika, iż nie może ona przekraczać tego, co jest niezbędne do osiągnięcia danego celu w ramach „ogólnego interesu gospodarczego": w niniejszej sprawie chodzi o miarkowanie cen. Aby przeprowadzić do końca wspomniany test proporcjonalności, należy wykorzystać jako wskazówki następujące kryteria wynikające z przytoczonego orzecznictwa:

54 — Punkt 2.6.2.

i) Przejściowość i możliwość dostosowania

70. Czasowy charakter tego środka jest, moim zdaniem, pierwszym i głównym skutkiem zasady proporcjonalności, bowiem wyjątek od reguł rynku wewnętrznego traci swe uzasadnienie, kiedy zmienia się sytuacja: jeżeli na rynku hurtowym pojawią się konkurenci lub jeżeli ustabilizują się ceny. Ewentualne uprawnienia w zakresie określania taryf przyznane na czas nieokreślony naruszałyby zatem tę regułę [55], lecz nie wymaga to ustalania daty wygaśnięcia tych uprawnień. Ponadto możliwość dostosowania ich do nowej sytuacji i okresowa aktualizacja [56] stanowią aspekty, które należy ocenić pozytywnie.

ii) Treść

71. Po drugie, należy rozważyć treść spornych działań. Zatem, jeżeli zamierza się uniknąć sytuacji, w której kwota, jaką płaci końcowy odbiorca gazu ziemnego, wzrasta nadmiernie z uwagi na wzrost cen ropy naftowej, interwencja publiczna musi ograniczać

55 — To jest prawdopodobnie przyczyna, dla której w trakcie parlamentarnej procedury zatwierdzania podkreślono przejściowy charakter uprawnienia przyznanego Autorità.

56 — Zdaniem rządu włoskiego czyni się to kwartalnie (pkt 60 pisemnych uwag).

się do składnika ceny sprzedaży związanego z tym surowcem [57].

iii) Adresaci

72. Po trzecie, proporcjonalność zobowiązuje do ograniczenia adresatów decyzji państwa. Obowiązkowe zastosowanie taryf przeznaczonych dla użytkowników komercyjnych (którzy nie są rodzinami lub „odbiorcami będącymi gospodarstwami domowymi") wykraczają poza cel, jakim jest ochrona konsumentów, będący ostatecznie podstawą interwencji publicznej na tym rynku. W niniejszej sprawie należałoby ustalić, czy kategoria „odbiorców będących gospodarstwami domowymi", o której mowa w dekrecie z mocą ustawy, posiada ten charakter. Skarżące w postępowaniu przed sądem krajowym i rząd włoski przedstawili w tym zakresie na rozprawie odmienne stanowiska. Do sądu krajowego należy ustalenie, czy na podstawie uregulowania włoskiego i, przede wszystkim, decyzji Autorità nr 64/09, ochrona w sferze taryf ma zastosowanie do przedsiębiorstw; jeżeli to stwierdzi, należałoby rozumieć, iż interwencja ta jest nieproporcjonalna, a zatem sprzeczna z prawem wspólnotowym.

73. Federutility, Assogas i Libarna zarzucają również rozszerzenie stosowania „cen referencyjnych" poza kategorię „odbiorców słabych ekonomicznie" zawartą w art. 3 ust. 3 dyrektywy. Przepis ten wyraża szczególną troskę o tę grupę osób (w dalszej kolejności odnosi się do odległych odbiorców), lecz czyni to w ramach ogólnego zobowiązania do ochrony konsumentów. Zatem ani ze wspomnianego ust. 3, ani z poprzedzającego go ust. 2 nie wynika, iż zobowiązania w zakresie usług publicznych muszą opierać się wyłącznie na solidarności społecznej.

iv) Porównanie z innymi środkami

74. Po czwarte, należy wybrać, spośród wszystkich dostępnych środków taki, który jest najmniej uciążliwy dla swobodnej konkurencji. Orzecznictwo przyznało w tym zakresie szeroki margines manewru państwom członkowskim, od których nie można żądać przeprowadzenia dowodu negatywnego, probatio diabolica, iż „żaden inny, dostępny środek nie zapewniłby świadczenia wspomnianych zadań w tych samych warunkach" [58]. W wyroku w sprawie Albany [59] Trybunał zaakceptował zatem pogląd, iż władze skłaniają się ku rozwiązaniom najmniej ograniczającym konkurencję.

57 — Komisja (pkt 56) utrzymuje, iż ma to miejsce we Włoszech, podobnie jak ma to miejsce w przypadku pozostałych kwestii, musi to zostać potwierdzone przez sąd krajowy.

58 — Zobacz ww. wyroki w sprawach: Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 58; Komisja przeciwko Włochom, pkt 54 oraz Komisja przeciwko Francji, pkt 101.

59 — Wyrok z dnia 21 września 1999 r. w sprawie C-67/96, Rec. s. I-5751, pkt 99, 104.

75. Federutility twierdzi, iż państwo włoskie chroni jakość i cenę dostawy (oraz pewność i regularność) poprzez wyznaczenie dostawcy z urzędu. Do sądu włoskiego zaś należy zbadanie, czy interwencja w zakresie taryf i usługa powszechna (przewidziana w art. 3 ust. 3 dyrektywy) zmierzają do tego samego celu, czy też służą odmiennym i uzupełniającym się celom.

76. Analiza porównawcza dokonana przez Komisję na podstawie art. 3 ust. 6 dyrektywy mogłaby zostać wykorzystana do przeprowadzenia tego typu kontroli poprzez porównanie środków zastosowanych w różnych państwach członkowskich. Jednakże tego typu porównania trzeba dokonywać z najwyższą ostrożnością, bowiem sama dyrektywa nakazuje, „aby wymogi usług o charakterze użyteczności publicznej [publicznych] mogły być interpretowane na poziomie kraju, z uwzględnieniem sytuacji w danym państwie i pod warunkiem przestrzegania prawa Wspólnoty".

2. Naruszenie „interesu Wspólnoty"

77. Niezależnie od opisanego testu proporcjonalności, art. 86 ust. 2 WE wymaga, aby przyjęty środek nie wpływał na handel w stopniu „pozostającym w sprzeczności z interesem Wspólnoty".

78. W trzech ww. wyrokach z dnia 23 października 1997 r. [60] Trybunał Sprawiedliwości nakazał Komisji zdefiniowanie tego interesu. Jednak, jak zwraca uwagę rzecznik generalny Léger w swojej opinii w sprawie Wouters i in. [61], rozstrzygnięcia te znajdują uzasadnienie w przepisach regulujących ciężar dowodu w postępowaniach o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego. Zgadzam się z moim dawnym kolegą, iż dokonanie oceny, że miał miejsce uszczerbek dla handlu wewnątrzwspólnotowego w rozumieniu wspomnianego art. 86 ust. 2 WE zakłada – przeciwnie do klasycznego pojęcia środka o skutku równoważnym do ograniczenia ilościowego – przeprowadzenie dowodu, że sporne działanie w istotny sposób zakłóciło funkcjonowanie rynku wewnętrznego.

79. W niniejszej sprawie sąd włoski musi wyjaśnić, czy ingerencja Autorità w ceny spowodowała to zakłócenie. W postanowieniu odsyłającym, w którym przedstawiono pytanie prejudycjalne, sąd ten podejrzewa negatywny wpływ „utrzymywania uregulowania służącego powstrzymywaniu wzrostu kosztu surowca" na chronione przez dyrektywę prawo do wyboru dostawcy. Musi on również zbadać,

60 — Zobacz ww. wyroki w sprawach: Komisja przeciwko Niderlandom, pkt 69; Komisja przeciwko Włochom, pkt 65 oraz Komisja przeciwko Francji, pkt 113.

61 — Opinia przedstawiona w dniu 10 lipca 2001 r. (wyrok z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie C-309/99, Rec. s. I-1577.

czy wyrządzono rzeczywistą szkodę oraz, czy, jak podniesiono [62], uniemożliwia to otwarcie rynku.

w zakresie konkurencji. Okoliczność ta – oraz obowiązywanie tego środka przez czas nieokreślony – przywiodło francuską Conseil constitutionnel do uznania za niekonstytucyjny przepisu prawa, który zobowiązywał „operatorów historycznych" do stosowania określonych taryf dla dostaw energii elektrycznej i gazu ziemnego [63].

E — *Brak dyskryminacyjnego charakteru zobowiązań w zakresie usług publicznych*

80. Stosownie do art. 3 ust. 2 dyrektywy, zobowiązania w zakresie usług publicznych, które są nakładane na spółki gazownicze, muszą być pozbawione dyskryminacyjnego charakteru.

81. Celem takiego zawartego w tym przepisie sformułowania jest, aby zobowiązania te wiązały w równym stopniu wszystkich operatorów z tego sektora, unikając w ten sposób umacniania się braku konkurencji.

82. Naruszałoby dyrektywę np. wprowadzenie „cen referencyjnych" wyłącznie w stosunku do operatora dominującego, co skutkowałoby powstaniem dodatkowych korzyści

83. Jednakże, nałożenie tych zobowiązań w sposób ogólny i niezróżnicowany również nie zapewnia przestrzegania zasady równości. Spółka Assogas wskazuje, iż decyzje Autorità skutkują brakiem równości traktowania pomiędzy tymi dostawcami gazu, którzy jednocześnie są hurtownikami, a tymi którzy hurtownikami nie są, bowiem, o ile jedni i drudzy zobowiązani są stosować ceny minimalne „referencyjne", nic nie uniemożliwia tym pierwszym zrekompensowania sobie strat poprzez wzrost kosztu surowca sprzedawanego tym drugim. Z akt niniejszej sprawy wynika, iż zamiarem Autorità było ograniczenie strat sprzedawców detalicznych poprzez przymuszenie do renegocjacji umów sprzedaży hurtowej [64]. Assogas wskazuje, iż to nie wystarcza, bowiem Autorità nie może ingerować w stosunki prywatnoprawne. Sąd odsyłający powinien zatem zbadać, czy miała miejsce dyskryminacja, która jest źródłem rzeczywistej szkody dla niektórych sprzedawców detalicznych gazu ziemnego.

62 — Pisemne uwagi Federutility, pkt 62.

63 — Orzeczenie nr 2006-543 z dnia 30 listopada 2006 r. Conseil constitutionnel uznał wspomniane taryfy dla operatorów historycznych za w oczywisty sposób niezgodne z liberalizacyjnymi celami dyrektyw wspólnotowych i nieznajdujące żadnego uzasadnienia w świadczeniu usług publicznych. W odniesieniu do tego orzeczenia zob. E. Schoettl, „Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'"énergie, w: *Petites affiches,* 395e année (2006), nr 244, s. 3-23.

64 — Pisemne uwagi Sorgenii, s. 6. Chodzi o środki o charakterze zachęt ekonomicznych do renegocjowania umów przyjęte w drodze decyzji Autorità nr 79/07 opisane w punktach 22, 23 pisemnych uwag rządu włoskiego.

F — *W przedmiocie zastosowania art. 3 ust. 3 dyrektywy w niniejszej sprawie*

84. Podczas, gdy art. 3 ust. 2 dyrektywy traktuje nakładanie zobowiązań w zakresie usług publicznych jedynie jako uprawnienie państw do działania „w ogólnym interesie", zgodnie z ust. 3 państwa podejmują szczególne zobowiązanie do „przyjęcia odpowiednich środków w celu ochrony odbiorców końcowych i zapewnienia wysokiego stopnia ochrony konsumenta".

85. Możliwość zastosowania w niniejszej sprawie wspomnianego ust. 3 pojawia się w niektórych pisemnych uwagach przedstawionych w niniejszym postępowaniu prejudycjalnym, zostaje ona jednak odrzucona za pomocą bardziej lub mniej trafnych argumentów.

86. Niektóre ze skarżących w postępowaniu przed sądem krajowym twierdzą, że sporne decyzje nie znajdują podstawy we wspomnianym ust. 3 ze względu na objęcie nimi wszystkich kategorii użytkowników, a nie jedynie tych „słabych ekonomicznie". Zarzut ten jest bezpodstawny, bowiem przepis ten nie ogranicza się do takich osób, chociaż wyraźnie się do nich odnosi w związku z objęciem ich szczególną ochroną.

87. Podzielam, podobnie jak Komisja, pogląd, iż decyzje, jakie rządy krajowe muszą podjąć z uwagi na art. 3 ust. 3 dyrektywy „nie odnoszą się bezpośrednio do określania zobowiązań taryfowych, bowiem bardziej właściwym przepisem jest ust. 2".

88. Jedynie pośrednio ust. 3 odnosi się do postanowień dotyczących cen dostawy gazu, włączając do załącznika A, do którego odsyła, potrzebę informowania konsumentów o ich prawie do „dostawy gazu ziemnego o określonej jakości, za rozsądne ceny" [lit. g)].

89. Interwencja w zakresie ceny dostawy stanowi zatem jedynie uprawnienie, regulowane przez ust. 2, a nie ust. 3.

90. Artykuł 3 ust. 3 wzmacnia uprawnienia państw członkowskich, zezwalając im na – a nawet nakazując – interwencje na rynku zliberalizowanym, takim jak gazowy, jeżeli istnieje rzeczywiste zagrożenie dla użytkowników, którego nie można wyeliminować środkami, o których mowa w ust. 2.

VII — Wnioski

91. Mając na względzie powyższe rozważania, proponuję Trybunałowi Sprawiedliwości udzielenie następującej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zadane przez Tribunale Amministrativo Regionale della Lombardia (Włochy):

„Wykładni art. 2 i 23 dyrektywy 2003/55/WE należy dokonywać w ten sposób, iż nie narusza ich przepis krajowy, który, uwzględniając szczególną sytuację rynku, wciąż charakteryzującego się utrzymującym się brakiem warunków dla »rzeczywistej konkurencji«, dopuszcza możliwość określania na drodze administracyjnej ceny referencyjnej gazu ziemnego, którą należy obowiązkowo zawrzeć w ofertach handlowych proponowanych odbiorcom będącym gospodarstwami domowymi, jeśli spełnione są przesłanki z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2003/55, a w szczególności:

— przyjmując przepis ten ustawodawca kierował się ogólnym interesem gospodarczym, np. potrzebą utrzymania cen na rozsądnym poziomie;

— przepis ten przechodzi tzw. »test proporcjonalności« w odniesieniu do jego obowiązywania, treści i adresatów;

— nie zakłóca on w istotny sposób funkcjonowania rynku wewnętrznego oraz

— nie powoduje on dyskryminacji niektórych operatorów z tego sektora".