Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 22 czerwca 2017 r.[1]

Sprawa C-413/15

Elaine Farrell
przeciwko
Alanowi Whitty'emu
Minister for the Environment, Irlandia i Attorney General
Motor Insurers Bureau of Ireland (MIBI)

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Supreme Court (sąd najwyższy, Irlandia)]

Definicja podmiotu działającego w imieniu państwa dla celów ustalenia odpowiedzialności państwa członkowskiego z tytułu braku prawidłowej transpozycji dyrektywy – Przesłanki pozwalające uznać podmiot prywatny za podmiot działający w imieniu państwa

1. Już od momentu, w którym Trybunał rozwinął doktrynę dotyczącą bezpośredniego skutku dyrektyw i uznał ją za mającą zastosowanie do „wertykalnych" sporów pomiędzy jednostką a państwem, ale odmówił rozszerzenia tej doktryny „horyzontalnie", tak aby objąć nią spory pomiędzy podmiotami prywatnymi, istotna stała się świadomość granic pojęcia „państwa" dla celów zastosowania doktryny dotyczącej wertykalnego skutku bezpośredniego. W niniejszym odesłaniu przedłożonym przez Supreme Court (sąd najwyższy, Irlandia) wzięto pod lupę tę kwestię. Czy Motor Insurers Bureau of Ireland (irlandzki organ wyłącznie odpowiedzialny za wypłatę odszkodowań na rzecz wnioskodawców, którzy zostali poszkodowani w wypadkach drogowych z winy nieubezpieczonych lub niezidentyfikowanych kierowców; zwany dalej „MIBI") stanowi „podmiot działający w imieniu państwa" w rozumieniu kryterium określonego w wyroku Foster i in. (zwanym dalej „wyrokiem Foster")[2]? Jeżeli tak, to MIBI, a nie podmioty reprezentujące państwo w postępowaniu głównym, [a mianowicie Minister for the Environment (zwany dalej „ministrem"), Irlandia, oraz Attorney General], ponosi odpowiedzialność z tytułu wypłaty odszkodowania na rzecz osoby poszkodowanej w wypadku drogowym z udziałem kierowcy, który legalnie, w myśl przepisów prawa krajowego, był nieubezpieczony, ze względu na brak dokonania przez Irlandię prawidłowej i terminowej transpozycji przepisów prawa Unii przewidujących wymóg, zgodnie z którym wszyscy pasażerowie pojazdów mechanicznych powinni być objęci ubezpieczeniem kierowcy tego pojazdu.

1 Język oryginału: angielski.

2 Wyrok z dnia 12 lipca 1990 r., C-188/89, EU:C:1990:313.

Ramy prawne

Prawo Unii

2. Począwszy od 1972 r., szereg dyrektyw Rady regulujących kwestię obowiązku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z ruchem pojazdów mechanicznych miało na celu zapewnienie, by równolegle ze złagodzeniem przepisów dotyczących ruchu podróżnych osoby poszkodowane w wypadkach drogowych miały gwarancję wypłaty odszkodowania. W tym celu (dość uciążliwy) uprzednio istniejący system „zielonej karty" został stopniowo zastąpiony szczególnym systemem unijnym. Na mocy kolejnych dyrektyw stopniowo rozszerzano charakter i zakres obowiązkowej ochrony ubezpieczeniowej [3].

3. Chociaż art. 2 dyrektywy Rady 72/166/EWG (zwanej dalej „pierwszą dyrektywą w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych") [4] nakładał na państwa członkowskie wymóg odstąpienia od systematycznego kontrolowania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej pojazdów normalnie przebywających na terytorium innego państwa członkowskiego, to art. 3 ust. 1 zawierał zalecenie, zgodnie z którym każde państwo członkowskie „[…] podejmie wszelkie stosowne środki, aby zapewnić, że odpowiedzialność cywilna odnosząca się do ruchu pojazdów normalnie przebywających na jego terytorium jest objęta ubezpieczeniem". W art. 3 ust. 1 przewidziano także, że „zakres pokrycia szkód oraz warunki ubezpieczenia zostaną ustalone w ramach tych środków".

4. W dyrektywie Rady 84/5/EWG (zwanej dalej „drugą dyrektywą w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych") [5] uznano, że pomiędzy ustawodawstwami różnych państw członkowskich wciąż istnieją poważne rozbieżności co do zasięgu tego obowiązku ubezpieczenia [6] oraz, w szczególności, wskazano na konieczność „ustanowieni[a] instytucji, która zagwarantuje, iż poszkodowany nie zostanie pozbawiony odszkodowania w przypadku, kiedy pojazd, który spowodował wypadek, jest nieubezpieczony lub niezidentyfikowany" [7].

5. Artykuł 1 ust. 1 wymagał, by „ubezpieczenie, o którym mowa w art. 3 ust. 1 [pierwszej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych] pokrywa[ło] obowiązkowo zarówno szkody majątkowe, jak i uszkodzenia ciała".

6. Artykuł 1 ust. 4 w pierwszych dwóch akapitach przewiduje, co następuje:

„Każde państwo członkowskie utworzy lub upoważni instytucję mającą za zadanie wypłacanie odszkodowań, co najmniej w granicach obowiązkowego ubezpieczenia szkód majątkowych i uszkodzeń ciała spowodowanych przez pojazd niezidentyfikowany lub taki, w stosunku do którego nie wypełniono obowiązku ubezpieczenia, o którym mowa w ust. 1. Przepis ten nie narusza prawa państw członkowskich do uznawania odszkodowania wypłacanego przez tę instytucję jako pomocnicze lub główne, a także istnienia możliwości zawarcia ugody między tą instytucją i odpowiedzialnym lub odpowiedzialnymi za spowodowanie wypadku i innymi zakładami ubezpieczeń lub instytucjami

3 W celu zapoznania się z ewolucją koncepcji ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w związku z ruchem pojazdów mechanicznych w Unii Europejskiej zob. wyrok z dnia 11 lipca 2013 r., *Csonka i in.*, C-409/11, EU:C:2013:512, pkt 26–38, i przytoczone tam orzecznictwo.

4 Dyrektywa z dnia 24 kwietnia 1972 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów mechanicznych i egzekwowania obowiązku ubezpieczania od takiej odpowiedzialności (Dz.U. 1972, L 103, s. 1, wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 6, t. 2, s. 10), zmieniona trzecią dyrektywą trzecią dyrektywą Rady z dnia 14 maja 1990 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ubezpieczenia w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów mechanicznych („trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych") (Dz.U. 1990, L 129, s. 33).

5 Druga dyrektywa Rady z dnia 30 grudnia 1983 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ubezpieczenia w zakresie odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów silnikowych (Dz.U. 1984, L 8, s. 17), zmieniona później trzecią dyrektywą w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych.

6 Zobacz motyw trzeci.

7 Zobacz motyw szósty.

zabezpieczenia społecznego, zobowiązanymi do wypłaty odszkodowań poszkodowanemu w związku z tym samym wypadkiem. Jednakże państwa członkowskie nie mogą zezwolić temu organowi na uzależnienie wypłaty odszkodowania od wykazania przez poszkodowanego w jakikolwiek sposób, że osoba ta jest niezdolna do zapłaty odszkodowania lub odmawia jego wypłacenia.

Poszkodowany może w każdym przypadku zwrócić się bezpośrednio do instytucji, która, na podstawie informacji dostarczonych na jej żądanie przez poszkodowanego, jest zobowiązana do udzielenia mu uzasadnionej odpowiedzi odnośnie [do] wypłacenia odszkodowania.

[…]".

7. Trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych") wskazywała, że nadal występują istotne różnice w zakresie tej ochrony ubezpieczeniowej[8] oraz że poszkodowanym w wypadkach pojazdów mechanicznych należy zagwarantować porównywalne traktowanie, bez względu na to, gdzie (na obszarze Unii) wypadek miał miejsce[9]. W dyrektywie wskazano, że „w szczególności istnieją luki w obowiązkowym ubezpieczeniu pasażerów pojazdów mechanicznych w niektórych państwach członkowskich" oraz że „aby chronić tę szczególnie zagrożoną grupę potencjalnych poszkodowanych, powinno się wypełnić te luki"[10]; wskazano także szereg koniecznych usprawnień w sposobie, w jaki funkcjonować ma jednostka utworzona w celu wypłacania odszkodowań osobom poszkodowanym w wypadkach spowodowanych przez pojazd nieubezpieczony lub niezidentyfikowany[11].

8. Artykuł 1 stanowi:

„Bez uszczerbku dla art. 2 ust. 1 akapit drugi [drugiej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych][12] ubezpieczenie, określone w art. 3 ust. 1 [pierwszej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych], obejmuje odpowiedzialność z tytułu uszkodzenia ciała wszystkich pasażerów, innych niż kierowca, wynikającą z ruchu pojazdu.

[…]".

9. W myśl art. 6 ust. 2 trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych terminem przewidzianym dla Irlandii na dokonanie transpozycji art. 1 tej dyrektywy do prawa krajowego był dzień 31 grudnia 1998 r. w odniesieniu do pasażerów (jadących na tylnym siodełku) motocykli oraz dzień 31 grudnia 1995 r. w odniesieniu do innych pojazdów.

Prawo irlandzkie

10. Sekcja 56 Road Traffic Act 1961 (ustawy z 1961 r. o ruchu drogowym, zwanej dalej „irlandzką ustawą z 1961 r."), w brzmieniu obowiązującym w czasie zaistnienia okoliczności faktycznych badanych w postępowaniu głównym, wymagała, aby każdy użytkownik pojazdu mechanicznego był objęty ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej za szkody na osobie lub szkody majątkowe wyrządzone

8 Motyw trzeci.

9 Motyw czwarty.

10 Motyw piąty.

11 Zobacz w szczególności motywy: ósmy, dziewiąty, dziesiąty i dwunasty.

12 Artykuł 2 ust. 1 akapit *pierwszy* stanowi, że każdy przepis prawny lub postanowienie umowne, które zmierzają do wyłączenia z zakresu ubezpieczenia użytkowania pojazdu przez określone grupy osób, będą, dla celów art. 3 ust. 1 pierwszej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych, uznane za bezskuteczne w stosunku do roszczeń osób trzecich poszkodowanych w wypadku. Jednakże akapit *drugi* przewiduje, że „przepis lub postanowienie, o których mowa [w akapicie pierwszym], mogą być powoływane przeciwko osobom, które dobrowolnie zajęły miejsce w pojeździe, który spowodował szkodę, jeśli zakład ubezpieczeń udowodni, że wiedziały one o tym, że pojazd ten został skradziony". Według mojej wiedzy nic nie wskazuje na to, że przepis ten jest istotny dla okoliczności faktycznych rozpatrywanych w postępowaniu głównym.

osobom trzecim na drodze publicznej. Jednakże zgodnie z sekcją 65 ust. 1 ochrona ubezpieczeniowa nie była wymagana w odniesieniu do „osób nieobjętych". Wobec tego w szczególności kierowcy pojazdów dostawczych niewyposażonych w tylne siedzenia nie podlegali obowiązkowi posiadania ubezpieczenia od niewłaściwego prowadzenia pojazdu [13].

11. Zgodnie z sekcją 78 ubezpieczyciele zawierający umowy ubezpieczeń komunikacyjnych w Irlandii muszą należeć do MIBI. Będąc członkami MIBI, w praktyce są oni także związani porozumieniami zawartymi pomiędzy MIBI a Irlandią [14].

MIBI [15]

12. Motor Insurers Bureau of Ireland ma za zadanie rozpatrywać w szczególności roszczenia odszkodowawcze w sytuacjach, gdy kierowca pojazdu ponosi odpowiedzialność, ale nie jest ani ubezpieczony, ani nie posiada środków, z których mógłby wypłacić odszkodowanie osobie poszkodowanej w wypadku drogowym. Motor Insurers Bureau of Ireland utworzono w listopadzie 1954 r. [16], w następstwie porozumienia zawartego pomiędzy Department of Local Government a towarzystwami ubezpieczeniowymi zajmującymi się ubezpieczeniami komunikacyjnymi w Irlandii. Motor Insurers Bureau of Ireland jest osobą prawną utworzoną zgodnie z prawem irlandzkim: spółką o odpowiedzialności ograniczonej gwarancją, jednak bez kapitału zakładowego.

13. Kilkakrotnie wprowadzano nowe wersje porozumienia pomiędzy Irlandią i ubezpieczycielami określającego zakres odpowiedzialności i uprawnienia MIBI. W sprawie będącej przedmiotem postępowania głównego istotne znaczenie ma porozumienie zawarte pomiędzy MIBI a Minister for the Environment w 1988 r. [17].. Zgodnie z jego art. 2 każda osoba dochodząca odszkodowania od nieubezpieczonego lub niezidentyfikowanego kierowcy może wystąpić z powództwem przeciwko MIBI. Tak więc MIBI może zostać pozwane przez osobę poszkodowaną zamierzającą powołać się na porozumienie pomiędzy Irlandią a ubezpieczycielami nawet pomimo tego, że osoba ta nie jest stroną tego porozumienia. Artykuł 4 zawiera zgodę MIBI na wypłatę odszkodowania osobom poszkodowanym w wypadkach spowodowanych przez nieubezpieczonych lub niezidentyfikowanych kierowców. Ponadto w przypadku gdy wyrok wydany przeciwko zidentyfikowanemu kierowcy nie zostanie w pełni wykonany w terminie 28 dni, obowiązek zapłaty powstaje po stronie MIBI, pod warunkiem że ów wyrok dotyczy „odpowiedzialności za szkody na osobie lub szkody majątkowe, która powinna zostać objęta zatwierdzoną polisą ubezpieczeniową zgodnie z sekcją 56 [irlandzkiej ustawy z 1961 r.]". Zgodnie z postanowieniem odsyłającym w prawie publicznym nie ma przepisów prawnych pozwalających MIBI na występowanie w imieniu nieubezpieczonego lub niezidentyfikowanego kierowcy. Wszelkie uprawnienia lub obowiązki MIBI w tym zakresie opierają się na porozumieniu pomiędzy MIBI a ministrem.

14. W razie wypadku z udziałem nieubezpieczonego kierowcy MIBI stara się zawrzeć z nim umowę, na mocy której MIBI uzyskuje pełnomocnictwo odpowiadające temu, jakim dysponowałoby towarzystwo ubezpieczeniowe, gdyby kierowca był objęty ubezpieczeniem. Jeżeli dojdzie do zawarcia umowy, MIBI działa następnie w sposób zbliżony do tradycyjnego towarzystwa ubezpieczeniowego, obsługującego roszczenie w imieniu ubezpieczonego kierowcy: mianowicie MIBI albo zaspokoi roszczenie, albo

13 Obowiązkowa ochrona ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie obejmowała części pojazdu, które nie były przystosowane do przewozu pasażerów.

14 Zobacz pkt 19 poniżej.

15 Opis zawarty poniżej opiera się częściowo na postanowieniu odsyłającym oraz uwagach na piśmie przedłożonych przez strony, a częściowo na odpowiedziach udzielonych na pytania skierowane przez Trybunał podczas rozprawy.

16 Zgodnie z postanowieniem odsyłającym umowa spółki i statut MIBI pochodzą z czerwca 1946 r. Wydarzenia, które miały miejsce w okresie od tej daty do „utworzenia" spółki w listopadzie 1954 r. są niejasne, lecz jest mało prawdopodobne, aby miały one znaczenie w kontekście niniejszego postępowania. Należy także zauważyć, że wydaje się, iż MIBI zawiązano w dniu 26 października 1955 r.

17 W porozumieniu tym Minister for Transport zastąpił Minister for Local Government w charakterze strony porozumienia występującej w imieniu państwa. Porozumienie z 1988 r. obowiązywało w chwili wypadku E. Farrell.

skorzysta z subrogacji w celu obrony przed roszczeniem w sądzie. W przypadku gdy kierowca odmawia zawarcia takiej umowy, wydaje się, że pomimo tego MIBI zwyczajnie podejmuje działania w imieniu nieubezpieczonego kierowcy na podstawie uprawnień i obowiązków wynikających z porozumienia zawartego z ministrem na gruncie prawa prywatnego. W braku umowy z nieubezpieczonym kierowcą MIBI może jedynie dochodzić części wypłaconego odszkodowania lub zwrotu poniesionych kosztów poprzez wniesienie przeciwko temu kierowcy powództwa o bezpodstawne wzbogacenie. W przypadku gdy kierowcy nie można zidentyfikować, MIBI działa na mocy uprawnień wynikających z jego porozumienia z ministrem, ale nie będzie drugiej strony, od której można by dochodzić jakiejkolwiek części wypłaconego odszkodowania czy poniesionych kosztów.

15. Oprócz porozumienia z 1988 r. minister (działając w imieniu Irlandii) zawarł z ubezpieczycielami dwa kolejne porozumienia w dniach 31 marca 2004 r. i 29 stycznia 2009 r. Wspomniane dwa porozumienia nieznacznie zmieniają porozumienie z 1988 r. Według sądu odsyłającego w drodze tych porozumień prawo irlandzkie dostosowano do przepisów trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych. W szczególności porozumienia te korygują braki w prawie krajowym dotyczące obowiązku ubezpieczenia w odniesieniu do pasażerów podróżujących w tylnej części samochodów dostawczych niewyposażonych w siedzenia dla pasażerów (oraz pasażerów, którzy w rozsądny sposób powinni byli wiedzieć – w odróżnieniu od tych, którzy wiedzieli – że pojazd został ukradziony) [18].

16. Motor Insurers Bureau of Ireland nie otrzymuje wsparcia finansowego od rządu irlandzkiego. Źródłem finansowania są wyłącznie środki pochodzące od jego członków – czyli ubezpieczycieli zawierających umowy ubezpieczeń komunikacyjnych w Irlandii. Wspomniani ubezpieczyciele dokonują wpłat składek na fundusz ogólny, których wysokość ustalona jest na poziomie wymaganym dla realizacji faktycznych zobowiązań MIBI w ramach systemu [19]. W każdej konkretnej sprawie (w szczególności gdy nieubezpieczony kierowca był wcześniej ubezpieczony u możliwego do zidentyfikowania ubezpieczyciela, ale jego ubezpieczenie straciło ważność) dany ubezpieczyciel może stać się „ubezpieczycielem powiązanym”. W takim wypadku ubezpieczyciel ten przejmuje obowiązki MIBI i, w razie konieczności, wypłaca odszkodowanie oraz pokrywa koszty. Według sądu odsyłającego składki pobierane przez ubezpieczycieli z tytułu ubezpieczenia komunikacyjnego obejmują indywidualną ofertę cenową ubezpieczenia przygotowaną dla kierowcy, który ma zostać objęty ubezpieczeniem, oraz element odzwierciedlający koszt prognozowanej składki płaconej przez nich na rzecz MIBI. Wobec tego członkowie MIBI (tj. ubezpieczyciele) wspólnie finansują wypłatę odszkodowań dla osób poszkodowanych oraz zwrot kosztów postępowania poniesionych przez MIBI lub do których poniesienia MIBI jest zobowiązane, wraz z kosztami administracyjnymi MIBI. Rzeczywiste finansowanie zapewnia mechanizm opłat członkowskich, pobieranych od ubezpieczycieli proporcjonalnie do dochodu brutto z tytułu składek, jaki osiągają w związku z prowadzeniem działalności w zakresie ubezpieczeń komunikacyjnych w Irlandii (tj. od ich udziału w rynku w ujęciu wartościowym) [20].

18 Według mojej wiedzy nic nie wskazuje na to, że przepis ten jest istotny dla okoliczności faktycznych badanych w postępowaniu głównym.

19 W myśl art. 1 głównego porozumienia z dnia 10 marca 1955 r. pomiędzy Department of Local Government a towarzystwami ubezpieczeniowymi zajmującymi się ubezpieczeniami komunikacyjnymi, prowadzącymi na terenie Irlandii działalność w zakresie obowiązkowych ubezpieczeń komunikacyjnych, wspomniani ubezpieczyciele powołali organ pod nazwą Motor Insurers Bureau of Ireland, którego zostali członkami, zobowiązując się do zapewnienia wszelkich środków niezbędnych dla wykonywania obowiązków przez ten organ.

20 Regulation 16A(2) of the European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) (No 2) Regulations, 1991, [art. 16A ust. 2 rozporządzenia Wspólnot Europejskich z 1991 r. (nowelizacja) (nr 2) w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie] wprowadzone przez Regulation 10 of the European Communities (Non-Life Insurance) (Amendment) Regulations 1992 [art. 10 rozporządzenia Wspólnot Europejskich z 1992 r. (nowelizacja) w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie] zobowiązuje członków MIBI do finansowania tego organu oraz funduszu gwarancyjnego ustanowionego na mocy art. 1 ust. 4 drugiej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych w zakresie proporcjonalnym do ich dochodu brutto z tytułu składek. Wspomniane rozporządzenia są obecnie zasadniczo powielone przez Regulation 34(2) and (3) of the European Communities (Non-Life Insurance) Framework Regulations 1994 [art. 34 ust. 2 i 3 rozporządzenia ramowego Wspólnot Europejskich z 1994 r. w sprawie ubezpieczeń innych niż ubezpieczenia na życie].

17. Zmiany w umowie spółki i statucie MIBI można wprowadzić tylko za zgodą właściwego ministra. Według sądu odsyłającego nie jest to jednak żaden szczególny wymóg wynikający z konkretnych funkcji MIBI, ponieważ taki sam przepis obowiązuje wszystkie spółki o odpowiedzialności ograniczonej gwarancją na podstawie sekcji 28 Companies Act 1963 (ustawy o spółkach z 1963 r.).

18. Na gruncie sekcji 3 w związku z sekcjami 8 i 9 Insurance Act 1963 (ustawy o ubezpieczeniu z 1963 r.), aby prowadzić działalność ubezpieczeniową w Irlandii ubezpieczyciele muszą posiadać koncesję [21]. Zgodnie z sekcją 78 1961 Act (ustawy z 1961 r.) jednym z warunków posiadania tego rodzaju koncesji jest członkostwo w MIBI.

19. Co pewien czas niezbędne jest wprowadzanie zmian do porozumienia pomiędzy MIBI a ministrem (na przykład rozszerzenie kategorii ochrony ubezpieczeniowej w odniesieniu do ubezpieczeń komunikacyjnych, za które odpowiedzialność ponosi MIBI w przypadku, gdy kierowcy nie można zidentyfikować lub jest on nieubezpieczony). Sąd odsyłający wskazuje, że w sytuacji gdy ubezpieczyciel jest członkiem MIBI, ale nie wyraża zgody na zmianę warunków porozumienia pomiędzy MIBI a ministrem, ubezpieczyciel ten może zrezygnować z członkostwa w MIBI. W tym wypadku jednak ubezpieczyciel ten nie będzie już spełniać warunków posiadania koncesji, a tym samym nie będzie już uprawniony do prowadzenia działalności w zakresie ubezpieczeń komunikacyjnych w Irlandii.

Okoliczności faktyczne, postępowanie i pytania prejudycjalne

20. W dniu 26 stycznia 1996 r. E. Farrell podróżowała jako pasażerka samochodu dostawczego, którego właścicielem i kierowcą był A. Whitty. Pojazd ten nie był przeznaczony ani zaprojektowany do przewozu pasażerów z w jego tylnej części. Elaine Farrell siedziała na podłodze samochodu dostawczego w chwili, gdy A. Whitty stracił panowanie nad pojazdem. Została ona poszkodowana w wypadku. Alan Whitty nie był ubezpieczony. Na gruncie przepisów prawa irlandzkiego, obowiązujących w chwili zaistnienia tych zdarzeń, A. Whitty nie miał obowiązku posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności za uszkodzenia ciała powstałe w wyniku zaniedbania, jakich doznała E. Farrell. Należała ona do kategorii osób, którym, mimo że były objęte zakresem trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych i uprawnione do ochrony na gruncie tej dyrektywy, prawa takie nie przysługiwały w świetle prawa irlandzkiego. Chociaż trzecia dyrektywa w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych wprowadziła obowiązek posiadania tego rodzaju ubezpieczenia, to w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych sprawy ten aspekt rzeczonej dyrektywy nie został jeszcze transponowany do prawa irlandzkiego.

21. Elaine Farrell wniosła o odszkodowanie do MIBI.

22. Motor Insurers Bureau of Ireland oddaliło wniosek E. Farrell o odszkodowanie, ponieważ na gruncie prawa krajowego brak było wymogu posiadania ubezpieczenia z tytułu odpowiedzialności za uszkodzenia ciała, których doznała skarżąca.

23. Elaine Farrell dochodziła swojego roszczenia przed sądami irlandzkimi; High Court w sposób należyty złożył do Trybunału wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, w którym zwrócił się o wskazówki w przedmiocie wykładni trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych.

21 Sekcję 78 1961 Act (ustawy z 1961 r.) wprowadzono w drodze Regulation 9 of the European Communities (Road Traffic) (Compulsory Insurance) Regulations 1992 [art. 9 rozporządzenia Wspólnot Europejskich z 1992 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia w dziedzinie ruchu drogowego] ze skutkiem od dnia 20 listopada 1992 r. Określone „osoby wyłączone” (głównie organy państwowe) muszą zobowiązać się do rozpatrywania roszczeń zgłaszanych przez osoby trzecie na warunkach podobnych do tych, które zostały uzgodnione pomiędzy MIBI a ministrem.

24. W wyroku Farrell [22] Trybunał orzekł, że art. 1 trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych stoi na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu, zgodnie z którym obowiązkowe ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej posiadaczy pojazdów mechanicznych nie obejmuje odpowiedzialności za uszkodzenia ciała doznane przez osoby podróżujące w tej części pojazdu, której projekt ani konstrukcja nie obejmuje siedzeń dla pasażerów. Trybunał orzekł dalej, że przepis ten ma skutek bezpośredni. Jednakże w gestii sądu krajowego pozostawił ustalenie, czy możliwe jest powołanie się przez jednostkę na art. 1 trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych przeciwko podmiotowi takiemu jak MIBI [23].

25. Sąd odsyłający wyjaśnia, że E. Farrell otrzymała już odpowiednią kwotę tytułem odszkodowania [24]. Jednakże kwestią sporną pozostaje, która strona jest odpowiedzialna za pokrycie kosztów wypłaconego odszkodowania: MIBI czy Minister, Irlandia, oraz Attorney General (zwani łącznie państwem członkowskim). Sąd odsyłający staje na stanowisku, iż zależy to od tego, czy MIBI stanowi podmiot działający w imieniu Irlandii.

26. W tych okolicznościach sąd odsyłający zwraca się do Trybunału o wydanie rozstrzygnięcia w przedmiocie następujących pytań prejudycjalnych:

„1) Czy kryteria określone w [wyroku Foster], wymienione w jego pkt 20, służące ustaleniu, jakie podmioty uznaje się za działające w imieniu państwa członkowskiego, należy rozumieć w ten sposób, że poszczególne przesłanki stosuje się:

a) łącznie, czy

b) rozdzielnie?

2) W zakresie, w jakim odrębne kwestie, o których mowa w [wyroku Foster] można ewentualnie uznać za czynniki, które powinny zostać należycie uwzględnione przy dokonywaniu kompleksowej oceny, nasuwa się pytanie, czy istnieje podstawowa zasada dotycząca odrębnych czynników wskazanych w tym wyroku, którą sąd powinien stosować w toku rozumowania dotyczącego oceny, czy określona jednostka jest podmiotem działającym w imieniu państwa?

3) Czy dla uznania, że określona jednostka jest podmiotem działającym w imieniu państwa członkowskiego wystarczy, aby państwo członkowskie przekazało jej szeroki zakres odpowiedzialności w oczywistym celu wypełniania zobowiązań wynikających z prawa Unii, czy też konieczne jest ponadto, aby jednostka ta dodatkowo a) posiadała szczególne uprawnienia lub b) działała pod bezpośrednią kontrolą lub nadzorem tego państwa członkowskiego?”.

27. MIBI, minister, Irlandia i Attorney General, rząd francuski oraz Komisja Europejska przedłożyli uwagi na piśmie i przedstawili swoje stanowiska ustnie podczas rozprawy, która odbyła się w dniu 5 lipca 2016 r.

22 Wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r., C-356/05, EU:C:2007:229 (zwany dalej „wyrokiem Farrell I”).

23 Wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r., Farrell I, C-356/05, EU:C:2007:229, pkt 44.

24 Sąd odsyłający nie uzyskał szczegółowych informacji co do wysokości tego odszkodowania i nie są one istotne w kontekście pytań prejudycjalnych.

Ocena

Uwagi wstępne: okoliczności określenia kryteriów w wyroku Foster

28. Koncepcja, zgodnie z którą prawo Unii nie tylko reguluje stosunki międzypaństwowe, lecz także przyznaje prawa jednostkom, wywodzi się z wyroku van Gend & Loos [25]. Tok rozumowania leżący u podstaw wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw opiera się na tych samych założeniach. Jasny, precyzyjny i bezwarunkowy przepis dyrektywy zawiera w sobie prawo, które państwa członkowskie, dokonując promulgacji tej dyrektywy, zgadzają się przyznać jednostkom. Chociaż „swobodę wyboru formy i środków" przy dokonywaniu transpozycji dyrektywy do prawa krajowego pozostawia się państwom członkowskim, to dyrektywa „wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty" (oba te twierdzenia zawarto w art. 288 akapit trzeci TFUE). Co do zasady państwo członkowskie powinno naturalnie wypełniać swoje zobowiązania oraz dokonać pełnej i prawidłowej transpozycji każdej dyrektywy przed upływem przewidzianego na to terminu. Dyrektywa staje się później, w pewnym sensie, niewidzialna, ponieważ prawa, które przyznaje się na jej mocy, znajdują już pełny wyraz w prawie krajowym.

29. Czasem jednak tak się nie dzieje, a jednostki muszą powołać się na samą dyrektywę. Formułując zasadę wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw, Trybunał podkreślił, że państwo członkowskie nie powinno mieć możliwości czerpania korzyści ze swojego uchybienia obowiązkowi dokonania transpozycji dyrektywy oraz że jednostka może zatem powołać się na jasny, precyzyjny i bezwarunkowy przepis dyrektywy przeciwko samemu państwu członkowskiemu [26].

30. Z orzecznictwa Trybunału jasno wynika, że nieistotne jest to, w jakim dokładnie charakterze występuje państwo członkowskie [27]. Nie jest także warunkiem wstępnym wertykalnego skutku bezpośredniego, aby określona część „państwa", która występuje w charakterze pozwanego w konkretnej sprawie, ponosiła jakąkolwiek rzeczywistą odpowiedzialność z tytułu braku wykonania przez państwo członkowskie danej dyrektywy [28].

31. Przyjęto raczej perspektywę tego rodzaju, że gdyby państwo członkowskie wykonało dyrektywę w sposób prawidłowy, wszyscy byliby zobowiązani do działania z poszanowaniem praw przyznanych na mocy tej dyrektywy jednostkom. Wobec tego przynajmniej jakiś organ będący częścią państwa powinien być zobowiązany do poszanowania tych praw jednostki.

32. W sytuacji gdy niemożliwe jest powołanie się na bezpośrednio skuteczne prawo określone w dyrektywie (z uwagi na to, że pozwanym nie jest państwo ani podmiot działający w imieniu państwa), model ogólny można opisać w sposób następujący. Dyrektywa określa, często w dość abstrakcyjny sposób, prawa, które wymagają transpozycji do prawa krajowego i urzeczywistnienia na gruncie tego prawa. Z uwagi na to, że prawa na gruncie prawa Unii muszą być skuteczne, żadne

25 Wyrok z dnia 5 lutego 1963 r., 26/62, van Gend & Loos, EU:C:1963:1, „[…] Wspólnota stanowi nowy porządek prawny w prawie międzynarodowym, na rzecz którego państwa ograniczyły, jakkolwiek tylko w wąskich dziedzinach, swoje prawa suwerenne, i którego normy znajdują zastosowanie nie tylko do państw członkowskich, ale i pochodzących z nich jednostek; […] w związku z tym prawo wspólnotowe, niezależne od ustawodawstwa państw członkowskich, nie tylko nakłada na jednostki zobowiązania, lecz może również być źródłem uprawnień stanowiących element statusu prawnego tych jednostek; […] nie muszą to być uprawnienia nadane wprost w traktacie, lecz […] powstają one również jako skutek zobowiązań, które traktat nakłada w sposób ściśle określony zarówno na jednostki, jak i na państwa członkowskie oraz instytucje wspólnotowe" (s. 12). Szczególna doktryna bezpośredniego skutku w formie opracowanej przez Trybunał nie spotkała się jednak z powszechnym entuzjazmem. W słynnym wczesnym artykule (*The doctrine of „direct effect"*: an infant disease of Community law: przedruk w E.L.Rev. [2015], 40(2), s. 135–153) sędzia Pierre Pescatore twierdził, że „[p]rzepis prawa ze swojej natury pełni funkcję praktyczną. Każdy przepis prawa jest skonstruowany w ten sposób, aby miał skuteczne zastosowanie (we Francji w tym kontekście zwykło się stosować termin *effet utile*). Jeżeli brak jest skuteczności, nie ma mowy o przepisie prawa. […] Praktyczne zastosowanie w odniesieniu do wszystkich zainteresowanych, czyli nic innego jak »skutek bezpośredni«, należy uznać za normalny warunek, jaki musi spełniać każdy przepis prawa […] Innymi słowy, należy zakładać, że »skutek bezpośredni« występuje, a nie wykazywać go a priori" (zob. s. 135).

26 Zobacz między innymi wyrok z dnia 12 lipca 1990 r., *Foster*, C-188/89, EU:C:1990:313, pkt 16 i przytoczone tam orzecznictwo.

27 Zobacz wyrok z dnia 12 lipca 1990 r., *Foster*, C-188/89, EU:C:1990:313, pkt 17 i przytoczone tam orzecznictwo.

28 Wobec tego w wyroku *Marshall* (wyrok z dnia 26 lutego 1986 r., 152/84, EU:C:1986:84) nie wskazano, że władze szpitala ponosiły nawet najmniejszą odpowiedzialność z tytułu braku wykonania spornej w tamtej sprawie dyrektywy.

prawo nie może istnieć bez odpowiedniego środka zaradczego („ubi jus, ibi remedium”). Pierwszym etapem jest zatem sprawdzenie, które elementy prawa krajowego – o ile takie istnieją – mogą służyć (częściowemu) wykonaniu dyrektywy [29] oraz, jednocześnie, zbadanie, czy w samej dyrektywie przewidziano środek zaradczy, który winien być określony w prawie krajowym w sytuacji, gdy dojdzie do naruszenia przyznanego prawa. Kolejnym etapem jest rozpatrzenie dostępnych środków zaradczych na gruncie prawa krajowego w celu wykorzystania możliwych do zastosowania elementów, służących zapewnieniu odpowiedniego środka zaradczego, przy jednoczesnym poszanowaniu krajowej autonomii proceduralnej, poprzez zastosowanie (klasycznych już) zasad równoważności i skuteczności w ramach nadrzędnego zobowiązania, w myśl którego uregulowania krajowe należy interpretować zgodnie z prawem Unii („interprétation conforme”) [30]. Jedynie w przypadku gdy powyższe nie prowadzi do skutecznej ochrony prawa gwarantowanego na mocy prawa Unii, możliwe jest powołanie się na doktrynę odpowiedzialności państwa. Odpowiedzialność odszkodowawcza państwa jest zatem środkiem zaradczym, na który nie należy się powoływać w pierwszej kolejności, ale raczej w ostateczności.

33. Przedstawiony powyżej proces analizy często stanowi skomplikowane i trudne zadanie. „Interprétation conforme” istniejącego ustawodawstwa krajowego nie będzie możliwa, jeżeli tego rodzaju wykładnia byłaby contra legem [31]. Dochodzenie roszczeń odszkodowawczych od państwa członkowskiego [32] wymaga od skarżącego albo przystąpienia do państwa członkowskiego w charakterze dodatkowego pozwanego (przy jednoczesnym narażeniu na koszty względem państwa członkowskiego w razie wygranej względem głównego pozwanego), albo wszczęcia drugiego postępowania przeciwko państwu członkowskiemu w następstwie bezskutecznej próby odzyskania odszkodowania od głównego pozwanego. Jeżeli spór sądowy nie jest skutkiem całkowitego braku wykonania dyrektywy, odszkodowanie od państwa członkowskiego nie jest kwestią z góry przesądzoną [33].

34. Niemniej jednak w sytuacji gdy w prawie krajowym brak jest *jakichkolwiek* elementów, które można by uznać za wykonanie prawa, które miało być przyznane zgodnie z dyrektywą (jak w niniejszej sprawie), wybór jest dwojakiego rodzaju. Jeżeli oczywistego pozwanego (w niniejszej sprawie MIBI) w sposób najbardziej odpowiedni można określić jako „państwo” lub „podmiot działający w imieniu państwa”, wówczas skarżący może w sposób bezpośredni powołać swoje prawa, które wywierają

29 Częste będą przypadki pewnej inicjatywy ustawodawczej, której skutkiem jest częściowe lub nieprawidłowe wykonanie. Nawet jeżeli tak nie jest, może istnieć wcześniejsze ustawodawstwo w dziedzinie objętej zakresem dyrektywy, które można interpretować w świetle wymogów dyrektywy.

30 Dla zwięzłości wywodu w dalszej części będę stosować termin francuski.

31 W celu zapoznania się z opisem zasady „interprétation conforme” zob. wydany niemal w tym samym czasie co wyrok Foster wyrok z dnia 13 listopada 1990 r., *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, pkt 8–14 (sam wyrok *Marleasing* opiera się na wyroku w sprawie 14/83 (wyrok z dnia 10 kwietnia 1984 r., von Colson i Kamann, EU:C:1984:153, pkt 26). Aby zapoznać się z wnikliwą analizą dokładnego zakresu i ograniczeń tego obowiązku, zob. późniejszy wyrok z dnia 5 października 2004 r., *Pfeiffer i in.*, od C-397/01 do C-403/01, EU:C:2004:584, pkt 107–119. W wyroku *Dominguez* (wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r., C-282/10, EU:C:2012:33) Trybunał wyjaśnił w sposób niebudzący wątpliwości, że „obowiązek odniesienia się przez sąd krajowy do treści dyrektywy przy dokonywaniu wykładni i stosowaniu odpowiednich przepisów prawa krajowego jest ograniczony przez ogólne zasady prawa i nie może służyć jako podstawa dla dokonywania wykładni prawa krajowego contra legem” (pkt 25 i przytoczone tam orzecznictwo).

32 Zasada odnosząca się do tego rodzaju odszkodowania wywodzi się z wyroku *Francovich i in.* (wyrok z dnia 19 listopada 1991 r., C-6/90 i C-9/90, EU:C:1991:428). W sprawie tej przepisy dyrektywy 89/987/EWG były bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne w odniesieniu do zakresu gwarancji zaspokojenia roszczeń dotyczących zaległego wynagrodzenia, ale nie w odniesieniu do tożsamości podmiotu zobowiązanego do udzielenia takiej gwarancji; wobec tego Trybunał zbadał, czy możliwe było powołanie się na odpowiedzialność państwa za szkody. Trybunał orzekł, że odpowiedzialność taka co do zasady mogła istnieć i określił trzy przesłanki (w pkt 39–41) ustalenia tego rodzaju odpowiedzialności. Zastosowane w wyroku kryterium wydawało się wskazywać na pełną odpowiedzialność w przypadku spełnienia wspomnianych przesłanek. W wyroku *Brasserie du pêcheur i Factortame* (wyrok z dnia 5 marca 1996 r., C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79) Trybunał jasno stwierdził, że podczas gdy kryterium to odnosiło się do sytuacji, w której państwo członkowskie było zobowiązane do podjęcia w określonym terminie wszelkich działań niezbędnych do osiągnięcia rezultatu przewidzianego w dyrektywie (pkt 46), kryterium w okolicznościach, gdy państwo członkowskie dysponowało szerokim zakresem swobodnego uznania, polegało na ustaleniu, czy naruszenie miało „wystarczająco poważny” charakter (pkt 51), przez co rozumiano ustalenie, czy „[ze strony zainteresowanego państwa członkowskiego nastąpiło] oczywiste i poważne wykroczenie poza […] granice przysługującego [mu] zakresu swobodnego uznania” (pkt 55).

33 Jak trafnie wskazał rzecznik generalny F.G. Jacobs w pkt 30 i 31 opinii w sprawie Vaneetveld, C-316/93, EU:C:1994:32:

„30. Możliwość wysunięcia przez jednostkę, w świetle wyroku Francovich, roszczenia odszkodowawczego przeciwko państwu członkowskiemu w sytuacji, gdy nie wykonano prawidłowo dyrektywy, nie jest moim zdaniem odpowiednim substytutem bezpośredniego egzekwowania przepisów dyrektywy. Często wiązałoby się to z koniecznością wszczęcia przez powoda dwóch odrębnych postępowań, jednocześnie lub kolejno, jednego przeciwko pozwanemu będącemu osobą prywatną, a drugiego przeciwko organom władzy publicznej, co byłoby dalekie od przestrzegania wymogu zapewnienia skutecznego środka odwoławczego.

bezpośredni skutek na mocy samej dyrektywy (wertykalny skutek bezpośredni) i zapewnić sobie naprawienie szkody przez wspomnianego pozwanego. Jeżeli nie, środkiem zaradczym przysługującym przeciwko państwu członkowskiemu jest odszkodowanie, zgodnie z zasadą wyraźnie określoną przez Trybunał w wyroku Dillenkofer. [34]..

W przedmiocie pytania pierwszego

35. Poprzez swoje pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy kryteria określone w wyroku Foster należy stosować łącznie czy rozdzielnie. Jest to słuszne pytanie. Punkt 18 wyroku Foster sformułowany jest w sposób rozdzielny: „[…] Trybunał stwierdził w szeregu wyroków, że jednostki mogą powoływać się na bezwarunkowe i wystarczająco jasne przepisy dyrektywy wobec instytucji *lub* podmiotów podlegających zwierzchnictwu *lub* kontroli państwa *lub* posiadających szczególne uprawnienia wykraczające poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami” [35]. Jednakże pkt 20 sformułowano w sposób łączny: „Z powyższego wynika, że podmiot, któremu – niezależnie od jego formy prawnej – powierzono na podstawie aktu władzy publicznej wykonywanie pod jej kontrolą usług użyteczności publicznej *i* który dysponuje w tym celu szczególnymi uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami, zalicza się w każdym wypadku do grupy podmiotów, w odniesieniu do których można powoływać się na przepisy dyrektywy, która może wywierać bezpośredni skutek” [36].

36. Wydaje się logiczne, że pytanie pierwsze opiera się na założeniu, iż przesłanki wskazane przez Trybunał w wyroku Foster stanowią *wyczerpujący wykaz* elementów, jakie należy uwzględnić, udzielając odpowiedzi na pytanie: „Czy pozwany stanowi podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego?”. Jeżeli kryteria traktuje się rozdzielnie, występowanie A *lub* B *lub* C *lub* D w okolicznościach faktycznych sprawy wystarczy. Jeżeli przyjąć wykładnię łączną, konieczne jest występowanie wszystkich kryteriów, A, B, C oraz D. Tak czy inaczej, występowanie (lub brak) kolejnego czynnika (powiedzmy E lub F) jest nieistotne. Innymi słowy: założenie jest takie, że w wyroku Foster Trybunał podjął się – skutecznie – wskazania wszystkich elementów, jakie miałyby znaczenie w kontekście oceny, czy dany pozwany stanowi podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego.

37. Moim zdaniem bardziej szczegółowa analiza toku rozumowania przyjętego przez Trybunał w wyroku Foster pozwala jednak stwierdzić, że Trybunał *nie* podejmował się (niebezpiecznego) zadania, jakim byłaby próba przewidzenia wszystkich możliwych układów okoliczności faktycznych, które mogłyby dawać podstawy do sformułowania pytania: „czy dany pozwany stanowi podmiot

31. Nie można w moim przekonaniu sprzeciwiać się twierdzeniu, że nakładanie obowiązków na jednostki naruszałoby zasadę pewności prawa. Przeciwnie, prawdopodobnie najistotniejszą cechą charakteryzującą istniejące orzecznictwo w tym względzie jest fakt, że było ono źródłem niepewności prawa. Doprowadziło ono, po pierwsze, do bardzo szerokiej wykładni pojęcia państwa członkowskiego, ze skutkiem tego rodzaju, że przepisy dyrektywy mogą być egzekwowane nawet przeciwko przedsiębiorstwom komercyjnym, w sytuacji gdy można wskazać szczególny element uczestnictwa państwa lub jego kontroli, niezależnie od tego, że przedsiębiorstwa te nie ponoszą żadnej odpowiedzialności za uchybienia państw członkowskich, a także niezależnie od tego, że mogą one stanowić bezpośrednią konkurencję dla przedsiębiorstw z sektora prywatnego, przeciwko którym nie można powoływać się na te same dyrektywy. Ponadto sytuacja ta doprowadziła do wielkiej niepewności co do zakresu ustawodawstwa krajowego, z uwagi na nałożony na sądy krajowe obowiązek maksymalnego rozszerzenia zakresu przepisów ustawodawstwa krajowego, tak aby nadać skuteczność dyrektywom, które nie zostały prawidłowo wykonane. Co więcej, w sytuacji gdy ustawodawstwo krajowe poddawane jest wykładni rozszerzającej, tak aby nadać skuteczność dyrektywie, może to równie dobrze skutkować nałożeniem na jednostki obowiązków, których nie musiałyby wypełniać w braku dyrektywy. W związku z tym dyrektywy, które nie zostały prawidłowo wykonane, mogą już powodować powstanie obowiązków dla jednostek. W świetle powyższego nie wydaje się uzasadniona krytyka, zgodnie z którą egzekwowanie wykonania dyrektyw bezpośrednio przeciwko jednostkom naruszałoby pewność prawa. Przeciwnie, mogłoby to z powodzeniem prowadzić do większej pewności prawa, jak również do uzyskania bardziej spójnego systemu, gdyby przepisy dyrektywy były bezpośrednio wykonalne względem jednostek w odpowiednich okolicznościach”.

34 Wyrok z dnia 8 października 1996 r., *Dillenkofer i in.*, C-178/94, C-179/94 i od C-188/94 do C-190/94, EU:C:1996:375, pkt 16, 19–29: logiczny wniosek z wysuniętego już przez Trybunał wniosku w wyroku *Francovich i in.* (pkt 39–41) i potwierdzonego w wyroku *Brasserie du pêcheur i Factortame* (pkt 46). Dwojaki charakter tego wyboru może służyć wyjaśnieniu, dlaczego E. Farrell otrzymała już, na szczęście, odszkodowanie za doznaną szkodę (zob. pkt 25 powyżej).

35 Wyróżnienie moje.

36 Wyróżnienie moje: brak spójnika przed słowem „i” oznacza koniecznie, że różne wymienione elementy aż do tego miejsca należy traktować łącznie.

działający w imieniu państwa?”. Trybunał abstrahował raczej od spraw, w których orzekał już wcześniej, w zakresie niezbędnym do udzielenia odpowiedzi sądowi odsyłającemu w tamtej konkretnej sprawie. Skoro tak, logika nakazuje, aby na pytanie pierwsze odpowiedzieć w ten sposób, że kryteria określone w wyroku Foster nie mają charakteru ani rozłącznego, ani łącznego.

38. Konieczne jest zatem podjęcie się swego rodzaju skrupulatnych prac archeologicznych w odniesieniu do treści wyroku Foster. [37]..

39. Istotne okoliczności faktyczne można przedstawić w sposób zwięzły. Pięć pracownic British Gas Corporation (zwanej dalej „BGC”) zostało zobligowanych do przejścia na emeryturę w wieku 60 lat, zgodnie z polityką BGC w zakresie obowiązkowego przechodzenia pracowników na emeryturę z chwilą osiągnięcia ustawowego wieku emerytalnego (w czasie zaistnienia zdarzeń było to 60 lat dla kobiet i 65 lat dla mężczyzn). Pracownice chciały kontynuować pracę i złożyły skargę do Industrial Tribunal, wskazując, że polityka BGC, chociaż nie jest zabroniona na gruncie przepisów krajowych, jest sprzeczna z art. 5 ust. 1 dyrektywy Rady 76/207/EWG [38]. Skarżące twierdziły, że mogły powołać się na ten przepis przeciwko BGC.

40. Znany profil przedsiębiorstwa BGC, jaki zarysowano w wyroku, przedstawia się w sposób następujący [39]. Na mocy United Kingdom Gas Act 1972 (ustawy gazowej Zjednoczonego Królestwa z 1972 r.), której przepisy w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych regulowały BGC, było to przedsiębiorstwo państwowe odpowiedzialne za rozwój i utrzymanie systemu dostawy gazu w Wielkiej Brytanii i które miało monopol na dostawy gazu. Członkowie BGC byli powoływani przez właściwego sekretarza stanu. Do jego uprawnień należało także wydawanie BGC instrukcji o charakterze ogólnym w kwestiach mających wpływ na interes narodowy, a także instrukcji dotyczących zarządzania. British Gas Corporation była zobowiązana do składania sekretarzowi stanu okresowych raportów z wykonywania swoich funkcji, zarządzania i realizowanych programów. Raporty te były następnie przedkładane w obu izbach parlamentu. Na mocy ustawy gazowej Zjednoczonego Królestwa z 1972 r. BGC była także uprawniona, za zgodą sekretarza stanu, do przedkładania w Parlamencie projektów aktów prawnych. Ze sprawozdania na rozprawę wynika, że w materiałach przekazanych Trybunałowi wskazano także na fakt, iż w świetle prawa angielskiego BGC miała status „organu publicznego” i „władzy publicznej” dla celów szeregu ustaw krajowych.

41. Industrial Tribunal, Employment Appeal Tribunal oraz Court of Appeal oddaliły skargę pracownic. Wniosły one odwołanie do House of Lords, która to izba złożyła wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w późniejszej sprawie C-188/89.

42. Trybunał, po rozstrzygnięciu wstępnej kwestii dopuszczalności, w pkt 16 wyroku odniósł się do istoty pytania, które przedłożono mu do rozpatrzenia.

43. Punktem wyjścia dla Trybunału było określenie parametrów. Po pierwsze, Trybunał przypomniał (pkt 16), że skuteczność dyrektyw (które nakładają na państwa członkowskie obowiązek podjęcia określonych działań) uległaby osłabieniu, gdyby jednostki nie mogły się na nie powoływać, a sądy krajowe nie mogły ich uwzględniać. Trybunał stwierdził to już w 1982 r. w wyroku Becker. [40].. „W konsekwencji” państwo członkowskie uchybiające obowiązkowi wykonania dyrektywy w terminie przewidzianym na jej transpozycję nie może wykorzystywać „swojego własnego uchybienia zobowiązaniom wynikającym z dyrektywy” w celu obrony przed roszczeniem jednostki. „Wobec tego”

37 Zadanie to ułatwia mi ciekawe zrządzenie losu: pełniłam funkcję référendaire przy pracach nad wyrokiem *Foster* wraz z Sir Gordonem Slynnem, pełniącym obowiązki prezesa Trybunału przy tamtej sprawie i głównym autorem wyroku.

38 Dyrektywa z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.U. 1976, L 39, s. 40).

39 Przedstawione poniżej fragmenty oparte są na treści pkt 3–7 wyroku Foster.

40 Wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r., 8/81, EU:C:1982:7. Pozwanym w wyroku Becker był miejski urząd podatkowy. Pod względem strukturalnym urząd ten stanowił część administracji państwowej, podlegając zwierzchnictwu i kontroli państwa oraz posiadał „szczególne uprawnienia” w zakresie nakładania i pobierania podatków w celu zwiększenia skuteczności ustalonego wydatkowania środków publicznych.

(kolejny synonim do wyrażenia „w konsekwencji") na bezpośrednio skuteczne przepisy dyrektywy można powołać się (i) „przeciwko jakiemukolwiek przepisowi krajowemu, który jest niezgodny z dyrektywą" lub (ii) „w zakresie, w jakim przepisy te określają prawa, na jakie jednostki mogą powoływać się przeciwko państwu".

44. Następnie (pkt 17) Trybunał przypomniał, że w wyroku Marshall [41] orzekł już, iż, dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego, ustalenie, w jakim dokładnie charakterze występowało państwo jako pozwany, jest nieistotne (w wyroku Marshall Trybunał ujął to w słowach „niezależnie od tego […], czy [państwo występowało] jako pracodawca czy jako organ władzy publicznej"). W tym miejscu Trybunał podał klucz do właściwego zrozumienia swojego stanowiska, zgodnie z którym dyrektywy powinny wywoływać wertykalny skutek bezpośredni względem państw członkowskich: „W obu przypadkach *konieczne jest uniemożliwienie czerpania przez państwo korzyści ze swojego uchybienia przepisom prawa [Unii]*" [42].

45. W dalszej części (w pkt 18) Trybunał zdefiniował rodzaje pozwanych, względem których jednostka może powołać się na „bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne przepisy dyrektywy" (czyli, krótko mówiąc, co jest podmiotem działającym w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego). Wprowadzająca fraza „[w] świetle powyższych rozważań Trybunał wielokrotnie orzekał, że […]" zwraca uwagę czytającego, że Trybunał przedstawi dalej abstrakcyjny wzorzec, którego wszystkie elementy wynikają z istniejącego orzecznictwa.

46. Nie dziwi więc fakt, iż Trybunał natychmiast (w pkt 19) udowodnił swoją tezę, że wszystko, co zostało powiedziane, opiera się na istniejącym orzecznictwie. Wykaz spraw zawartych w tym punkcie wprowadzono wyrażeniem „Trybunał orzekł *zatem*, że […]". Poszczególne sprawy, które przywołano – Becker („organy podatkowe") [43], Busseni („organy podatkowe") [44], Costanzo („jednostki samorządu regionalnego lub lokalnego") [45], Johnston („konstytucyjnie niezależne organy władzy, odpowiedzialne za utrzymanie porządku i bezpieczeństwa publicznego") [46] oraz Marshall („organy publiczne świadczące usługi z zakresu zdrowia publicznego") [47] – można porównać z przynajmniej jednym z poszczególnych elementów, które Trybunał wymienił w swoim abstrakcyjnie sformułowanym wykazie w pkt 18.

41 Wyrok z dnia 26 lutego 1986 r., 152/84, EU:C:1986:84. Pozwaną w wyroku *Marshall* była Southampton and South-West Hampshire Health Authority (organizacja odpowiedzialna, w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych sprawy, za szpitale i świadczenia medyczne w ramach wyznaczonego konkretnego obszaru geograficznego). Pod względem struktury organizacja ta nie była częścią państwa, ale podlegała zwierzchnictwu i kontroli państwa. W wyroku nie wskazano, czy dysponowała ona „szczególnymi uprawnieniami" i nic nie wskazuje, aby w rzeczywistości posiadała takie uprawnienia (zob. także pkt 49 poniżej). Działała wyraźnie w interesie publicznym poprzez zapewnianie odpowiedniej publicznej opieki zdrowotnej na wyznaczonym obszarze. Funkcjonalnie zatem można by ją uznać za działającą w imieniu państwa.

42 Wyróżnienie moje.

43 Wyróżnienie moje. Wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r., 8/81, EU:C:1982:7.

44 Wyrok z dnia 22 lutego 1990 r., C-221/88, EU:C:1990:84. W wyroku tym Trybunał orzekł, że w braku przepisów wykonawczych Europejska Wspólnota Węgla i Stali (zwana dalej „EWWiS") może opierać się na zaleceniu (po upływie terminu na jego wykonanie), występując przeciwko państwu członkowskiemu, które uchybiło zobowiązaniu w zakresie jego wykonania; jednakże preferencyjny status wierzytelności EWWiS można uznać wyłącznie w odniesieniu do tego państwa, a roszczenia EWWiS i jakiekolwiek roszczenia państwa traktuje się równorzędnie. Nie naruszało to zatem praw wierzycieli innych niż państwo na gruncie ustawodawstwa krajowego dotyczącego praw wierzycieli w braku zalecenia. Zobacz pkt 30, a także pkt 1 sentencji.

45 Wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r., 103/88, EU:C:1989:256. Pozwanym w wyroku Costanzo był zarząd miejski włoskiej gminy. Pod względem strukturalnym był on częścią administracji państwowej; pełnił po części funkcje państwa w zakresie zwierzchnictwa i kontroli, posiadał zwyczajowe uprawnienia państwowe (takie jak uprawnienia regulacyjne) i działał w interesie publicznym.

46 Wyrok z dnia 15 maja 1986 r., 222/84, EU:C:1986:206. Pozwanym w wyroku *Johnston* był Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary: urzędnik tytularny odpowiedzialny za służby policyjne w Irlandii Północnej. W wyroku opisano służby policyjne (których funkcje skupiają się w osobie Chief Constable) jako niezależny organ władzy publicznej, pełniący funkcje zwierzchnicze i kontrolne państwa, posiadający „szczególne uprawnienia" (ponieważ państwo posiada monopol na zgodne z prawem użycie siły), któremu powierzono utrzymanie porządku i bezpieczeństwa publicznego.

47 Wyrok z dnia 26 lutego 1986 r., 152/84, EU:C:1986:84. Opisałam już charakter pozwanego w tej sprawie (zob. przypis 42 powyżej). Co do braku wskazania, czy pozwany w tamtej sprawie dysponował „szczególnymi uprawnieniami", zob. także pkt 49 poniżej.

47. W tym miejscu pragnę zwrócić uwagę na fakt, iż pkt 18 i 19 wyroku można było z powodzeniem sformułować w odwrotnej kolejności. Niezależnie od tego, czy rozpoczniemy od stwierdzenia „(i) poniżej przedstawię kryteria wyrażone w sposób abstrakcyjny; i (ii) opiszę cechy charakterystyczne, które wyszczególniono w następujących sprawach, w których rozstrzygał już Trybunał" (rzeczywista kolejność tych punktów), czy też „(i) oto przykłady spraw, w których rozstrzygał już Trybunał, w których można wyszczególnić określone cechy charakterystyczne; i wobec tego (ii) poniżej przedstawię kryteria wyrażone w sposób abstrakcyjny" (odwrócona kolejność), tok rozumowania pozostaje zasadniczo bez zmian.

48. Trybunał mógł zakończyć rozważania w tym miejscu, po sformułowaniu kryteriów w sposób abstrakcyjny. Ściślej mówiąc, odpowiedź na konkretne pytanie, czy *BGC* stanowiło podmiot działający w imieniu państwa zgodnie z tymi kryteriami, była kwestią z zakresu ustaleń faktycznych, podlegającą rozstrzygnięciu sądu odsyłającego [48]. Jednakże sąd ten sformułował pytanie na zasadzie, „czy BGC […] stanowiło organ tego rodzaju, że skarżące przed sądami angielskimi mają prawo powoływać się bezpośrednio na [dyrektywę 76/207], aby uzyskać uprawnienia do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na tej podstawie, że polityka emerytalna BGC była niezgodna z dyrektywą?" i Trybunał był wyraźnie przekonany, że przedłożony mu materiał był wystarczający, aby dostarczyć jasnych wskazówek co do odpowiedzi, jakiej należy udzielić [49]. Poszczególne elementy stanu faktycznego odnoszące się do BGC wystarczyły do wykazania, *że BGC istotnie spełniało wszystkie wymienione kryteria* [50]. Wobec tego Trybunał wskazał następnie (pkt 20), że „z powyższego wynika", iż organ, który łączy w sobie szereg cech charakterystycznych wskazanych w pkt 18 (oraz w kilku dodatkowych glosach) *„zalicza się w każdym razie* do organów, przeciwko którym możliwe jest powołanie się na przepisy dyrektywy, która może wywierać bezpośredni skutek" [51].

49. Pragnę zatrzymać się w tym miejscu, aby zasugerować, że dodatkowe glosy wprowadzone w pkt 20 pasują bardziej do stanowiska, zgodnie z którym punkt ten zawiera opis *zastosowania* abstrakcyjnego sformułowania do BGC, niż do stanowiska, zgodnie z którym zawiera on kryteria jako takie. Po pierwsze, zawarto tam odniesienie do „podmiot[u] […] – niezależnie od jego formy prawnej", które rozciąga (możliwe, że dość swobodnie) wcześniejsze kryteria wywodzące się z orzecznictwa zasadniczo odnoszącego się do organów władzy *publicznej* na inne organy, których „forma prawna" może być częściowo publiczna, a częściowo prywatna, czy też wręcz wyłącznie prywatna, a nie wyłącznie publiczna [52]. Po drugie, wskazano, że zainteresowanemu organowi „powierzono na podstawie aktu władzy publicznej *wykonywanie usług użyteczności publicznej*" (w pkt 18 brak jest wyraźnej wzmianki o „wykonywaniu usług użyteczności publicznej"). Po trzecie, organ ten dysponuje „w *tym celu szczególnymi uprawnieniami wykraczającymi poza normy* obowiązujące w stosunkach między jednostkami" (o których wspomniano już w pkt 18) – czyli uprawnieniami umożliwiającymi temu organowi wykonywanie usług użyteczności publicznej. Po czwarte, chociaż trzy spośród organów, o których mowa w orzecznictwie przytoczonym w pkt 19, dysponowały „szczególnymi

48 Trybunał wskazał już bowiem wcześniej (w pkt 15), że jest „uprawniony do ustalenia, na zasadzie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne, kategorii podmiotów prawa, w stosunku do których można powoływać się na przepisy dyrektywy", podczas gdy „na sądzie krajowym spoczywa ustalenie, czy strona sporu, który Sąd ten ma rozstrzygnąć, wchodzi w zakres jednej z tak ustalonych kategorii".

49 Nie jest niczym nowym dla Trybunału udzielanie sądowi odsyłającemu wyraźnych wskazówek co do potencjalnego skutku zastosowania przedstawionych przez Trybunał wytycznych o charakterze abstrakcyjnym. Dobitnie ukazuje to wydany około sześć lat po wyroku Foster wyrok „w sprawie Factortame III" (wyrok z dnia 5 marca 1996 r., *Brasserie du pêcheur i Factortame*, C-46/93 i C-48/93, EU:C:1996:79). W pkt 51 tego wyroku Trybunał sformułował przesłanki uzasadniające wypłatę odszkodowania przez państwo członkowskie z tytułu naruszenia przez to państwo prawa Unii, a w pkt 56 określił ogólnie „element[y], jakie właściwy sąd winien wziąć pod uwagę". Następnie w pkt 58–64 Trybunał dostarczył wskazówek dwóm sądom odsyłającym – Bundesgerichtshof i High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, odpowiednio – co do prawdopodobnych odpowiedzi („[…] uznaje jednak za stosowne przypomnieć pewne okoliczności, które sądy krajowe mogłyby wziąć pod uwagę"). Szereg czynników hamujących przyjęcie przez rząd Zjednoczonego Królestwa Merchant Shipping Act 1988 (ustawy z 1988 r. o marynarce handlowej), określonych w pkt 61–64, prowadził do wniosku, że należy uznać odpowiedzialność w tamtej sprawie. W następstwie zagorzałej walki ze strony tego rządu, gdy sprawa wróciła na wokandę sądów krajowych, taki w istocie był rezultat.

50 Trybunał wydaje się wywodzić swój wniosek, że BGC posiadało szczególne uprawnienia, z faktu, iż przedsiębiorstwo to posiadało monopol na dostawy gazu (pkt 3).

51 Wyróżnienie moje.

52 Zobacz także pkt 62, 79–105, 114 i pkt 120 ppkt 1) poniżej.

uprawnieniami", nie można tego powiedzieć o czwartym z nich (organie ds. zdrowia w wyroku Marshall). Fakt ten stawia pod znakiem zapytania możliwość uznania tej przesłanki za element konieczny definicji podmiotu działającego w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego. Jednakże BGC *dysponowała* tego rodzaju szczególnymi uprawnieniami [53]. Wspomniane dodatkowe glosy wyjaśniają sądowi krajowemu (w sposób niebudzący większych wątpliwości), że okoliczności faktyczne odnoszące się do BGC, ustalone przez Trybunał na podstawie postanowienia odsyłającego, są wystarczające, aby zaklasyfikować BGC jako podmiot działający w imieniu państwa.

50. Najbardziej wymowne jest jednak wyrażenie „*zalicza się w każdym wypadku*". Stanowi ono potwierdzenie, że w pkt 20 intencją Trybunału nie było sformułowanie jakiegokolwiek kryterium o charakterze ogólnym, czy też objęcie wszystkich ewentualności mogących wystąpić w przyszłości. Trybunał rozpatruje konkretną sprawę i kieruje do sądu odsyłającego następujący komunikat: „niezależnie od tego, jakie *inne* podmioty można (lub nie) uznać za podmioty działające w imieniu państwa, organ, któremu można przypisać *wszystkie* te cechy, *jest* podmiotem działającym w imieniu państwa – co stanowi odpowiedź na zadane przez sąd pytanie".

51. Taka wykładnia znajduje potwierdzenie w treści tej części omawianego wyroku, która jest zawarta pomiędzy pkt 20 a jego sentencją. W pkt 21 Trybunał przypomniał, że w wyroku Marshall [54] orzekł już, iż art. 5 ust. 1 dyrektywy 76/207 spełnia kryterium bezpośredniego skutku. Punkty 20 i 21 są następnie połączone (w pkt 22, powtórzonym w sentencji) w celu udzielenia sądowi odsyłającemu dokładnej odpowiedzi na pytanie prejudycjalne. Z wyrażenia „zalicza się w każdym wypadku", które pojawiło się w pkt 20, zrezygnowano w sentencji, uznając je za niepotrzebne – czy wręcz nieodpowiednie.

52. Podsumowując, intencją Trybunału w wyroku Foster w żadnym razie nie była próba przedstawienia wyczerpującego i ostatecznego wykazu elementów składających się na kryterium służące ustaleniu definicji podmiotu działającego w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego. Trybunał sformułował swoje stanowisko w sposób abstrakcyjny, w oparciu o istniejące orzecznictwo (pkt 18), a następnie zastosował je wraz z glosami w celu wskazania organu, którego cechy charakterystyczne oznaczały, że zalicza się go w każdym wypadku do kategorii podmiotów działających w imieniu państwa (pkt 20). Orzeczenie kończy się na tym etapie. Ani ustalenie rzeczywistego kryterium na podstawie wcześniejszego orzecznictwa w pkt 18, ani zastosowanie tego kryterium w pkt 20 nie mają w zamierzeniu charakteru wyczerpującego. Przeciwko retrospektywnej kategoryzacji tego rodzaju przemawia zarówno logika, jak i zdrowy rozsądek.

53. W związku z powyższym na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi, że sformułowanego w wyroku Foster kryterium umożliwiającego ustalenie, czym jest podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw, należy doszukiwać się w pkt 18, a nie w pkt 20 wyroku w tamtej sprawie. Kryterium określone we wspomnianym wyroku nie podlega ani wykładni łącznej, ani rozłącznej. Zawiera ono w sobie raczej niewyczerpujący wykaz przesłanek, które mogą być istotne przy dokonywaniu tego rodzaju oceny.

54. Zanim przejdę do pytania drugiego, chciałabym pokrótce i tytułem uzupełnienia omówić jedną zastanawiającą cechę elementów, na których Trybunał oparł się, ustalając kryterium: mianowicie odniesienie do „szczególnych uprawnień". W oryginalnej wersji francuskiej, w której sporządzono i omówiono projekt wyroku, zastosowano pojęcie „pouvoirs exorbitants" – termin specjalistyczny używany we francuskim prawie administracyjnym, w odniesieniu do którego termin „special powers"

53 Zobacz przypis 50 powyżej.

54 Wyrok z dnia 26 lutego 1986 r., 152/84, EU:C:1986:84.

[„szczególne uprawnienia”] nie jest najodpowiedniejszym tłumaczeniem na język angielski [55]. W moim przekonaniu locus classicus pojęcia usług użyteczności publicznej na gruncie francuskiego prawa administracyjnego jest orzeczenie Tribunal des conflits z dnia 8 lutego 1873 r. w sprawie Blanco [56], w którym uznano zarówno możliwość odpowiedzialności odszkodowawczej państwa w związku z działaniami „service public”, jak i wyłączną jurysdykcję sądów administracyjnych (w odróżnieniu od powszechnych sądów cywilnych) do rozpatrywania tego rodzaju spraw [57]. Wyrok Conseil d'État w sprawie Bureau Veritas [58] dostarcza dodatkowych użytecznych wytycznych w przedmiocie pojęcia „l'exercise des prérogatives de puissance publique […] conférées pour l'exécution de la mission de service public dont [la société en question] est investie” (wykonywania uprawnień państwa […] przyznanych w celu umożliwienia [danemu przedsiębiorstwu] wykonania powierzonego mu zadania w zakresie usług użyteczności publicznej) w prawie francuskim. Wobec tego zamierzeniem w treści wyroku Trybunału w sprawie Foster nie było zdefiniowanie pojęcia „szczególnych uprawnień” na gruncie prawa Unii, przy czym można śmiało stwierdzić, że uprawnienia te są uprawnieniami „wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami”. Powrócę do omawiania tego pojęcia w szczególności przy okazji trzeciego pytania prejudycjalnego [59].

W przedmiocie pytania drugiego

55. Poprzez swoje pytanie drugie sąd odsyłający zmierza do ustalenia – przy założeniu, że przesłanki wyszczególnione w wyroku Foster stanowią zbiór czynników, które należy uwzględnić (jak zasugerowałam w proponowanej odpowiedzi na pytanie pierwsze), a nie kryteria o charakterze ograniczającym, które należy rozpatrywać łącznie – czy istnieje podstawowa zasada leżąca u podstaw odrębnych czynników wskazanych w tym wyroku, którą sąd krajowy powinien stosować do rozpatrywanego stanu faktycznego w celu ustalenia, czy pozwany jest podmiotem działającym w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw.

56. Na wstępie należy postawić pytanie, czy orzecznictwo wydane po wyroku Foster pozwala w sposób zdecydowany stwierdzić, czy Trybunał, *od chwili* wydania tego wyroku, faktycznie opowiadał się za kryterium rozdzielnym lub łącznym (w rezultacie czyniąc pytanie drugie zbędnym), czy też szczególne znaczenie przypisywał któremukolwiek innemu elementowi wskazanemu w wyroku Foster.

55 Z uwagi na to, że postanowienie odsyłające wydał sąd Zjednoczonego Królestwa, angielska wersja językowa wyroku stanowi tekst „autentyczny”, a proponowane tłumaczenie podlegało odpowiednio weryfikacji ze strony sędziego ze Zjednoczonego Królestwa (Sir Gordona Slynna) oraz jego starszego référendaire (w mojej osobie) z ówczesnym kierownikiem ds. służb tłumaczeniowych Trybunału. Mieliśmy świadomość faktu, że termin „szczególne uprawnienia” nie oddawał w pełni niuansów znaczeniowych projektu francuskiego; nikt jednak nie zaproponował w owym czasie lepszego rozwiązania. Przegląd kilku innych wersji językowych wyroku wykazał, że wyrażenie to w wersji hiszpańskiej przetłumaczono jako „poderes exorbitantes”, w niemieckiej jako „besondere Rechte”, we włoskiej jako „poteri” (bez jakiegokolwiek wskazania na „szczególny” charakter tego uprawnienia). W wersji niderlandzkiej termin ten przetłumaczono jako „bijzondere bevoegdheden”, a w portugalskiej jako „poderes exorbitantes”. Powyższe wskazuje, że tłumaczenie na niektóre języki stanowiło znacznie łatwiejsze zadanie w porównaniu z innymi.

56 Tribunal des conflits z dnia 8 lutego 1873 r., 00012, opublikowany w recueil Lebon (tekst w wersji francuskiej jest dostępny na stronie internetowej pod adresem: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007605886).

57 Wyrok Blanco miał za przedmiot roszczenie odszkodowawcze wysunięte w imieniu małoletniego poszkodowanego podczas strajku pracowników zatrudnionych przez organy ds. wyrobów tytoniowych w Bordeaux. Kluczowy fragment tego (zwięzłego) orzeczenia brzmi następująco: „Zważywszy, że odpowiedzialność, jaka może spoczywać na państwie, z tytułu szkód wyrządzonych jednostkom na skutek działań osób zatrudnionych w strukturach służb publicznych tego państwa, nie może podlegać zasadom określonym w kodeksie cywilnym w odniesieniu do stosunków między jednostkami; zważywszy, że odpowiedzialność ta nie ma ani ogólnego, ani nieograniczonego charakteru; zważywszy, że podlega ona szczególnym zasadom, różniącym się w zależności od potrzeb danej służby i wymogu pogodzenia uprawnień państwa z uprawnieniami wynikającymi z prawa prywatnego; zważywszy, że odpowiednio […] kompetencje w zakresie rozstrzygania tych spraw przysługują jedynie organowi administracyjnemu”.

58 Wyrok z dnia 23 marca 1983 r., Conseil d'État, *SA Bureau Véritas et autres*, n° 33803, 34462. Wyrok *Bureau Veritas* dotyczył skargi kasacyjnej złożonej przez Bureau Veritas i French State w przedmiocie roszczenia wysuniętego przez linie lotnicze przeciwko Bureau Veritas jako instytucji uprawnionej do wydawania świadectw zdatności do lotu statku powietrznego w kontekście szkód powstałych w wyniku opóźnienia tego ostatniego w wydaniu wspomnianego świadectwa. Uznano, że państwo powierzyło Bureau Veritas świadczenie usług użyteczności publicznej i wykonanie przysługujących mu uprawnień publicznych w tym celu. W związku z tym samego państwa nie uznano za odpowiedzialne za wyrządzoną szkodę.

59 Zobacz pkt 129 i nast. poniżej.

57. Według mnie zwięzłą odpowiedzią w obu przypadkach jest „nie”; dla porządku jednak przejdę teraz do bardziej szczegółowej analizy tego orzecznictwa. W dalszej części zbadam to orzecznictwo w kolejności chronologicznej, w jakiej wydano wyroki.

58. Pierwszym istotnym wyrokiem wydanym w następstwie wyroku Foster był wyrok Kampelmann i in.[60] Helmut Kampelmann wraz z trzema współpracownikami, skarżącymi w sprawach od C-253/96 do C-256/96, byli zatrudnieni w strukturach Landschaftsverband (rady regionalnej), która była odpowiedzialna, między innymi, za budowę i utrzymanie autostrad w okręgu Westfalen-Lippe, jak też za zarządzanie szeregiem usług autostradowych na terenie kraju związkowego[61]. Andreas Schade (sprawa C-257/96) oraz K. Haseley (sprawa C-258/96) byli zatrudnieni, odpowiednio, w Stadtwerke Witten (wydział robót publicznych, Witten) oraz Stadtwerke Altena (wydział robót publicznych, Altena), które były przedsiębiorstwami publicznymi, świadczącymi usługi w zakresie dostaw energii, odpowiednio, w miastach Witten i Altena[62]. Skarżący, występując przeciwko swoim odpowiednim pracodawcom, chcieli powołać się bezpośrednio na art. 2 ust. 2 lit. c) ppkt ii) dyrektywy Rady 91/533[63] w kontekście sporu co do ich grupy zaszeregowania. Po stwierdzeniu bezpośredniej skuteczności tego przepisu[64] Trybunał przedstawił rozwiniętą wersję rozdzielnego wykazu z pkt 18 wyroku Foster[65] i odpowiedział na pytanie drugie sądu krajowego, powtarzając wzorzec określony w pkt 18 wyroku Foster.[66]..

59. W wyroku Collino i Chiappero[67] pozwaną była Telecom Italia, spółka przejmująca szereg przedsiębiorstw dysponujących wyłączną koncesją na świadczenie usług telekomunikacyjnych na użytek publiczny, przyznawaną przez państwo włoskie[68]. Skarżący kwestionowali warunki ich przejścia od pierwotnego posiadacza koncesji do kolejnego[69]. Sąd odsyłający uznał, że obiektywnie przejęcie przedsiębiorstwa miało miejsce, lecz zauważył, że na gruncie prawa włoskiego wprowadzono specjalny system, przewidujący odstępstwa od przepisów ogólnych w przedmiocie przejmowania przedsiębiorstw, który skutkowałby oddaleniem skargi skarżących. Sąd odsyłający zwrócił się do Trybunału z pytaniem, czy zasady odstępstwa wprowadzone na mocy włoskiej ustawy nr 58/92 były zgodne z dyrektywą Rady 77/187/EWG[70].

60. Telecom Italia domagała się stwierdzenia niedopuszczalności odesłania, podnosząc, że sąd odsyłający „nie mógł w żadnym wypadku zastosować przepisów [dyrektywy 77/187] w postępowaniu głównym, w którym wszystkie strony są osobami fizycznymi”[71]. Trybunał przyznał, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem dyrektywa nie może wywoływać horyzontalnego skutku bezpośredniego, przypominając jednak zarówno zasadę „interprétation conforme”, jak i zwracając uwagę na fakt, że w sytuacji gdy jednostki mogą powoływać się na dyrektywę, występując przeciwko państwu, nie może

60 Wyrok z dnia 4 grudnia 1997 r., od C-253/96 do C-258/96, EU:C:1997:585.

61 Punkt 12 wyroku.

62 Punkt 17 wyroku.

63 Dyrektywa z dnia 14 października 1991 r. w sprawie obowiązku pracodawcy dotyczącego informowania pracowników o warunkach stosowanych do umowy lub stosunku pracy (Dz.U. 1991, L 288, s. 32).

64 Punkt 45 wyroku.

65 „[Na dyrektywę] można jednak powoływać się przeciwko instytucjom lub jednostkom organizacyjnym podlegającym władztwu lub nadzorowi państwa, których kompetencje wykraczają poza kompetencje wynikające z przepisów obowiązujących w stosunkach między jednostkami, takim jak wspólnoty terytorialne lub instytucje, które niezależnie od ich formy prawnej zostały upoważnione na podstawie aktu organu administracyjnego do wykonywania służby w interesie publicznym pod nadzorem tego organu” (punkt 46). Co ciekawe, ten punkt wyroku nie odnosi się ani do pkt 18, ani do pkt 20 wyroku Foster, lecz do pkt 19, wraz z wyrokiem Costanzo (wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r., 103/88, EU:C:1989:256), w pkt 31 („[…] w przypadku gdy są spełnione warunki ustanowione w orzecznictwie Trybunału dla powoływania się przez osoby prywatne na przepisy dyrektywy przed sądami krajowymi, wszystkie organy administracji, w tym zdecentralizowane organy takie jak gminy, mają obowiązek stosować wyżej wskazane przepisy”).

66 Punkt 47 wyroku i pkt 2) sentencji.

67 Wyrok z dnia 14 września 2000 r., C-343/98, EU:C:2000:441.

68 Zobacz pkt 7–9 wyroku.

69 Zobacz pkt 10–13 wyroku.

70 Dyrektywa z dnia 14 lutego 1977 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz.U. 1977, L 61, s. 26).

71 Punkt 19 wyroku.

stać im na przeszkodzie to, w jakim charakterze ono występuje, ponieważ konieczne jest uniemożliwienie czerpania przez państwo korzyści z uchybienia przez nie przepisom (ówczesnego) prawa wspólnotowego. Trybunał przytoczył następnie pkt 20 wyroku Foster i pozostawił w gestii sądu krajowego ustalenie, czy skarżący mogli powołać się bezpośrednio na dyrektywę 77/187, a także przedstawił odpowiedzi na pytania prejudycjalne co do istoty [72].

61. W wyroku Rieser Internationale Transporte [73] skarżące przedsiębiorstwo transportowe domagało się zwrotu jego zdaniem zawyżonych opłat wniesionych za przejazd autostradą Brenner. Pozwana (zwana dalej „Asfinag") to podmiot odpowiedzialny za budowę, planowanie, eksploatację, utrzymanie i finansowanie austriackich autostrad i dróg szybkiego ruchu, w tym autostrady Brenner, na podstawie koncesji pomiędzy tym organem a jedynym akcjonariuszem, mianowicie państwem austriackim. Przedsiębiorstwo transportowe (oraz Komisja) były zdania, że na istotne przepisy spornych dyrektyw można się powoływać przeciwko takiemu podmiotowi jak Asfinag z uwagi na bliskie powiązania łączące to przedsiębiorstwo z państwem w kontekście zarządzania austriackimi autostradami. Spółka Asfinag zakwestionowała tę wykładnię, podnosząc, że spółkę tę zawiązano w formie spółki akcyjnej prawa prywatnego, jej zarząd nie był związany poleceniami organów państwa austriackiego oraz że nie wykonywała ona obowiązków państwa i nakładała opłaty za przejazd autostradą, działając na własny rachunek [74].

62. Po przytoczeniu zasad regulujących wertykalny skutek bezpośredni, określonych w wyrokach Becker [75], Marshall [76] i Foster [77], Trybunał przywołał w dosłownym brzmieniu kryteria określone w pkt 20 wyroku Foster, które znalazły odzwierciedlenie w wyroku Collino i Chiappero [78]. Następnie Trybunał podjął się dokładnej analizy materiału przedłożonego mu w postanowieniu odsyłającym [79]. Trybunał uznał, że okoliczności faktyczne pozwalają wyraźnie stwierdzić, że spółka Asfinag działała w charakterze podmiotu, któremu na mocy ustawy przyjętej przez organy władzy publicznej powierzono świadczenie usługi użyteczności publicznej pod nadzorem rzeczonych organów i który w tym celu dysponował szczególnymi uprawnieniami, wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami [80]. Trybunał stwierdził zatem, że „tego rodzaju podmiot – niezależnie od jego formy prawnej – zalicza się do grupy podmiotów, w odniesieniu do których można powoływać się na przepisy dyrektywy wywierające bezpośredni skutek" [81].

63. W moim rozumieniu w wyroku Rieser Internationale Transporte Trybunał dokładnie powtórzył tok rozumowania przyjęty wcześniej w wyroku Foster. Na podstawie przedstawionego mu stanu faktycznego Trybunał był w stanie stwierdzić, że spółka Asfinag spełniała *wszystkie* kryteria wymienione w wyroku Foster. Asfinag zatem „zaliczała się w każdym wypadku" do podmiotów, przeciwko którym skarżący mógł powołać się na wertykalny skutek bezpośredni dyrektyw. Należy dodać, że orzeczenie Rieser Internationale Transporte pozwala bez cienia wątpliwości stwierdzić, że spółka akcyjna prawa prywatnego, której zarząd nie jest związany poleceniami ze strony państwa, może mimo wszystko stanowić podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego.

72 Zobacz pkt 20–25 wyroku. Zastosowanie przez Trybunał odniesienia do pkt 20 wyroku Foster (wraz z zawartym w nim stwierdzeniem, że podmiot, który spełnia wyszczególnione kryteria, „zalicza się w każdym wypadku" do grupy podmiotów, w odniesieniu do których można powoływać się na przepisy dyrektywy mogące wywierać bezpośredni skutek) można by poczytywać za delikatną wskazówkę skierowaną do sądu krajowego, że Telecom Italia w istocie była podmiotem działającym w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego.

73 Wyrok z dnia 5 lutego 2004 r., C-157/02, EU:C:2004:76.

74 Zobacz pkt 20 i 21 wyroku.

75 Wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r., 8/81, EU:C:1982:7, pkt 23–25.

76 Wyrok z dnia 26 lutego 1986 r., 152/84, EU:C:1986:84, pkt 49.

77 Wyrok z dnia 12 lipca 1990 r., C-188/89, EU:C:1990:313, pkt 16, 17.

78 Wyrok z dnia 14 września 2000 r., C-343/98, EU:C:2000:441, pkt 23.

79 Zobacz pkt 25, 26 wyroku.

80 Punkt 27 wyroku. Jednakże w kwestii „szczególnych uprawnień" w ramach kryteriów zob. pkt 130 i nast. poniżej.

81 Zobacz pkt 28 wyroku.

64. Postanowienie Sozialhilfeverband Rohrbach [82] dotyczyło pytania, czy umowy o pracę pracowników Sozialhilfeverband, instytucji pomocy społecznej prawa publicznego, podlegały przejęciu przez dwie nowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością prawa prywatnego, których jedynym udziałowcem była Sozialhilfeverband. W przypadku tego odesłania prejudycjalnego Trybunał orzekł w formie postanowienia z uzasadnieniem zgodnie z obecnym art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem. Wydaje się, że Trybunał położył główny nacisk na fakt, iż nowe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pozostawały pod kontrolą wyłącznego udziałowca, który stanowił podmiot działający w imieniu państwa. Na ile mogę to osądzić, Trybunał nie zbadał tak naprawdę kwestii ewentualnego posiadania przez Sozialhilfeverband szczególnych uprawnień [83].

65. W sprawie Vassallo [84] pozwanym był zakład leczniczy, a kwestia ustalenia, czy stanowił on podmiot działający w imieniu państwa, powstała w kontekście zarzutu niedopuszczalności. Zgodnie ze stanowiskiem zakładu leczniczego nie podlegał on ani państwu włoskiemu, ani ministerstwu. Był to zakład samodzielny, mający własnych kierowników, którzy w ramach ich kompetencji byli zobowiązani do stosowania wspomnianych przepisów prawa krajowego, których nie mogli kwestionować ani derogować [85]. Trybunał zadowolił się ustaleniem, że z postanowienia odsyłającego wynikało, iż sąd krajowy uważa za okoliczność ustaloną, że zakład ten stanowi instytucję sektora publicznego należącą do administracji publicznej. Okoliczności te Trybunał uznał za wystarczające (przy zastosowaniu tej samej rozszerzonej kategoryzacji podmiotu działającego w imieniu państwa, jak ta zaproponowana w wyroku Kampelmann i in.) do stwierdzenia, że zarzut niedopuszczalności podniesiony przez zakład leczniczy należy oddalić [86]. Także tym razem nie mogę doszukać się w analizie Trybunału jakiegokolwiek badania kwestii „szczególnych uprawnień". Nie jest też z natury rzeczy prawdopodobne (zob. wyrok Marshall), aby zakład leczniczy sektora publicznego dysponował tego rodzaju uprawnieniami.

66. W wyroku Farrell I Trybunał powołał się na kryteria określone w pkt 20 wyroku Foster (jak również w wyroku Collino i Chiappero w pkt 23 oraz Rieser Internationale Transporte w pkt 24), a nie w pkt 18 wyroku Foster. Jednakże Trybunał niezwłocznie stwierdził wyraźnie, że nie przekazano mu informacji wystarczających dla rozstrzygnięcia, czy MIBI stanowiło podmiot działający w imieniu państwa, pozostawiając tym samym rozstrzygnięcie tej kwestii sądowi krajowemu [87], co zgodnie z odpowiednią procedurą doprowadziło do wydania niniejszego postanowienia odsyłającego.

67. W wyroku Dominguez [88] Trybunał w składzie wielkiej izby rozpatrywał wysunięte na gruncie przekształconej dyrektywy dotyczącej czasu pracy (dyrektywy 2003/88/WE [89]) przez pracownika roszczenie przeciwko Centre informatique du Centre Ouest Atlantique (centrum przetwarzania danych dla regionu Centre Ouest Atlantique), które, jak zauważył Trybunał, było „podmiotem działającym w dziedzinie zabezpieczenia społecznego" [90]. Trybunał poprzestał na przywołaniu pkt 20 wyroku Foster i pozostawił w gestii sądu krajowego rozstrzygnięcie, czy na bezpośrednio skuteczny przepis prawa Unii (art. 7 ust. 1 dyrektywy 2003/88) można powołać się przeciwko pozwanemu [91]. W tym przypadku także brak było wyraźnie sformułowanego wniosku co do tego, czy pozwany dysponował szczególnymi uprawnieniami.

82 Postanowienie z dnia 26 maja 2005 r., C-297/03, EU:C:2005:315.

83 Aby zapoznać się ze stanem faktycznym, na którym opierało się postanowienie Trybunału, zob. pkt 11 i 12 postanowienia z uzasadnieniem. Zwięzła analiza pytania pierwszego (istotnego dla okoliczności faktycznych niniejszej sprawy), jakiej dokonał Trybunał, obejmuje pkt 27–30. Brak w niej jakiegokolwiek odniesienia do „szczególnych uprawnień".

84 Wyrok z dnia 7 września 2006 r., C-180/04, EU:C:2006:518.

85 Punkt 24 wyroku.

86 Zobacz pkt 26, 27 wyroku.

87 Wyrok z dnia 19 kwietnia 2007 r., *Farrell I*, C-356/05, EU:C:2007:229, pkt 40, 41.

88 Wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r., C-282/10, EU:C:2012:33.

89 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 4 listopada 2003 r. dotycząca niektórych aspektów organizacji czasu pracy (Dz.U. 2003, L 299, s. 9).

90 Punkt 36 wyroku.

91 Punkty 39, 40 wyroku.

68. Sprawa Carratù [92], którą rozpatrywał Trybunał, dotyczyła klauzul z określoną datą końcową w umowach o pracę. Pozwanym był Poste Italiane (włoski urząd pocztowy). Argumentacja Trybunału w przedmiocie statusu podmiotu działającego w imieniu państwa była przedstawiona w sposób zwięzły [93]. Trybunał odnotował fakt, że Poste Italiane jest przedsiębiorstwem stanowiącym w całości własność państwa włoskiego za pośrednictwem jej jedynego akcjonariusza: ministerstwa gospodarki i finansów oraz że pozostawało ono pod kontrolą państwa i Corte dei Conti (trybunału obrachunkowego), którego członek zasiadał w zarządzie Poste Italiane. W świetle powyższego Trybunał stwierdził, że zgodnie z wersją łącznego traktowania kryteriów Poste Italiane spełniał wszystkie przesłanki określone w wyroku Foster pozwalające uznać, że zalicza się „do grupy podmiotów", w odniesieniu do których można powoływać się w tym zakresie na przepisy dyrektywy wywierające bezpośredni skutek [94].

69. Przyznaję, że nie jestem pewna, czy w pełni rozumiem orzeczenie w sprawie Portgás (piąta izba) [95], wydane w tym samym dniu co wyrok Carratù (trzecia izba).

70. W czasie zaistnienia analizowanych owej sprawie zdarzeń Portgás był spółką akcyjną prawa portugalskiego, posiadającą wyłączną koncesję na świadczenie usług publicznych w sektorze gazowniczym w rozumieniu art. 2 dyrektywy Rady 93/38/EWG [96]. Spółka otrzymała pomoc finansową z Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, którą wykorzystała, w szczególności, na sfinansowanie zakupu liczników gazu. W następstwie audytu służby państwa portugalskiego [jednostka zarządzająca Programa Operacional Norte (programu operacyjnego północ)] nakazały zwrot rzeczonej pomocy finansowej na tej podstawie, że Portgás naruszył istotne zasady prawa Unii zawarte w dyrektywie 93/38, regulujące tego rodzaju zamówienie publiczne. Wspomniane zasady nie zostały jeszcze transponowane do portugalskiego porządku prawnego. Czy Portgás stanowił podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw, a jeżeli tak, czy samo państwo portugalskie mogło powoływać się przeciwko Portgásowi na dyrektywę, która nie została jeszcze wykonana?

71. W swojej opinii rzecznik generalny N. Wahl przeprowadził dwuczęściową analizę: (i) przeciwko komu można „wertykalnie" powołać się na bezpośrednio skuteczne przepisy dyrektywy i (ii) kto może powołać się na takie przepisy. Za punkt wyjścia rzecznik przyjął pkt 20 wyroku Foster, z uwagi na to, że „zawierał" on kryteria określone przez Trybunał w tamtej sprawie [97]. Rzecznik stwierdził, że fakt, iż Portgás był podmiotem posiadającym koncesję na świadczenie usług użyteczności publicznej i podmiotem zamawiającym w rozumieniu art. 2 dyrektywy 93/38, nie oznaczał koniecznie, że należało go uznać za podmiot działający w imieniu państwa; oraz że, uwzględniając, iż sąd odsyłający „nie dostarczył wystarczających informacji na temat Portgásu, umożliwiających ustalenie, czy przedsiębiorstwo to w czasie właściwym dla spornych okoliczności faktycznych dysponowało [szczególnymi] uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między

92 Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., C-361/12, EU:C:2013:830.

93 Wszystkie przedstawione dalej informacje na temat sprawy pochodzą z pkt 29–31 wyroku.

94 Co ciekawe, Trybunał nie cytował wyroku Foster bezpośrednio, ale przytoczył wyrok Kuso (wyrok z dnia 12 września 2013 r., C-614/11, EU:C:2013:544) (sprawa, w której wydano wyrok bez opinii), w którym cytowany jest pkt 20 wyroku Foster. Nie wydaje się także, aby w tamtym wyroku wysunięto konkretny wniosek w odniesieniu do „szczególnych uprawnień", ujętych w kryteriach określonych w wyroku Foster.

95 Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., C-425/12, EU:C:2013:829.

96 Dyrektywa z dnia 14 czerwca 1993 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. 1993, L 199, s. 84), zmieniona dyrektywą 98/4/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 lutego 1998 r. (Dz.U. 1998, L 101, s. 1).

97 Zobacz pkt 35 opinii rzecznika i przypis 16. Z moich dotychczasowych rozważań z łatwością będzie można wywnioskować, iż za kluczowy w wyroku Foster uważam pkt 18, a nie 20. W związku z tym należy zauważyć, że (w pkt 43 opinii) rzecznik generalny N. Wahl powołuje się na opinię rzecznika generalnego W. van Gervena w sprawie Foster (C-188/89, EU:C:1990:188) jako (jedyny) autorytet dla twierdzenia, że „okoliczność, iż przedsiębiorstwo prywatne świadczy jako wyłączny koncesjonariusz usługę użyteczności publicznej, nie wystarczy, aby umożliwić powołanie się przeciwko niemu na przepisy dyrektywy nietransponowanej do krajowego porządku prawnego. Musi zostać stwierdzone, że przedsiębiorstwo to dysponuje uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami i podlega nadzorowi organów władzy publicznej". Z uwagi na to, że Trybunał w wyroku Foster nie wykorzystał tej konkretnej sugestii w żaden sposób, trudno jest wywnioskować, jakie dalsze kroki w tej kwestii proponuje autorytet, na który się powołano.

jednostkami i było nadzorowane przez organy władzy publicznej, zgodnie z zasadą ustanowioną w wyroku [Foster] i z tradycyjnym podejściem przyjętym przez Trybunał w podobnych sprawach" do sądu odsyłającego należało zbadanie, czy wszystkie te przesłanki były spełnione [98]. Jeżeli jednak Portgás stanowił podmiot działający w imieniu państwa, rzecznik nie dostrzegł żadnej przeszkody w powołaniu się przez państwo przeciwko Portgásowi na bezpośrednio skuteczne przepisy [99].

72. W swoim wyroku Trybunał w pierwszej kolejności orzekł, że istotne przepisy dyrektywy 93/38 były w istocie bezwarunkowe i wystarczająco precyzyjne, aby wywoływać bezpośredni skutek [100]. Następnie Trybunał przytoczył pkt 20 wyroku Foster, znajdujący odzwierciedlenie w wyrokach Collino i Chiappero (pkt 23), Rieser Internationale Transporte (pkt 24), Farrell I (pkt 40) oraz Dominguez (pkt 39) [101]. Na podstawie tego orzecznictwa Trybunał wysunął wniosek, że „nawet jeśli podmiot jest objęty zakresem podmiotowym dyrektywy, to nie można powoływać się wobec niego przed sądami krajowymi na [przepisy] tej dyrektywy jako takie". (Podzielam ten wniosek, ale pragnę zasugerować, że podstawą jego sformułowania jest wyrok Faccini Dori [102], a nie przytoczone orzecznictwo).

73. Zaraz potem Trybunał wskazał, że „tym samym […] fakt, iż przedsiębiorstwo prywatne posiadające wyłączną koncesję na świadczenie usług użyteczności publicznej należy do podmiotów wyraźnie objętych zakresem podmiotowym dyrektywy 93/38, nie powoduje, że wobec tego przedsiębiorstwa można się powoływać na przepisy tej dyrektywy" [103]. W tym miejscu przychylam się do tego wniosku, ale z nieco innego powodu. Wydaje mi się, że art. 2 definiuje jedynie podmiotowy zakres zastosowania dyrektywy 93/38. Wyraźnie widać, że składa się on z dwóch części: art. 2 ust. 1 lit. a) (instytucje publiczne lub przedsiębiorstwa publiczne) oraz art. 2 ust. 1 lit. b) (podmioty zamawiające, które *nie* są instytucjami publicznymi ani przedsiębiorstwami publicznymi, ale prowadzą jedną lub więcej działalności spośród tych, o których mowa w art. 2 ust. 2, oraz „działają na podstawie praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych im przez właściwy organ państwa członkowskiego"). Nie widzę, w jaki sposób ta definicja zakresu podmiotowego (która odpowiada na pytanie, „kto ma obowiązek zastosować się do tej dyrektywy po jej wykonaniu"?) miałaby automatycznie dawać odpowiedź na pytanie innego rodzaju, mianowicie „czy w *braku* wykonania tej dyrektywy możliwe jest powołanie się na jej bezpośrednio skuteczne przepisy przeciwko wszystkim podmiotom, które w myśl tej definicji są objęte zakresem dyrektywy?".

74. W dalszej kolejności Trybunał wskazał, że „[k]onieczne jest […], by dana usługa użyteczności publicznej była realizowana pod kontrolą organu władzy publicznej, a omawiane przedsiębiorstwo dysponowało [szczególnymi] uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami", jako uzasadnienie podając pkt 25–27 wyroku Rieser Internationale Transporte. Odniosłam się już wcześniej do tej sprawy [104]. Wspomniane trzy punkty wyroku Rieser Internationale Transporte zawierały opis *zastosowania* pkt 20 wyroku Foster do okoliczności faktycznych wyszczególnionych w wyroku Rieser Internationale Transporte i doprowadziły do wniosku (w pkt 28, którego nie przytoczono w wyroku Portgás), że „podmiot tego rodzaju – niezależnie od jego formy

98 Zobacz pkt 45 opinii. Rzecznik generalny N. Wahl przytacza „w szczególności ww. wyroki: w sprawie Collino i Chiappero, pkt 24; w sprawie Farrell, pkt 41; a także w sprawie Dominguez, pkt 40" na poparcie, jak to opisuje, „tradycyjn[ego] podejści[a] przyjęt[ego] [przez Trybunał]". Możliwe, że rzecznik generalny miał przez to jedynie na myśli „pozostawienie sądowi krajowemu orzeczenia co do faktów" (co rzeczywiście Trybunał uczynił we wszystkich trzech przytoczonych sprawach). Jeżeli jednak rzecznik miał na myśli, że istnieje „tradycyjne podejście", przez które należy rozumieć wymóg łącznego występowania wszystkich przesłanek wymienionych w pkt 20 wyroku Foster, zanim możliwe będzie uznanie podmiotu za podmiot działający w imieniu państwa, z moich powyższych rozważań (w pkt 43–54) płynąć będzie jasny wniosek, iż nie przychylam się do twierdzenia, jakoby takie podejście było świadomie i stale stosowane w orzecznictwie Trybunału.

99 Zobacz pkt 62–66 opinii rzecznika generalnego N. Wahla.

100 Zobacz pkt 19, 20 wyroku.

101 Zobacz moja szczegółowa analiza wszystkich wspomnianych wyżej spraw. Poszczególne punkty przytoczone w pkt 24 wyroku *Portgás* zawierają odniesienie do pkt 20 wyroku *Foster* (i we wszystkich zastosowano frazeologię, która pozwala jasno stwierdzić, że podmiot, który spełnia wszystkie kryteria tam określone, należy do kategorii „podmiotów działających w imieniu państwa"). Autorytety, na które się powołano nie potwierdzają według mnie tezy, że pkt 20 wyroku Foster stanowi ostateczną definicję, obejmującą wszystkie podmioty działające w imieniu państwa.

102 Wyrok z dnia 14 lipca 1994 r., C-91/92, EU:C:1994:292, pkt 19–25 (w szczególności pkt 24, 25).

103 Zobacz pkt 25 wyroku.

104 Zobacz pkt 61–63 powyżej.

prawnej – *zalicza się* do grupy podmiotów, w odniesieniu do których można powoływać się na przepisy dyrektywy wywierające bezpośredni skutek”[105]. Jako takie nie zawierają one potwierdzenia tezy, że wszystkie przesłanki wymienione w pkt 20 wyroku Foster muszą zawsze występować, aby możliwe było zaklasyfikowanie danego podmiotu jako podmiotu działającego w imieniu państwa.

75. W pkt 27–30 Trybunał przeszedł do badania informacji, jakie posiadał odnośnie do Portgásu. Trybunał stwierdził, że z uwagi na to, iż nie dysponował wszystkimi informacjami niezbędnymi do rozstrzygnięcia, czy Portgás *był* podmiotem działającym w imieniu państwa, sąd krajowy powinien przeprowadzić stosowną analizę (pkt 31, w którym zawarto przeformułowanie treści pkt 20 wyroku Foster[106]). Druga część wyroku dotyczyła następnie pytania, czy samo państwo może powołać się przeciwko podmiotowi działającemu w jego imieniu na dyrektywę, która nie została jeszcze wykonana – na które Trybunał, podobnie jak rzecznik generalny, udzielił odpowiedzi twierdzącej[107].

76. Ośmielę się zasugerować, iż wydaje się, że piąta izba w wyroku Portgás orzekała bez pełnego zrozumienia, które kryterium należy zastosować. Ponadto nie wydaje mi się, aby nacisk na konieczność występowania wszystkich przesłanek wymienionych w pkt 20 wyroku Foster znajdował odzwierciedlenie gdziekolwiek indziej w dorobku orzeczniczym Trybunału powstałym po wydaniu wyroku Foster.

77. Na podstawie analizy orzecznictwa wydanego po wyroku Foster wnioskuję, że Trybunał niekoniecznie opowiada się za restrykcyjnym, łącznym kryterium dla ustalenia, co stanowi podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw. Prawdą jest, że zwykł powoływać się na pkt 20 wyroku Foster częściej niż na pkt 18 rzeczonego wyroku. Wydaje mi się jednak, biorąc pod uwagę rezultat, że Trybunał nie nalegał w sposób rygorystyczny na występowanie wszystkich wyszczególnionych tam przesłanek. Praktyką Trybunału, tak jak w wyroku Foster, było raczej dostarczenie sądowi krajowemu konkretnych i jednoznacznych wytycznych w tych przypadkach, gdzie Trybunał uznał, że dysponuje odpowiednim w tym celu materiałem (w szczególności w wyrokach Rieser Internationale Transporte). W pozostałych przypadkach pozostawiał rozstrzygnięcie kwestii spełnienia kryteriów sądowi krajowemu[108].

78. Nawet jeżeli dokonując takiej oceny, jestem w błędzie, biorąc pod uwagę fakt, że pytanie odnośnie do tego, w jaki sposób należy definiować podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego, jest obecnie przedmiotem rozważań wielkiej izby, Trybunał staje przed możliwością udzielenia niezbędnych wyjaśnień w kontekście rozpatrywanego odesłania prejudycjalnego.

W przedmiocie inspiracji z innych dziedzin prawa Unii

79. Pragnę w tym miejscu skupić się przez chwilę na zbadaniu, czy pomocne dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia mogą być trzy dziedziny prawa Unii – pomoc państwa, zasady regulujące wykonywanie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (zwanych dalej „UOIG”) oraz zamówienia publiczne – w odniesieniu do których Trybunał miał już okazję podnosić kwestie, które w ujęciu koncepcyjnym nie są tak odległe od analizowanego problemu, jakim jest udoskonalenie zbioru kryteriów określonego w wyroku Foster, pozwalających ustalić, czym jest podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw. Wszystkie te dziedziny zawierają

105 Wyróżnienie moje.

106 Nieco zmieniona wersja tego przeformułowania pojawia się następnie w akapicie drugim sentencji. Co się tyczy przesłanki „szczególnych uprawnień” w ramach kryteriów, zob. także pkt 129 i nast. poniżej.

107 Jak dotąd przedstawiciele doktryny zastanawiają się, czy ta ostatnia kwestia jest rzeczywiście niezwiązana z (wertykalnym lub horyzontalnym) skutkiem bezpośrednim dyrektyw, co wydają się sugerować zarówno rzecznik generalny, jak i Trybunał (kładąc zamiast tego nacisk na zobowiązanie państwa członkowskiego do zapewnienia zgodności z dyrektywą). Zobacz na przykład A. Albors-Llorens, *The direct effect of EU Directives*: fresh controversy or a storm in a tea-cup? Comment on Portgás, w: E.L.Rev. [2014], s. 851.

108 Zobacz pkt 58, 60, 65, 66 i 67 powyżej.

w sobie takie elementy jak organ władzy publicznej oraz świadczenie usług za wynagrodzeniem; wszystkie dotyczą sytuacji, w której państwo nawiązuje stosunki z różnego rodzaju podmiotami i przedsiębiorstwami. Nie jest moją intencją sugerowanie, że jakikolwiek zbiór zasad mający zastosowanie w tych dziedzinach prawa Unii może być automatycznie i całkowicie transponowany do kontekstu niniejszej sprawy. Zasady te mogą jednak w sposób użyteczny rzucić nieco światła na kryteria, jakie należy przyjąć w celu dokonania rozróżnienia pomiędzy „państwem i podmiotami działającymi w jego imieniu" a „podmiotami prywatnymi".

– Co się tyczy pomocy państwa (art. 107 TFUE)

80. Często konieczna jest ocena, czy dany środek stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 TFUE. W tym kontekście kryterium pozwalające stwierdzić, czy dany środek przynoszący korzyść przedsiębiorstwu „pochodzi od państwa", wykorzystywane jest w celu ustalenia, czy środek ten należy uznać za „pomoc przyznawaną przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych". Państwowy charakter środka obejmuje, z jednej strony, pojęcie przypisania środka państwu oraz, z drugiej strony, pojęcie wykorzystania zasobów państwowych.

81. W przypadkach, w których organ władzy publicznej przyznaje korzyść beneficjentowi, taki środek z definicji można przypisać państwu, nawet jeżeli odnośny organ jest pod względem prawnym niezależny od innych organów publicznych [109]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem nie dokonuje się rozróżnienia między przypadkami, w których pomoc jest przyznawana bezpośrednio przez państwo, a przypadkami, w których jest ona przyznawana przez organy publiczne lub prywatne, ustanowione lub wyznaczone przez państwo w celu zarządzania pomocą [110]. Tę samą zasadę stosuje się w przypadku, gdy organ publiczny wyznacza podmiot prywatny lub publiczny do zarządzania środkiem przynoszącym korzyść. Prawo Unii nie może bowiem dopuszczać sytuacji, w której fakt utworzenia niezależnych instytucji odpowiedzialnych za rozdzielanie pomocy pozwala obejść zasady pomocy państwa [111].

82. Możliwość przypisania środka pomocy państwu jest mniej oczywista, jeżeli korzyści przyznaje się za pośrednictwem przedsiębiorstw publicznych [112]. W takich przypadkach należy ustalić, czy możliwe jest uznanie, że organy publiczne uczestniczyły w taki lub inny sposób w przyjęciu tego środka. Sama zatem okoliczność, że przedsiębiorstwo publiczne przyjęło środki, nie wystarcza do przypisania przyjętych przez nie środków państwu [113]. Jednakże nie ma konieczności wykazania, iż w konkretnym przypadku władze publiczne rzeczywiście zachęcały przedsiębiorstwo publiczne do przyjęcia danego środka [114].

109 Zobacz zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (zwane dalej „zawiadomieniem Komisji w sprawie pomocy państwa"). Zawiadomienie to zmieniono ostatnio w czerwcu 2016 r. (Dz.U. 2016, C 262, s. 1).

110 Wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 23.

111 Wyroki: z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 23 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 20 listopada 2003 r., *GEMO*, C-126/01, EU:C:2003:622, pkt 23. Zobacz także wyrok z dnia 12 grudnia 1996 r., *Air France/Komisja*, T-358/94, EU:T:1996:194, pkt 62. Zobacz wreszcie opinia rzecznik generalnej J. Kokott w sprawie *UTECA*, C-222/07, EU:C:2008:468, pkt 124.

112 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 24. Użyteczną definicję przedsiębiorstwa publicznego zawarto w dyrektywie Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.U. 2006, L 318, s. 17) Artykuł 2 lit. b) tej dyrektywy przewiduje, że „przedsiębiorstwa publiczne" oznaczają „każde przedsiębiorstwo, na które władze publiczne mogą, bezpośrednio lub pośrednio, wywierać dominujący wpływ z racji bycia jego właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego lub ze względu na zasady, które nim rządzą".

113 Wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 52. Zobacz także wyrok z dnia 26 czerwca 2008 r., *SIC/Komisja*, T-442/03, EU:T:2008:228, pkt 93–100.

114 Wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 53. Ponadto nie jest konieczne wykazanie, że w danym przypadku przedsiębiorstwo publiczne zachowałoby się inaczej, gdyby działało w sposób autonomiczny: zob. wyrok z dnia 25 czerwca 2015 r., *SACE i Sace BT*/Komisja, T-305/13, EU:T:2015:435, pkt 48.

83. Ponieważ stosunki między państwem a przedsiębiorstwami publicznymi są z konieczności bliskie, istnieje realne zagrożenie, że pomoc państwa można przyznać za pośrednictwem takich przedsiębiorstw w sposób nieprzejrzysty i z naruszeniem ustanowionych w traktacie zasad dotyczących pomocy państwa [115]. Ponadto właśnie ze względu na uprzywilejowane relacje między państwem a przedsiębiorstwami publicznymi co do zasady w danym konkretnym przypadku znacznie utrudnione będzie wykazanie przez podmioty trzecie, że wdrożone przez to przedsiębiorstwo środki pomocowe zostały przyjęte na polecenie organów władzy publicznej [116].

84. Z tych względów wniosek o istnieniu możliwości przypisania państwu środka przyjętego przez przedsiębiorstwo publiczne może *zostać wyciągnięty na podstawie zbioru wskaźników* wynikających z okoliczności sprawy oraz z kontekstu, w którym przyjęto dany środek [117].

85. Co się tyczy wykorzystania zasobów państwowych, zasadniczo wyłącznie korzyści przyznane w sposób bezpośredni lub pośredni przy użyciu zasobów państwowych mogą stanowić pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Jednakże z orzecznictwa wynika, że zasoby podmiotów prywatnych także można, w określonych okolicznościach, uznać za zasoby państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Źródło zasobów nie jest istotne, pod warunkiem że przed przekazaniem ich w sposób bezpośredni lub pośredni beneficjentom, pozostają one pod kontrolą publiczną, a zatem są dostępne dla organów krajowych [118]. Nie jest konieczne, aby zasoby stały się własnością organu władzy publicznej [119].

86. Czy oznacza to, że w przypadku gdy przedsiębiorstwo lub podmiot otrzymują finansowanie z budżetu państwa, a finansowanie odbywa się zgodnie z warunkami pozwalającymi zakwalifikować je jako pomoc państwa w rozumieniu art. 107 TFUE, fakt ten wystarcza, aby beneficjent uzyskał status podmiotu działającego w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw? Nie sądzę. Wobec tego wydaje mi się, że prywatny bank czy kopalnia, które były beneficjentami pomocy w celu przeprowadzenia restrukturyzacji, nie uzyskałyby statusu podmiotu działającego w imieniu państwa na gruncie wyroku Foster. Patrząc z przeciwnej perspektywy, nie mogę sobie też wyobrazić sytuacji, w której sam fakt, że przedsiębiorstwo lub podmiot otrzymują finansowanie ze środków publicznych na cele związane z dostarczaniem produktów lub świadczeniem usług, spowodowałby, że uzyskałby on status podmiotu działającego w imieniu państwa. Wobec tego przedsiębiorstwo odpowiedzialne za dostawę artykułów biurowych do ministerstwa na mocy zamówienia publicznego udzielonego w wyniku procedury udzielania zamówień publicznych nie byłoby objęte zakresem tej definicji.

115 Wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 53.

116 Wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 54.

117 Wyrok z dnia 16 maja 2002 r., Francja/Komisja, C-482/99, EU:C:2002:294, pkt 55 (wyróżnienie moje). Potencjalne wskaźniki możliwości przypisania środka państwu wyszczególniono w sekcji 3.1.1. zawiadomienia Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa. Obejmują one zintegrowanie przedsiębiorstwa publicznego ze strukturami administracji publicznej, fakt, że przedsiębiorstwo, za pośrednictwem którego udzielono pomocy, musiało uwzględniać wytyczne organów rządowych, charakter działalności przedsiębiorstwa publicznego i to, czy prowadziło ją na rynku w warunkach normalnej konkurencji z podmiotami prywatnymi.

118 Zobacz na przykład wyroki: z dnia 17 lipca 2008 r., *Essent Netwerk Noord i in.*, C-206/06, EU:C:2008:413, pkt 70; z dnia 16 maja 2000 r., Francja*/Ladbroke Racing i Komisja*, C-83/98 P, EU:C:2000:248, pkt 50.

119 Zobacz wyrok z dnia 12 grudnia 1996 r., *Air France*/Komisja, T-358/94, EU:T:1996:194, pkt 65–67 mający za przedmiot pomoc przyznaną przez Caisse des Dépôts et Consignations, finansowaną z dobrowolnych wpłat dokonywanych przez osoby fizyczne, które można było wycofać w dowolnym momencie. Z uwagi na fakt, że Caisse des Dépôts et Consignations mogła korzystać z nadwyżek środków, których źródłem była przewaga wpłat nad wypłatami, tak jak gdyby dysponowała nimi na stałe, uznano, że środki te stanowią zasoby państwowe. Zobacz także wyrok z dnia 16 maja 2000 r., Francja*/Ladbroke Racing i Komisja*, C-83/98 P, EU:C:2000:248, pkt 50.

– Co się tyczy UOIG

87. Przedsiębiorstwa, którym powierzono świadczenie UOIG w rozumieniu art. 106 ust. 2 TFUE, „podlegają normom traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych” [120]. Pod warunkiem, że przedsiębiorstwa te wpisują się w zakres tego postanowienia, fakt, iż otrzymują one środki finansowe od państwa lub uzyskują szczególne lub wyłączne uprawnienia, nie będzie prowadzić do wniosku, że porozumienie to stanowi (zakazaną) pomoc państwa. Cztery przesłanki stosowane w celu ustalenia, czy dane przedsiębiorstwo świadczy UOIG, zdefiniowano w dobrze znanym wyroku Altmark [121].

88. Pierwsza przesłanka z wyroku Altmark (jedyna z wszystkich czterech, która jest istotna w kontekście niniejszej dyskusji) określa wymóg, zgodnie z którym „przedsiębiorstwo będące beneficjentem powinno być rzeczywiście obciążone wykonaniem zobowiązań do świadczenia usług publicznych i zobowiązania te powinny być jasno określone”. Sąd dodał w tym względzie jeszcze dwa kolejne wymogi: „*istnienie aktu władzy publicznej powierzającego danym podmiotom gospodarczym* zadanie świadczenia UOIG, a także powszechny i obowiązkowy charakter takiego zadania” oraz że „państwo członkowskie powinno wskazać przyczyny, dla których uważa, iż dana usługa zasługuje, *ze względu na swój szczególny charakter*, na uznanie za UOIG i *wyróżnienie jej spośród innych rodzajów działalności gospodarczej*” [122].

89. Wspomniane orzecznictwo, wraz z praktyką Komisji w odniesieniu do przedsiębiorstw, które twierdzą, że wykonują UOIG [123], pokazują, że usługi tego rodzaju obejmują *działania wpisujące się w misję publiczną państwa, których wykonanie państwo z określonych przyczyn postanowiło powierzyć osobie trzeciej*. Rozpatrując tę kwestię z nieco innej perspektywy: organy władzy publicznej państw członkowskich (na szczeblu krajowym, regionalnym lub lokalnym, w zależności od podziału kompetencji przyjętego w ramach krajowego porządku prawnego) dokonują klasyfikacji usług, które mają być świadczone, jako usług w ogólnym interesie, w związku z czym wiążą je ze szczególnym obowiązkiem świadczenia usług użyteczności publicznej. Termin UOIG obejmuje zarówno działalność gospodarczą, jak i działalność niemającą charakteru gospodarczego [124].

90. Istotną cechą charakteryzującą przedsiębiorstwo świadczące UOIG jest to, że świadczy ono usługę, która leży w ogólnym interesie publicznym, a która nie byłaby świadczona na wolnym rynku (lub byłaby jedynie świadczona na innych warunkach, jeżeli chodzi o obiektywną jakość, bezpieczeństwo, przystępność cenową, równe traktowanie czy powszechny dostęp) bez interwencji publicznej (tzw.

120 Postanowienie to obejmuje także przedsiębiorstwa „mające charakter monopolu skarbowego”. Moim zdaniem ta ostatnia kategoria nie jest istotna w kontekście niniejszej dyskusji.

121 Wyrok z dnia 24 lipca 2003 r., *Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg* (zwany dalej „wyrokiem Altmark”), C-280/00, EU:C:2003:415, pkt 89 i nast.

122 Zobacz wyrok z dnia 12 lutego 2008 r., *BUPA i in./Komisja*, T-289/03, EU:T:2008:29, pkt 172 (wyróżnienie moje). Zobacz także wyrok z dnia 10 grudnia 1991 r., *Merci convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, pkt 27.

123 Zobacz dokument roboczy służb Komisji z dnia 29 kwietnia 2013 r. „Przewodnik dotyczący stosowania przepisów prawa Unii Europejskiej z zakresu pomocy państwa, zamówień publicznych i rynku wewnętrznego do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności do usług socjalnych świadczonych w interesie ogólnym” (SWD(2013) 53 final/2). Zobacz także komunikat Komisji – Zasady ramowe Unii Europejskiej dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (2011) (Dz.U. 2012, C 8, s. 15).

124 Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 20 grudnia 2011 r. „Ramy jakości dotyczące usług świadczonych w interesie ogólnym” COM(2011) 900 wersja ostateczna, s. 3.

„kryterium zawodności rynku”)[125]. Oczywistym przykładem byłoby prowadzenie apteki na odległym obszarze wiejskim. Trybunał ustalił zatem, że UOIG są usługami posiadającymi szczególne cechy charakterystyczne w porównaniu z innymi rodzajami działalności gospodarczej[126]. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem organy władzy publicznej w państwach członkowskich dysponują szerokim zakresem uznania w odniesieniu do definicji usług, które uważają za UOIG, a definicja tych usług opracowana przez państwo członkowskie może być podana przez Komisję w wątpliwość jedynie w przypadku oczywistego błędu[127]. Warto zauważyć (jednak bez zaskoczenia), że zakres i organizacja UOIG znacznie różnią się w poszczególnych państwach członkowskich, w zależności od historii i kultury interwencji publicznych w każdym z tych państw. Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym charakteryzują się zatem dużą różnorodnością. Różnice w potrzebach i preferencjach odbiorców mogą wynikać z odmiennej sytuacji geograficznej, społecznej lub kulturowej. Określenie charakteru i zakresu usług klasyfikowanych jako usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym leży zatem (słusznie) w gestii organów władzy publicznej w poszczególnych państwach członkowskich.

91. Świadczenie UOIG będzie się wiązało z przyjęciem przez dostawcę określonych ograniczeń lub zobowiązania się do wykonania określonych zadań, które nie wchodziłyby w grę, gdyby dostawca ten świadczył podobną usługę na zasadach komercyjnych. Niewyczerpujący wykaz tego rodzaju ograniczeń lub zobowiązań mógłby obejmować: świadczenie usług na zasadzie powszechności na rzecz wszystkich osób chcących z nich korzystać (zamiast dysponowania swobodą wyboru grupy klientów); obowiązek świadczenia usług zawsze (zamiast dysponowania swobodą wyboru, czy świadczyć usługę, kiedy i gdzie); a także konieczność świadczenia usługi niezależnie od tego, czy świadczenie jej na rzecz określonego klienta czy w określonych okolicznościach jest uzasadnione komercyjnie. W zamian przedsiębiorstwo świadczące UOIG zwykle czerpie korzyści w związku z przyznaniem mu wyłącznych praw określonego rodzaju oraz otrzymywaniem płatności od państwa w wysokości przekraczającej cenę, która miałaby zastosowanie w odniesieniu do usługi świadczonej w normalnych warunkach rynkowych.

92. Świadczenie UOIG może w niektórych przypadkach obejmować także przyznanie szczególnych uprawnień w rozumieniu orzecznictwa wywodzącego się z wyroku Foster (przykładowo uprawnienie do stosowania środków przymusu wobec jednostek), *ale nie jest to warunek konieczny*. Powrócę do tej istotnej kwestii w dalszej części opinii[128].

125 Idem, s. 3. Zobacz także komunikat Komisji w sprawie usług użyteczności publicznej w Europie (Dz.U. 2001, C 17, s. 4), pkt 14, który przewiduje, że „jeżeli jednak władze publiczne uznają, iż pewne usługi leżą w ogólnym interesie a siły rynkowe nie mogą ich zapewnić w sposób zadowalający, mogą one ustanowić szereg specjalnych przepisów dotyczących usług celem zadośćuczynienia tym potrzebom w formie obowiązków świadczenia usług użyteczności publicznej”. Zobacz w szczególności, w kontekście pomocy państwa w sektorze sieci szerokopasmowych, komunikat Komisji – Wytyczne UE w sprawie stosowania reguł pomocy państwa w odniesieniu do szybkiej budowy/rozbudowy sieci szerokopasmowych (Dz.U. 2013, C 25, s. 1), pkt 20, który przewiduje, iż „Komisja uważa, że na obszarach, na których prywatni inwestorzy zainwestowali już w szerokopasmową infrastrukturę sieciową (lub są w trakcie dalszej rozbudowy sieci) i już świadczą konkurencyjne usługi dostępu szerokopasmowego przy odpowiednim zasięgu sieci szerokopasmowej, nie można uznać budowy równoległej konkurencyjnej i finansowanej ze środków publicznych infrastruktury szerokopasmowej za UOIG w rozumieniu art. 106 ust. 2 TFUE”. Zobacz także wyrok z dnia 16 września 2013 r., *Colt Télécommunications France*/Komisja, T-79/10, niepublikowany, EU:T:2013:463, pkt 154, w którym Sąd orzekł, że „warunkiem wstępnym zaklasyfikowania działalności jako [UOIG] jest istnienie zawodności rynkowej”.

126 Wyroki: z dnia 10 grudnia 1991 r., *Merci convenzionali porto di Genova*, C-179/90, EU:C:1991:464, pkt 27; z dnia 17 lipca 1997 r., *GT-Link*, C-242/95, EU:C:1997:376, pkt 53; z dnia 18 czerwca 1998 r., *Corsica Ferries France*, C-266/96, EU:C:1998:306, pkt 45.

127 Zobacz na przykład opinia rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie *Ferring*, C-53/00, EU:C:2001:253, pkt 51. Zobacz także wyrok z dnia 15 czerwca 2005 r., *Olsen*/Komisja, T-17/02, EU:T:2005:218, pkt 216 i przytoczone tam orzecznictwo; zob. także komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz.U. 2012, C 8, s. 4), pkt 46.

128 Zobacz pkt 129 i nast. poniżej.

– *Co się tyczy zamówień publicznych*

93. W prawie zamówień publicznych Unii Europejskiej pojęcie „państwa" i podmiotów działających w jego imieniu jest zbieżne z pojęciem „instytucji zamawiającej". Od tego z kolei zależy, czy zamówienia należy udzielić zgodnie z przepisami w zakresie zamówień publicznych czy też zgodnie z inną procedurą [129].

94. Artykuł 2 ust. 1 pkt 1) dyrektywy 2014/24/UE definiuje „instytucje zamawiające" jako „państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego". Na gruncie art. 2 ust. 1 pkt 4) „podmiot prawa publicznego" oznacza „podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy: a) został utworzony w konkretnym celu *zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego*; b) posiada *osobowość prawną*; oraz c) jest *finansowany w przeważającej części przez państwo*, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; *bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów*; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego" [130].

95. Wspomniane przesłanki łączne [131] dotyczą nie tylko *statusu prawnego* (osobowości prawnej) podmiotu i jego *organicznego powiązania* z państwem (poprzez finansowanie lub kontrolę), ale także *misji publicznej* instytucji zamawiającej (zaspokajanie potrzeb leżących w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego lub komercyjnego).

96. Na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że definicja ta jest węższa niż klasyczne kryteria określone w wyroku Foster. W praktyce jednak Trybunał interpretuje ją szeroko, w sposób elastyczny i z uwzględnieniem szczególnych okoliczności danej sprawy.

97. Wobec tego w wyroku University of Cambridge Trybunał orzekł, że „chociaż sposób finansowania danego podmiotu może zdradzać, czy jest on ściśle zależny od innej instytucji zamawiającej, nie ulega wątpliwości, że kryterium to nie ma charakteru bezwzględnego. Nie wszystkie płatności dokonywane przez instytucję zamawiającą wywołują skutki w postaci tworzenia lub wzmocnienia szczególnego stosunku podporządkowania lub zależności. Jedynie finansowanie lub wspieranie poprzez pomoc pieniężną działalności danego podmiotu, dokonywane bez żadnego konkretnego świadczenia wzajemnego, może zostać zakwalifikowane jako finansowanie publiczne" [132]. Z powyższego wynika, że wyrażenie „finansowany […] przez [co najmniej jedną instytucję zamawiającą] w art. 1 lit. b) akapit drugi tiret trzecie dyrektyw 92/50, 93/36 i 93/37, prawidłowo interpretowane, obejmuje nagrody i dotacje wypłacane przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą w celu wspierania działań badawczych oraz granty studenckie wypłacane przez lokalne władze oświatowe na rzecz uniwersytetów

129 Zobacz art. 1 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. 2014, L 94, s. 65); sprostowanie Dz.U. 2016, L 24, s. 14. W art. 1 ust. 4 podkreślono, że „[n]iniejsza dyrektywa nie ogranicza swobody państw członkowskich w zakresie definiowania, zgodnie z prawem [Unii], [UOIG], sposobu ich organizacji i finansowania – zgodnie z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej – a także określania tego, jakim szczegółowym obowiązkom usługi te powinny podlegać. Niniejsza dyrektywa nie wpływa również na decyzje organów publicznych dotyczące tego, czy chcą one – oraz w jaki sposób i w jakim stopniu – samodzielnie realizować funkcje publiczne zgodnie z art. 14 TFUE oraz protokołem nr 26".

130 Wyróżnienie moje.

131 Trybunał potwierdził łączny charakter trzech przesłanek w wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r., *Mannesmann Anlagenbau Austria i in.*, C-44/96, EU:C:1998:4, pkt 21. Zobacz także wyrok z dnia 16 października 2003 r., *Komisja/Hiszpania*, C-283/00, EU:C:2003:544, pkt 69.

132 Wyrok z dnia 3 października 2000 r., *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, pkt 21.

z tytułu czesnego dla określonych studentów. Płatności dokonywane przez co najmniej jedną instytucję zamawiającą w kontekście umowy o świadczenie usług obejmujących prace badawcze lub tytułem wynagrodzenia za inne usługi, takie jak konsultacje czy organizacja konferencji, nie stanowią z kolei finansowania publicznego w rozumieniu rzeczonych dyrektyw” [133].

98. W wyroku Mannesmann Anlagenbau Trybunał orzekł, że podmiot taki jak Österreichische Staatsdruckerei, którego działania obejmowały druk rotacyjny w oparciu o proces „heatset”, który ustanowiono z mocy prawa i który prowadził działalność w interesie ogólnym, lecz także o charakterze komercyjnym, należy uznać za podmiot prawa publicznego, a zatem za instytucję zamawiającą: w rezultacie zamówienia na roboty budowlane, niezależnie od ich charakteru, udzielane przez ten podmiot należy uznać za zamówienia publiczne [134]. Trybunał zasadniczo stwierdził, że z chwilą gdy dany podmiot rozpoczyna wykonywanie części powierzonych mu zadań w interesie publicznym, wpisuje się on w zakres dyrektywy w sprawie zamówień publicznych w odniesieniu do wszystkich swoich ofert.

99. W wyroku Adolf Truley Trybunał podkreślił, że pojęcie „potrzeb w interesie ogólnym” wymagało autonomicznej i jednolitej wykładni w całej Unii Europejskiej, a wykładnia ta miała być dokonana z uwzględnieniem kontekstu i celu dyrektywy [135]. Trybunał rozwinął swoje stanowisko w wyroku Komisja/Hiszpania, stwierdzając, że „przy ustalaniu, czy istnieje potrzeba w interesie ogólnym, która nie ma charakteru przemysłowego lub komercyjnego, należy wziąć pod uwagę istotne okoliczności natury prawnej i faktycznej, takie jak te, które miały miejsce w chwili utworzenia zainteresowanego podmiotu, jak również warunki, w jakich prowadzi on działalność, w tym, między innymi, brak konkurencji na rynku, fakt, że głównym celem działalności podmiotu nie jest czerpanie zysku, fakt, iż nie ponosi on ryzyka związanego z działalnością, jak również wszelkie finansowanie omawianej działalności ze środków publicznych” [136].

100. Ogólnie rzecz biorąc, potrzeby w interesie ogólnym, kluczowe dla zdefiniowania, czy dany podmiot realizuje misję publiczną, obejmują, „po pierwsze, te, które są zaspokajane w sposób inny niż poprzez dostępność towarów i usług na rynku oraz, po drugie, te, które z przyczyn związanych z interesem ogólnym, decyzją państwa świadczone są przez samo państwo lub na które państwo chce zachować decydujący wpływ” [137].

101. Nadszedł czas, żeby zatrzymać się na chwilę, podsumować sytuację i zadać pytania: czy wszystkie podmioty lub przedsiębiorstwa, którym powierzono realizację misji publicznej, odpowiadającej przesłance pierwszej z wyroku Altmark, lub którym powierzono świadczenie UOIG, należy uznać za podmioty działające w imieniu państwa? Jeżeli odpowiedź w kontekście obu założeń jest twierdząca (a zarazem niezależnie od tego, czy jest to wystarczający, czy jedynie konieczny, wymóg, aby wpisywać się w zakres definicji), to czy należy sformułować kolejną przesłankę, zgodnie z którą wspomniana misja publiczna ma być wyraźnie zdefiniowana jako taka na gruncie właściwych ram legislacyjnych lub regulacyjnych? Tego rodzaju dodatkowa przesłanka mogłaby odgrywać użyteczną rolę, przyczyniając się do zwiększenia pewności prawa, zarówno z perspektywy zainteresowanego podmiotu lub przedsiębiorstwa, jak i z perspektywy jednostki chcącej powołać się na zasadę wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw. Ponadto w sytuacji gdy podmiot ma już status podmiotu działającego w imieniu państwa w odniesieniu do określonej działalności, jaką prowadzi, czy należy uznać go za podmiot działający w imieniu państwa w odniesieniu do wszystkich realizowanych przez niego działań, czy też jest to zbyt szerokie potraktowanie tematu?

133 Wyrok z dnia 3 października 2000 r., *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, pkt 26. Trybunał stwierdził następnie, że decyzję co do tego, czy podmiot taki jak University of Cambridge jest „instytucją zamawiającą”, należało podejmować co roku oraz że rok budżetowy, w którym rozpoczęto procedurę udzielania zamówień publicznych, należało uznać za najbardziej odpowiedni okres na ustalenie sposobu finansowania tego podmiotu (pkt 40, 41).

134 Wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r., Mannesmann Anlagenbau Austria i in., C-44/96, EU:C:1998:4, pkt 35.

135 Wyrok z dnia 27 lutego 2003 r., *Adolf Truley*, C-373/00, EU:C:2003:110, pkt 33–40.

136 Wyrok z dnia 16 października 2003 r., Komisja/Hiszpania, C-283/00, EU:C:2003:544, pkt 81.

137 Wyrok z dnia 10 maja 2001 r., *Agorà i Excelsior*, C-223/99 i C-260/99, EU:C:2001:259, pkt 37.

102. Dwa przykłady mogą okazać się w tym miejscu pomocne w podkreśleniu kwestii praktycznych, jakie powstają w sytuacji, gdy kryteria z wyroku Foster stosuje się zgodnie z ich obecnym brzmieniem.

103. W moim pierwszym przykładzie X jest spółką świadczącą usługi w zakresie ochrony osób i mienia. Spółka realizuje dwa kontrakty. Jeden zawarto z dużą prywatną kancelarią prawniczą, która chce zapewnić odpowiednie rozwiązania w zakresie bezpieczeństwa w swoich biurach. Drugi kontrakt spółka zawarła z jednostką administracji rządowej, która zleciła spółce zewnętrznej wykonywanie obowiązków w zakresie straży więziennej w więzieniu o średnim rygorze. Obiektywnie rzecz biorąc, rzeczywiste usługi świadczone w obu tych kontekstach są praktycznie identyczne. Pierwszy kontrakt to zwyczajny kontrakt na gruncie prawa prywatnego, zawarty pomiędzy dwoma podmiotami prywatnymi. Drugi kontrakt wymaga od X realizacji misji publicznej powierzonej przez państwo. Na skutek delegowania uprawnień X wykonuje uprawnienia państwa i faktycznie dysponuje szczególnymi uprawnieniami (mianowicie uprawnieniem w zakresie zatrzymania).

104. W moim drugim przykładzie Y jest spółką świadczącą usługi promowe. Spółka obsługuje dwie trasy. Jedna z nich to popularna trasa oferująca szerokie możliwości pozyskania potencjalnych klientów, zarówno w zakresie przewozu ładunków, jak i pasażerów. Dwie inne spółki stanowią dla Y konkurencję na tej trasie, ale nadal jest ona atrakcyjna i Y może decydować o intensywności świadczenia usług promowych w zależności od zapotrzebowania. Trasa ta stanowi solidną ofertę handlową. Druga trasa wiedzie od części kontynentalnej do niewielkiej, odległej wyspy. Usługi promowe to jedyna szansa dla mieszkańców wyspy na kontakt ze światem zewnętrznym. Dotychczas była ona obsługiwana pod bezpośrednią kontrolą władz lokalnych, ale teraz lokalne władze postanowiły zorganizować przetarg i wskazać (jedynego) dostawcę usług. Ta trasa to antyteza solidnej oferty handlowej. Instytucja zamawiająca zaznaczyła, że usługa promowa ma być świadczona przez cały rok, niezależnie od pogody, liczby pasażerów czy ilości ładunku na pokładzie danego promu przy każdorazowej przeprawie. Spółka Y bierze udział w przetargu i jest zwycięskim oferentem. Zarządzając pierwszą trasą, Y występuje w roli zwykłego przedsiębiorcy. Zarządzając drugą trasą, Y realizuje misję publiczną. Usługi w zakresie transportu promowego na wyspę wyraźnie wpisują się w zakres UOIG. Na warunkach zaproponowanych przez władze lokalne kontrakt istotnie nie jest zbyt atrakcyjny z czysto komercyjnego punktu widzenia. Chociaż Y mogła ubiegać się o swego rodzaju preferencyjne traktowanie, wyłączność czy szczególne uprawnienia, elementy te nie są niezbędne do świadczenia UOIG i mogły nie zostać przyznane.

105. Przytoczone dwa przykłady wydają się prowadzić do wniosku, że, w zależności od konkretnych okoliczności, ten sam podmiot może stanowić podmiot działający w imieniu państwa w odniesieniu do określonej części jego działalności, podczas gdy w odniesieniu do innego rodzaju działalności nie ma takiego statusu. Należy podkreślić, że rozróżnienie to *nie* zależy od tego, *w jakim charakterze* występuje ów podmiot. Z wyroków Marshall i Foster jasno wynika, że jest to nieistotne; w obu sytuacjach opisanych w przedstawionych przeze mnie dwóch przykładach X i Y rzeczywiście występują w tym samym charakterze. Kluczowa różnica w poszczególnych przypadkach jest tego rodzaju, że w jednej sytuacji podmiot działa czysto komercyjnie, podczas gdy w drugiej sytuacji ten sam podmiot realizuje misję publiczną. Wspomniane dwa przykłady pokazują także, że o ile X dysponuje „szczególnymi uprawnieniami", realizując swoją misję publiczną, Y nie ma takich uprawnień.

106. W świetle powyższego powrócę teraz do pytania drugiego skierowanego przez sąd odsyłający.

107. Po pierwsze, wydaje mi się, że kluczowa podstawowa zasada zdaje się wynikać bezpośrednio z utrwalonego orzecznictwa. Polega ona na tym, że jednostka może powołać się na precyzyjne i bezwarunkowe przepisy dyrektywy przeciwko państwu, niezależnie od charakteru, w jakim państwo występuje, ponieważ „konieczne jest uniemożliwienie czerpania przez państwo korzyści z uchybienia

przez nie przepisom prawa [Unii]”[138].

108. Po drugie, pragnę podkreślić (możliwe, że oczywistą) kwestię, iż przyznawanie praw jednostkom często ma swoją cenę. Wobec tego, podając chociażby jeden przykład, przyznanie pracownikowi chronionych praw pracowniczych powoduje powstanie po stronie pracodawcy zobowiązania w zakresie utrzymania zainteresowanego pracownika lub wypłaty na jego rzecz odszkodowania za naruszenie postanowień umowy o pracę.

109. Po trzecie, pojęcie podmiotu działającego w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego winno stanowić autonomiczne pojęcie prawa Unii. Pojęcie to reguluje w sposób bezpośredni kwestię tego, kto może dochodzić bezpośrednio skutecznych praw przyznanych na mocy dyrektywy, która nie została prawidłowo wykonana w terminie przez państwo członkowskie, a kto nie może ich dochodzić. Podstawowy wymóg, zgodnie z którym prawo Unii należy interpretować w sposób jednolity na całym jej terytorium[139], staje na przeszkodzie przyjęciu jakiejkolwiek definicji, której zakres może różnić się w zależności od poszczególnych definicji będących częścią danych krajowych systemów prawa w odniesieniu do pojęć „usługi użyteczności publicznej” lub „szczególnych uprawnień” bądź tego, co należy klasyfikować jako „państwo” w myśl krajowego prawa konstytucyjnego.

110. Po czwarte, dokładnie ze względu na tę różnorodność terminologii i definicji w krajowych porządkach prawnych, definicja podmiotu działającego w imieniu państwa musi być koniecznie sformułowana w prawie Unii w sposób abstrakcyjny.

111. Po piąte, wiele się zmieniło od wydania przez Trybunał wyroku Foster w 1990 r. Wiele państw członkowskich znacznie zwiększyło liczbę misji, które nie są już realizowane „wewnętrznie”. Charakter podmiotów, którym państwa powierzają realizację tych misji, także stał się bardziej zróżnicowany. O ile proces prywatyzacji majątku należącego do państwa, a wraz z nim obowiązków uprzednio wykonywanych przez państwo (jak w sprawie Marshall) w żadnym wypadku nie zatrzymał się, obecnie istnieje możliwość przeniesienia tych obowiązków na „partnerstwo publiczno-prywatne” w drodze udzielenia zamówienia lub koncesji.

112. Zacznijmy od wyjaśnienia, co *nie* jest istotne dla celów sformułowania tej definicji.

113. Po pierwsze, z samego wyroku Foster oraz późniejszego orzecznictwa (w szczególności Rieser Internationale Transporte i Sozialhilfeverband Rohrbach) jasno wynika, że forma prawna pozwanego jest nieistotna[140].

138 Zobacz między innymi wyroki: z dnia 15 lutego 1986 r., *Marshall*, C-152/84, EU:C:1986:84, pkt 49; z dnia 12 lipca 1990 r., *Foster*, C-188/89, EU:C:1990:313, pkt 17; z dnia 14 września 2000 r., *Collino i Chiappero*, C-343/98, EU:C:2000:441, pkt 23. W pkt 30 opinii z dnia 18 września 2013 r. w sprawie *Portgás* (C-425/12, EU:C:2013:623) rzecznik generalny N. Wahl stwierdził (przytaczając wyrok Marshall, pkt 47), że „[…] uznanie bezpośredniej skuteczności dyrektyw opiera się ostatecznie na dwóch uzupełniających się celach: konieczności skutecznego zagwarantowania praw, które jednostki mogą wywodzić z tych aktów, oraz woli nałożenia sankcji na władze krajowe, które nie przestrzegają ich wiążącego skutku oraz nie zapewniły faktycznego ich stosowania”. W pełni przychylam się do pierwszej części tego twierdzenia. Jednakże w zakresie, w jakim nie tylko kolejne postanowienia, ale sam wyrok Marshall, pozwalają wyraźnie zauważyć, że podmioty, które nie mają absolutnie nic wspólnego z uchybieniem państwa w zakresie transponowania dyrektywy (i nie mają możliwości wywierania na to wpływu), nadal będą miały obowiązek przestrzegania jej bezpośrednio skutecznych przepisów w myśl doktryny wertykalnego skutku bezpośredniego, jeżeli uważa się je za podmioty działające w imieniu państwa, obawiam się, że nie mogę całkowicie zgodzić się z drugą częścią tego twierdzenia.

139 Zobacz między innymi wyroki: z dnia 21 maja 1985 r., *Schul Douane-Expediteur*, 47/84, EU:C:1985:216, pkt 17; z dnia 3 lipca 2012 r., *UsedSoft*, C-128/11, EU:C:2012:407, pkt 40; z dnia 9 listopada 2016 r., *Wathelet*, C-149/15, EU:C:2016:840, pkt 29; z dnia 2 marca 2017 r., *J.D.*, C-4/16, EU:C:2017:153, pkt 24.

140 Zobacz w szczególności pkt 354 9 i 62 powyżej.

114. Następnie jasne jest także, że „państwo" nie musi mieć możliwości sprawowania bieżącej kontroli lub kierownictwa w odniesieniu do działalności wykonywanej przez ten podmiot [141]. W tym zakresie wydaje mi się, że nawiązanie we wcześniejszym kryterium do podmiotu „pod kontrolą państwa" nie jest już aktualne.

115. Podobnie jasne jest, że w przypadku gdy dany podmiot faktycznie *jest* własnością państwa lub państwo sprawuje nad nim kontrolę, wówczas podmiot ten kwalifikuje się jako podmiot działający w imieniu państwa [142]. Takie założenie wydaje mi się w pełni uzasadnione: państwo jest tym samym zobowiązane do dokonania zapłaty za przestrzeganie praw przyznanych w drodze dyrektywy, którą państwo to powinno było transponować do krajowego porządku prawnego.

116. Podobnie dowolna część „machiny państwowej" – władze miejskie, regionalne, lokalne i podobne – stanowi niemal ewidentnie podmiot działający w imieniu państwa. W ujęciu strukturalnym można by je bowiem postrzegać zwyczajnie jako część państwa – a zatem należy traktować je jako takie bez potrzeby dalszego rozpatrywania tej kwestii [143].

117. Odniesienie do podmiotów „podlegających zwierzchnictwu państwa" we wcześniejszym kryterium także nie wymaga moim zdaniem bardziej szczegółowego wyjaśnienia na tym etapie. Wydaje mi się, że z orzecznictwa wydanego po wyroku Foster jasno wynika, iż wyrażenie to należy interpretować w ten sposób, że państwo stworzyło okoliczności i dokonało ustaleń umożliwiających danemu podmiotowi działanie.

118. Wreszcie, kwestia finansowania pozostaje bez znaczenia. Nie ma wymogu finansowania podmiotu ze środków państwowych, aby można go było uznać za podmiot działający w imieniu tego państwa [144].

119. Pozostałe kluczowe elementy, które rozpatrywane łącznie składają się na kryterium oceny, czy dany podmiot stanowi podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw, są wyrazem przyjęcia podejścia funkcjonalnego do tego zagadnienia („czy dany podmiot pełni funkcje, które w pewnym sensie przypominają funkcje państwowe"?) [145]. Do tego rodzaju przesłanek wydają się, w moim przekonaniu, należeć – przynajmniej jeżeli chodzi o kryteria określone w wyroku Foster i w późniejszym orzecznictwie – następujące kwestie: (i) czy państwo powierzyło danemu podmiotowi zadanie polegające na realizacji misji publicznej, której wykonaniem w przeciwnym wypadku mogłoby zajmować się bezpośrednio samo państwo; oraz (ii) czy państwo wyposażyło ten podmiot w swego rodzaju dodatkowe uprawnienia, aby umożliwić mu skuteczną realizację jego misji (innymi słowy, po prostu, „szczególne uprawnienia wykraczające poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami"). Przesłanka pierwsza obejmuje szereg różnych form misji publicznych, od prowadzenia szpitali i placówek edukacyjnych do utrzymywania więzień i zapewniania świadczenia niezbędnych usług w odległych częściach terytorium kraju. Przesłanka druga jest często naturalną konsekwencją powierzenia realizacji misji publicznej takiemu podmiotowi.

141 Zobacz pkt 65 powyżej.

142 Zobacz pkt 68 powyżej.

143 Orzecznictwo sprzed wyroku Foster, przytoczone w pkt 19 wyroku Foster, pokazało już, że określone podmioty, które pod względem strukturalnym stanowiły część państwa, należało traktować w kategoriach samego państwa: w szczególności organy podatkowe (wyrok z dnia 19 stycznia 1982 r., *Becker*, 8/81, EU:C:1982:7; wyrok z dnia 22 lutego 1990 r., *Busseni*, C-221/88, EU:C:1990:84, oraz organy władzy lokalnej i regionalnej (wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r., *Costanzo*, C-103/88, EU:C:1989:256).

144 Zobacz pkt 61 i 62 powyżej.

145 W pkt 19 wyroku *Foster* Trybunał wskazał dwa podmioty, które pod względem funkcjonalnym stanowiły podmioty działające w imieniu państwa: konstytucjonalnie niezależne organy odpowiedzialne za utrzymanie porządku publicznego i bezpieczeństwa (wyrok z dnia 15 maja 1986 r., *Johnston*, 222/84, EU:C:1986:206) oraz organy władzy publicznej świadczące usługi w zakresie zdrowia publicznego (wyrok z dnia 26 lutego 1986 r., *Marshall*, 152/84, EU:C:1986:84).

120. Sugeruję zatem, aby na pytanie drugie Trybunał odpowiedział w ten sposób, że dokonując ustalenia, czy dany pozwany jest podmiotem działającym w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw, sąd krajowy winien uwzględnić następujące kryteria:

1) forma prawna danego podmiotu jest nieistotna;

2) państwo nie musi mieć możliwości sprawowania bieżącej kontroli lub kierownictwa w odniesieniu do działalności wykonywanej przez ten podmiot;

3) jeżeli dany podmiot jest własnością państwa lub pozostaje pod jego kontrolą, należy uznać go za podmiot działający w imieniu państwa, bez konieczności rozpatrywania, czy spełniono inne kryteria;

4) wszelkie organy władz miejskich, regionalnych, lokalnych lub równoważne organy automatycznie uznaje się za podmioty działające w imieniu państwa;

5) dany podmiot nie musi być finansowany ze środków państwowych;

6) jeżeli państwo powierzyło danemu podmiotowi zadanie polegające na świadczeniu usługi użyteczności publicznej, której wykonaniem w przeciwnym wypadku mogłoby zajmować się bezpośrednio samo państwo; jak również wyposażyło ten podmiot w swego rodzaju dodatkowe uprawnienia, aby umożliwić mu skuteczną realizację misji, wówczas podmiot taki w każdym wypadku uznaje się za podmiot działający w imieniu państwa.

Dokonując analizy, sąd krajowy powinien uwzględnić podstawową i kluczową zasadę, zgodnie z którą jednostka może powoływać się na precyzyjne i bezwarunkowe przepisy dyrektywy przeciwko państwu, niezależnie od charakteru, w jakim państwo występuje, ponieważ konieczne jest uniemożliwienie czerpania przez państwo korzyści z uchybienia przez nie przepisom prawa Unii.

121. W swojej odpowiedzi na pytanie trzecie poniżej pragnę odnieść się do kwestii, czy w sytuacji gdy zadanie polegające na świadczeniu usługi użyteczności publicznej państwo powierzyło podmiotowi, jak wskazano w pkt 120 ppkt 6 powyżej, *konieczne* jest jednoczesne przyznanie mu przez to państwo „szczególnych uprawnień”.

W przedmiocie pytania trzeciego

122. Poprzez pytanie trzecie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy fakt, że państwo członkowskie przekazało szeroki zakres odpowiedzialności podmiotowi (takiemu jak MIBI) w oczywistym celu wypełniania zobowiązań wynikających z prawa Unii, wystarczy, aby uznać ten podmiot za działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego. Alternatywnie, czy konieczne jest, aby podmiot ten (i) posiadał szczególne uprawnienia lub (ii) działał pod bezpośrednią kontrolą lub nadzorem państwa członkowskiego, zanim jednostka uzyska możliwość powołania się na bezpośrednio skuteczny przepis dyrektywy przeciwko temu podmiotowi?

123. Na wstępie pragnę zaznaczyć, że dyrektywy charakteryzują się niezmierną różnorodnością. Niektóre – jak szereg dyrektyw dotyczących zatrudnienia – tworzą prawa i nakładają obowiązki w odniesieniu do wszystkich pracowników i wszystkich pracodawców, z zastrzeżeniem jedynie ograniczonej grupy konkretnych wyjątków [146]. Inne z kolei określają parametry, w ramach których

146 Zobacz na przykład dyrektywa 2002/73/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 września 2002 r. zmieniająca dyrektywę Rady 76/207/EWG w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy (Dz.U. 2002, L 269, s. 15).

należy wykonywać określone uprawnienia wynikające z prawa Unii [147], czy też w jaki sposób należy regulować określone sektory gospodarki [148]. Jeszcze inne nakładają na państwo członkowskie obowiązek powierzenia określonemu podmiotowi pewnych zadań, które należy wykonać w świetle obowiązków określonych w dyrektywie i przyznanych na jej mocy praw.

124. Tak właśnie jest w omawianym przypadku. Jasne jest, że obowiązek zapewnienia, by kierowcy posiadali ubezpieczenie od ryzyka w rodzaju tego, które stało się przyczyną wypadku E. Farrell, można wywieść bezpośrednio z prawa Unii, mianowicie z art. 1 trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych. Wcześniej art. 1 ust. 4 akapit pierwszy drugiej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych nakładał na państwa członkowskie obowiązek ustanowienia mechanizmu w razie wystąpienia zdarzenia, w którym kierowca nieubezpieczony od ryzyka, w odniesieniu do którego posiadanie ubezpieczenia było obowiązkowe, mógłby spowodować wypadek. Wspomniane dwa obowiązki, rozpatrywane łącznie, wymagały od rządu irlandzkiego zapewnienia odpowiedzialności kierowcy względem pasażera w sytuacji E. Farrell, albo za pośrednictwem ubezpieczyciela samego kierowcy, albo (jeżeli kierowcy nie można było zidentyfikować lub był on nieubezpieczony) poprzez podmiot, któremu rząd irlandzki powierzył obowiązek zaspokajania tego rodzaju roszczeń.

125. Jako państwo członkowskie Irlandia mogła dokonać wyboru pomiędzy różnymi możliwymi sposobami wypełnienia tego ostatniego zobowiązania. Wobec tego mogła sama utworzyć jednostkę rządową (w rodzaju ministerstwa transportu), odpowiedzialną za zaspokajanie roszczeń wysuniętych przez osoby poszkodowane w wypadkach z udziałem nieubezpieczonych kierowców. Mogła utworzyć nowy, odrębny podmiot prawa publicznego i obarczyć go tą odpowiedzialnością. Jeszcze innym rozwiązaniem jest to, które faktycznie zastosowano: przekazanie istniejącemu podmiotowi prawa prywatnego, wykonującemu pokrewne obowiązki, dodatkowych, nowych obowiązków, wynikających z art. 1 trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych.

126. Po drugie, jest to – jak słusznie wskazuje Komisja – przypadek nietypowy, w zakresie, w jakim raison d'être MIBI obejmuje, ściśle rzecz biorąc, rozpatrywanie roszczeń wysuwanych przez osoby poszkodowane przez nieubezpieczonych kierowców. To właśnie w *tym szczególnym kontekście* powstaje pytanie, czy podmiot ten *także* ponosi odpowiedzialność z tytułu zaspokojenia tego konkretnego roszczenia, niezależnie od tego, że w czasie istotnym dla okoliczności faktycznych sprawy rząd irlandzki nie dokonał prawidłowej transpozycji całości swoich zobowiązań wynikających z prawa Unii do krajowego porządku prawnego i nie przypisał (jeszcze) MIBI odpowiedzialności za spełnienie tego konkretnego obowiązku. W tym względzie niniejsza sprawa różni się od sytuacji, na których opierał się stan faktyczny w wyroku Marshall [149], gdzie pozwany, *z innych przyczyn i w zupełnie innym kontekście*, został uznany za podmiot działający w imieniu państwa, a zatem odpowiedzialny za nadanie skuteczności mającym bezpośrednie zastosowanie prawom na gruncie prawa pracy, które M.H. Marshall mogła wywieść z art. 5 ust. 1 dyrektywy 76/207. W niniejszej sprawie bezpośrednio skuteczne prawo, którego dochodzi E. Farrell (odszkodowanie za szkodę, którą poniosła jako pasażerka podróżująca pojazdem mechanicznym) w myśl art. 1 trzeciej dyrektywy w sprawie ubezpieczeń komunikacyjnych, stanowi dokładnie ten *rodzaj* prawa, w odniesieniu do którego rząd irlandzki przypisał już MIBI odpowiedzialność pozostającą w sytuacji, gdy kierowcy nie można zidentyfikować lub był on nieubezpieczony.

147 Zobacz na przykład dyrektywa w sprawie kwalifikacji zawodowych (dyrektywa 2005/36/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 września 2005 r. w sprawie uznawania kwalifikacji zawodowych (Dz.U. 2005, L 255, s. 22), ostatnio zmieniona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/55/WE z dnia 20 listopada 2013 r. zmieniającą dyrektywę 2005/36 i rozporządzenie (UE) nr 1024/2012 w sprawie współpracy administracyjnej za pośrednictwem systemu wymiany informacji na rynku wewnętrznym („rozporządzenie w sprawie IMI") (Dz.U. 2013, L 354, s. 13). Ogólne informacje na temat funkcjonowania tego system wzajemnego uznawania dostępne są na stronie internetowej pod następującym adresem: http://ec.europa.eu/growth/single-market/services/free-movement-professionals_en.

148 Zobacz na przykład dyrektywa 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 7 marca 2002 r. w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej (Dz.U. 2002, L 108, s. 33), zmieniona rozporządzeniem (WE) nr 544/2009 i dyrektywą 2009/140/WE.

149 Wyrok z dnia 26 lutego 1986 r., 152/84, EU:C:1986:84.

127. Wobec powyższego pytanie trzecie ma ogólne znaczenie w kontekście stosowania prawa Unii w całej Unii Europejskiej. Apelowałabym zatem do wielkiej izby, aby udzielając odpowiedzi na to pytanie, nie przyjmowała zawężonej perspektywy (na przykład poprzez odniesienie do faktu, że wszyscy ubezpieczyciele oferujący ubezpieczenia komunikacyjne w Irlandii mają obowiązek członkostwa w MIBI, co można by poczytywać za wariant odnoszący się do tematu szczególnych uprawnień [150]), lecz skoncentrowała się na (najważniejszej) kwestii zasady podniesionej przez sąd odsyłający.

128. Jak już wskazałam w odpowiedzi na pytanie drugie, przyznanie szczególnych uprawnień lub występowanie bezpośredniej kontroli lub nadzoru ze strony państwa członkowskiego wystarczyłoby, aby uznać dany podmiot za podmiot działający w imieniu państwa. Poprzez swoje pytanie trzecie sąd odsyłający zmierza do ustalenia, czy którakolwiek z tych przesłanek stanowi niezbędną część leżącej u jej podstaw zależności. Alternatywnie, czy za wystarczającą można uznać okoliczność, że obowiązek wykonywania zadań, które w przeciwnym wypadku musiałyby być wykonywane przez samo państwo członkowskie, powierzono zainteresowanemu podmiotowi?

129. W tym kontekście większego znaczenia nabiera pojęcie „szczególnych uprawnień". Aby zrozumieć, jaką funkcję ma pełnić to pojęcie, warto powrócić w rozważaniach do wyroku Foster.

130. Jak już wskazałam w pkt 52 powyżej, intencją Trybunału nie było przedstawienie wyczerpujących i stałych kryteriów. Trybunał stworzył raczej wzorzec w oparciu o istniejące orzecznictwo.

131. Tym samym w pkt 18 wyroku Foster Trybunał odnotował, że w szeregu spraw orzekał w ten sposób, iż wertykalny skutek bezpośredni mógł występować w przypadku instytucji lub podmiotów „podlegających zwierzchnictwu *lub* kontroli państwa *lub* posiadających [szczególne] uprawnienia" [151]. W pkt 19 Trybunał wymienił cztery sprawy. Trzy z nich dotyczyły podmiotów (organów podatkowych, władz lokalnych lub regionalnych oraz publicznego zakładu leczniczego) podlegających zwierzchnictwu lub kontroli państwa; na tej podstawie uznano, że spełniają one kryteria. Chociaż dwa pierwsze mogły także spełniać kryteria z uwagi na uprawnienia, jakimi z natury rzeczy dysponowały, tego samego nie można powiedzieć o publicznym zakładzie leczniczym. Czwarta sprawa (Johnston) dotyczyła konstytucyjnie niezależnego organu władzy odpowiedzialnego za utrzymanie porządku publicznego i bezpieczeństwa. W istocie powierzono mu w tym celu szczególne uprawnienia.

132. Wydaje mi się, że powołując się na wyrok Johnston, Trybunał wybrał sprawę, która spełniała ustanowione wcześniej przez Trybunał kryteria, nie (jak w pozostałych trzech przykładach) na tej podstawie, że dany podmiot „podlegał zwierzchnictwu lub kontroli państwa", ale z uwagi na „szczególne uprawnienia", jakimi dysponował. W ten sposób Trybunał podkreślił kluczowy element tej konkretnej sprawy.

133. W tym kontekście warto zauważyć, że w wyroku Johnston nie zastosowano wyrażenia „szczególne uprawnienia". Zamiast tego Trybunał odniósł się do „organu publicznego, któremu państwo powierzyło utrzymanie porządku publicznego i bezpieczeństwa" [152]. Trybunał dodał, że tego rodzaju podmiot „nie może czerpać korzyści z uchybienia przepisom prawa [Unii], jakiego dopuściło się państwo, w imieniu którego działa".

134. Na tym etapie należy zwrócić uwagę na szereg dalszych kwestii.

150 Istnieją także (dość nietypowe) uzgodnienia zezwalające MIBI na prowadzenie negocjacji z osobami poszkodowanymi i prowadzenie postępowań, *nawet w sytuacji* gdy nie istnieje konkretna umowa lub upoważnienie do tego uprawniające. *Należy zauważyć, że fakt, iż wszyscy ubezpieczyciele pojazdów mechanicznych muszą być członkami MIBI*, służy zapewnieniu równych szans na gruncie prawa konkurencji oraz oznacza, że w długiej perspektywie MIBI nigdy nie pozostanie bez środków, jeżeli będzie musiało zaspokoić dodatkowe, nieprzewidziane roszczenia. Dokona jedynie dostosowania składek wymaganych od swoich członków; podobnie członkowie MIBI dostosują wówczas dodatkowe opłaty pobierane z tytułu indywidualnych umów ubezpieczenia, które zawierają w celu finansowania swoich składek na rzecz MIBI.

151 Wyrok z dnia 12 lipca 1990 r., C-188/89, EU:C:1990:313 (wyróżnienie moje).

152 Wyrok z dnia 15 maja 1986 r., 222/84, EU:C:1986:206, pkt 56.

135. Po pierwsze, w wyroku Foster (czy wręcz w orzecznictwie, jakie powstało po jego wydaniu) brak jest faktycznej definicji „szczególnych uprawnień". Dowiadujemy się jedynie, że są one uprawnieniami „wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami". Biorąc pod uwagę, że kryteria określone w wyroku Foster należy stosować w sposób jednolity w całej Unii Europejskiej, termin ten – jeżeli ma on pozostać jedną z przesłanek kryterium – musi mieć autonomiczne znaczenie w prawie Unii. Jednakże 20 lat po wydaniu wyroku Foster termin zapożyczony z jednego krajowego porządku prawnego [153] nadal nie doczekał się jasnego, autonomicznego znaczenia na gruncie prawa Unii.

136. Po drugie, moja analiza orzecznictwa powstałego po wydaniu wyroku Foster [154] nie ukazała spójnego procesu w zakresie weryfikacji i wskazywania szczególnych uprawnień w jakiejkolwiek konkretnej sprawie. Podmioty odpowiedzialne za budowę autostrad i świadczenie usług w zakresie dostaw energii [155], wyłączny koncesjonariusz usług telekomunikacyjnych na użytek publiczny [156], prywatne przedsiębiorstwo zarządzające krajową siecią autostrad [157], instytucje pomocy socjalnej [158], zakład leczniczy sektora publicznego [159], biuro regionalne zajmujące się kwestiami zabezpieczenia społecznego [160] i urząd pocztowy państwa członkowskiego [161] – wszystkie te podmioty realizowały misję publiczną. Na podstawie dostępnych ustaleń faktycznych dokonanych w wyrokach dużo trudniej jest określić, czy podmioty te również koniecznie dysponowały szczególnymi uprawnieniami. W wyroku Portgás [162] Trybunał wyraźnie wskazał, że fakt posiadania szczególnych i wyłącznych praw na mocy umowy koncesji *nie* oznacza, że zainteresowany podmiot koniecznie dysponuje szczególnymi uprawnieniami, i skierował sprawę do sądu krajowego do dalszego zbadania [163].

137. Po trzecie, chociaż pewnego rodzaju dodatkowe uprawnienia mogą być często wymagane w celu realizacji misji publicznej, nie jest jasne, czy zawsze będą one wymagane. Istnienie takich uprawnień prawdopodobnie jest najbardziej wyraźnie widoczne w kontekście UOIG. W wielu sektorach gospodarki (takich jak na przykład sektor usług telekomunikacyjnych, gospodarki wodnej, dostaw gazu i elektryczności) państwo ma obecnie możliwość przyznawania szczególnych lub wyłącznych praw [164].

138. Podsumowując, wymóg, aby uznanie zainteresowanego podmiotu za podmiot działający w imieniu państwa było uzależnione od dysponowania przez niego także „szczególnymi uprawnieniami" nie jest konieczny, a zatem jest nieuzasadniony.

139. Ważne jest jednak, aby wyraźnie zaznaczyć, że nie każda osoba czy podmiot prowadzący działalność w interesie publicznym będzie stanowić podmiot działający w imieniu państwa. W tym względzie pragnę podnieść następujące kwestie.

153 Zobacz pkt 54 powyżej.

154 Zobacz pkt 58 i nast. powyżej.

155 Zobacz wyrok z dnia 4 grudnia 1997 r., *Kampelmann i in.*, od C-253/96 do C-258/96, EU:C:1997:585, oraz pkt 58 powyżej.

156 Zobacz wyrok z dnia 14 września 2000 r., *Collino i Chiappero*, C-343/98, EU:C:2000:441, oraz pkt 59, 60 powyżej.

157 Zobacz wyrok z dnia 5 lutego 2004 r., *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, EU:C:2004:76, oraz pkt 61–63 powyżej. W pkt 12 wyroku wskazano, że Asfinag był uprawniony na mocy umowy zawartej z państwem austriackim (określanej w różny sposób, jako „licencja" lub „kontrakt") „w zakresie pobierania, w imieniu własnym i na własny rachunek, opłat za przejazd i opłat za korzystanie z infrastruktury, aby odzyskać poniesione koszty". Analiza dokonana przez Trybunał w dalszej części koncentruje się na kontroli państwa (pkt 25) oraz na fakcie, że Asfinag „nie jest uprawniony do ustalania we własnym zakresie wysokości kwot opat za przejazd. Ta kwota jest określona w ustawie" (pkt 26). Trybunał natychmiast wysunął wniosek, że Asfinag był podmiotem działającym w imieniu państwa, *nie* wskazując, jakimi szczególnymi uprawnieniami dysponował (pkt 27).

158 Zobacz postanowienie z dnia 26 maja 2005 r., *Sozialhilfeverband Rohrbach*, C-297/03, EU:C:2005:315, oraz pkt 64 powyżej.

159 Zobacz wyrok z dnia 7 września 2006 r., *Vassallo*, C-180/04, EU:C:2006:518, oraz pkt 65 powyżej.

160 Zobacz wyrok z dnia 24 stycznia 2012 r., *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2012:33, oraz pkt 67 powyżej.

161 Zobacz wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., *Carratú*, C-361/12, EU:C:2013:830, oraz pkt 68 powyżej.

162 Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829. Zobacz także pkt 69–76 powyżej.

163 Wyrok z dnia 12 grudnia 2013 r., *Portgás*, C-425/12, EU:C:2013:829, pkt 30, 31.

164 Zobacz pkt 112 powyżej.

140. Po pierwsze, musimy mieć do czynienia z „podmiotem”, przez co rozumiem osobę prawną. Osoba fizyczna nie może stanowić podmiotu działającego w imieniu państwa.

141. Po drugie, w sytuacji gdy podmiot pełni szereg funkcji, z których część odzwierciedla misję, której realizację powierzyło podmiotowi państwo, a pozostałe nie są z tym związane, wówczas status podmiotu działającego w imieniu państwa można przypisać jedynie w odniesieniu do pierwszej kategorii działań. Podejście, którego w tym kontekście jestem zwolenniczką, różni się zatem od tego, które Trybunał przyjął w sprawach mających za przedmiot zamówienia publiczne [165]. O ile podmiot występujący w charakterze „instytucji zamawiającej” w rozumieniu przepisów w dziedzinie zamówień publicznych musi, w konsekwencji, zawsze monitorować tę konkretną dziedzinę prawa Unii i zachowywać w tym względzie zgodność [166], podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw staje potencjalnie w obliczu znacznie bardziej rozległej i mniej precyzyjnie zdefiniowanej grupy przepisów prawa Unii, na które może przeciwko niemu powołać się osoba prywatna. Przyjęcie podejścia, zgodnie z którym pewne rzeczy bierze się za pewnik, wydaje się tu zatem nieodpowiednie.

142. Po trzecie, tak powierzona misja musi stanowić trzon działalności zainteresowanego przedsiębiorstwa lub, w stosownych przypadkach, części zainteresowanego podmiotu.

143. Po czwarte, zainteresowany podmiot musi prowadzić działalność w interesie publicznym. Musi ona być odzwierciedleniem misji powierzonej mu przez zainteresowane państwo członkowskie, a której wykonaniem, gdyby zainteresowany podmiot nie realizował misji, zajęłoby się wówczas się samo państwo.

144. W tym względzie pojęcie „misji” obejmuje działania podejmowane w celach innych niż czysto komercyjne. Innymi słowy, konieczny jest pewien element służby publicznej. Wobec tego świadczenie krajowych usług pocztowych, z obowiązkiem dostarczenia poczty na każdy adres krajowy, wpisywałoby się w zakres tej kategorii. Udostępnianie lokalnych usług w zakresie dostawy w celach czysto zarobkowych – już nie.

145. Należy dodać, że rozumienie pojęcia misji realizowanej w interesie publicznym może różnić się w poszczególnych państwach członkowskich [167]. Tak więc, na przykład, jedno państwo członkowskie za swój obowiązek może poczytywać zapewnienie wszystkim swoim obywatelom dostępu do światłowodowej sieci szerokopasmowej, podczas gdy inne państwo członkowskie może postanowić, że jest to kwestia całkowicie zależna od sił rynkowych. W tym pierwszym przypadku podmiot, któremu powierzono realizację tej misji, stanowiłby podmiot działający w imieniu państwa. W tym ostatnim przypadku przedsiębiorstwo z sektora prywatnego świadczące tę samą usługę nie miałoby takiego statusu.

146. Wydaje mi się, że mając na względzie pewność prawa, zarówno z perspektywy zainteresowanego podmiotu, jak i jednostek, które chciałyby wszcząć postępowanie przeciwko temu podmiotowi, konieczne jest wyraźne zdefiniowane misji jako takiej przez właściwe ramy prawne i regulacyjne.

147. W związku z powyższym sugeruję, aby na pytanie trzecie Trybunał odpowiedział w ten sposób, że kryteria określone w odpowiedzi na pytanie drugie mają zastosowanie także w sytuacji, gdy państwo członkowskie przekazało podmiotowi szeroki zakres odpowiedzialności w oczywistym celu wypełniania zobowiązań wynikających z prawa Unii. Nie jest konieczne, aby podmiot ten dodatkowo dysponował szczególnymi uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.

165 Zobacz pkt 98 powyżej.

166 Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 3 października 2000 r., *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, pkt 40.

167 Zobacz pkt 90 powyżej.

Postscriptum

148. Proces przygotowania niniejszej opinii i zaproponowania odpowiedzi na trzy przedstawione pytania prejudycjalne nieuchronnie realizowany był w kontekście (kłopotliwego) pytania, czy Trybunał w wyroku Faccini Dori [168] słusznie postanowił, iż nie należy przyjąć horyzontalnego skutku bezpośredniego [169] w kontrze do zalecenia rzecznika generalnego C.O. Lenza w tamtej sprawie [170], jak również toku rozumowania przedstawionego przez dwóch innych rzeczników generalnych we wcześniejszych sprawach [171]. Przyjęłam robocze założenie, że Trybunał nie uzna za odpowiednie ponownego zainicjowania debaty w tym względzie.

149. Uważam jednak, że należy wskazać, iż w zakresie, w jakim *forma prawna* pozwanego pozostaje bez znaczenia – a to już od samego wyroku Foster – w kontekście ustalenia, czy pozwany stanowi podmiot działający w imieniu państwa, Trybunał przyjął już, że podmiot prawa prywatnego może zostać zobowiązany do nadania skuteczności wywołującym bezpośredni skutek prawom przewidzianym w dyrektywie w następstwie powództwa wniesionego przez inną osobę prywatną. Czyniąc to, Trybunał w rzeczywistości usankcjonował już ograniczoną formę horyzontalnego skutku bezpośredniego.

150. Zasadniczo można wskazać trzy podejścia, które mogą być (i są) zastosowane w celu wypełnienia luki spowodowanej brakiem ogólnego horyzontalnego skutku bezpośredniego: (i) szerokie podejście do kwestii zdefiniowania podmiotu działającego w imieniu państwa; (ii) maksymalnie szerokie zastosowanie zasady „interprétation conforme" oraz (iii) alternatywnie, odpowiedzialność odszkodowawcza państwa. Z perspektywy zapewnienia skutecznej ochrony praw jednostki obecny stan rzeczy jest mniej niż zadowalający. Prowadzi on do powstania komplikacji dla powodów i jest źródłem niepewności dla pozwanych. Pragnę przychylić się do wcześniejszych opinii rzeczników generalnych, zwracając się do Trybunału o ponowne rozpatrzenie i krytyczną analizę uzasadnienia przedstawionego w wyroku Faccini Dori [172] dla odrzucenia horyzontalnego skutku bezpośredniego [173].

Wnioski

151. W świetle powyższych rozważań proponuję, aby na pytania prejudycjalne postawione przez Supreme Court (sąd najwyższy, Irlandia) Trybunał udzielił następujących odpowiedzi:

1) Sformułowanego w wyroku Foster i in. [174] kryterium umożliwiającego ustalenie, czym jest podmiot działający w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw, należy doszukiwać się w pkt 18, a nie w pkt 20 wyroku w tamtej sprawie. Kryterium określone we wspomnianym wyroku nie podlega ani wykładni łącznej, ani rozłącznej. Zawiera ono w sobie raczej niewyczerpujący wykaz przesłanek, które mogą być istotne przy dokonywaniu tego rodzaju oceny.

168 Wyrok z dnia 14 lipca 1994 r., C-91/92, EU:C:1994:292.

169 Aby zapoznać się z przykładami licznych badań krytycznych w przedmiocie tego zbioru orzecznictwa, zob. T. Tridimas, *Black, White and Shades of Grey*: Horizontality Revisited [2002] 21 Y.B.E.L., s. 327; A. Dashwood, *From Van Duyn to Mangold via Marshall*: reducing Direct Effect to Absurdity [2006–7] 9 C.Y.E.L.S., s. 81; M. Dougan, *When worlds collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy* [2007] 44 C.M.L.Rev., s. 931; P. Craig, *The Legal Effects of Directives*: Policy, Rules and Exceptions [2009] 34 E.L.Rev, s. 349; M. de Moi, *Dominguez*: A Deafening Silence [2012] 8 European Constitutional Law Review, s. 280.

170 Opinia z dnia 9 lutego 1994 r., C-91/92, EU:C:1994:45, pkt 47.

171 Zobacz opinia rzecznika generalnego W. van Gervena z dnia 26 stycznia 1993 r. w sprawie *Marshall II*, C-271/91, EU:C:1993:30, pkt 12, oraz opinia rzecznika generalnego F.G. Jacobsa z dnia 27 stycznia 1994 r., *Vaneetveld*, C-316/93, EU:C:1994:32, pkt 15 i nast. Ostatnio rzecznik generalna V. Trstenjak ponownie zbadała podstawowe kwestie w kilku miejscach swojej opinii z dnia 8 września 2011 r. w sprawie *Dominguez*, C-282/10, EU:C:2011:559.

172 Wyrok z dnia 14 lipca 1994 r., C-91/92, EU:C:1994:292.

173 W tym względzie jestem skłonna przyjąć w całości uwagi poczynione przez rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w pkt 30 i 31 opinii przedstawionej w sprawie *Vaneetveld*, C-316/93, EU:C:1994:32, które zostały w całości przytoczone w przypisie 33 powyżej.

174 Wyrok z dnia 12 lipca 1990 r., C-188/89, EU:C:1990:313.

2) Dokonując ustalenia, czy dany pozwany jest podmiotem działającym w imieniu państwa dla celów wertykalnego skutku bezpośredniego dyrektyw, sąd krajowy winien uwzględnić następujące kryteria:

   (i) forma prawna danego podmiotu jest nieistotna;

   (ii) państwo nie musi mieć możliwości sprawowania bieżącej kontroli lub kierownictwa w odniesieniu do działalności wykonywanej przez ten podmiot;

   (iii) jeżeli dany podmiot jest własnością państwa lub pozostaje pod jego kontrolą, należy uznać go za podmiot działający w imieniu państwa, bez konieczności rozpatrywania, czy spełniono inne kryteria;

   (iv) wszelkie organy władz miejskich, regionalnych, lokalnych lub równoważne organy automatycznie uznaje się za podmioty działające w imieniu państwa;

   (v) dany podmiot nie musi być finansowany ze środków państwowych;

   (vi) jeżeli państwo powierzyło danemu podmiotowi zadanie polegające na świadczeniu usługi użyteczności publicznej, której wykonaniem w przeciwnym wypadku mogłoby zajmować się bezpośrednio samo państwo; jak również wyposażyło ten podmiot w swego rodzaju dodatkowe uprawnienia, aby umożliwić mu skuteczną realizację misji, wówczas podmiot taki w każdym wypadku uznaje się za podmiot działający w imieniu państwa.

   Dokonując analizy, sąd krajowy powinien uwzględnić podstawową i kluczową zasadę, zgodnie z którą jednostka może powoływać się na precyzyjne i bezwarunkowe przepisy dyrektywy przeciwko państwu, niezależnie od charakteru, w jakim państwo występuje, ponieważ konieczne jest uniemożliwienie czerpania przez państwo korzyści z uchybienia przez nie przepisom prawa Unii.

3) Kryteria określone w odpowiedzi na pytanie drugie mają zastosowanie także w sytuacji, gdy państwo członkowskie przekazało danemu podmiotowi szeroki zakres odpowiedzialności w oczywistym celu wypełniania zobowiązań wynikających z prawa Unii. Nie jest konieczne, aby podmiot ten dodatkowo dysponował szczególnymi uprawnieniami wykraczającymi poza normy obowiązujące w stosunkach między jednostkami.