Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
NILSA WAHLA
przedstawiona w dniu 5 czerwca 2014 r.[1]

Sprawa C-270/13

Iraklis Haralambidisprzeciwko
Calogerowi Casillemu
[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym

złożony przez Consiglio di Stato (Włochy)]

Swobodny przepływ pracowników — Funkcje prezesa organu zarządzającego portem — Artykuł 45 ust. 4 TFUE — Kryterium odnoszące się do przynależności państwowej — Pojęcie „administracji publicznej” — Uprawnienia przyznane na gruncie prawa publicznego — Funkcje pełnione w interesie ogólnym — Uprawnienia wykonywane sporadycznie lub w nadzwyczajnych okolicznościach

1. Czy stanowisko prezesa organu zarządzającego portem mieści się w zakresie pojęcia „administracji publicznej” w rozumieniu art. 45 ust. 4 TFUE, a w konsekwencji, czy państwa członkowskie mogą zastrzegać dostęp do tego stanowiska wyłącznie dla swoich obywateli, na zasadzie odstępstwa od zasady swobodnego przepływu pracowników? Taki jest w istocie główny problem postawiony w pytaniach prejudycjalnych skierowanych przez Consiglio di Stato (radę państwa) (Włochy).

2. Pojęcie „administracji publicznej” było już przedmiotem wielu orzeczeń Trybunału wydanych zarówno w procedurze prejudycjalnej, jak i w ramach postępowań w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego. Wiele orzeczeń Trybunału, zwłaszcza tych wcześniejszych, zostało jednak sformułowanych w sposób dość zwięzły i brak w nich jednoznacznego wyjaśnienia kwestii, które moim zdaniem mają zasadnicze znaczenie dla oceny, czy dane stanowisko w strukturach administracji publicznej państwa członkowskiego objęte jest zakresem stosowania art. 45 ust. 4 TFUE.

3. Niniejsza sprawa daje zatem Trybunałowi możliwość doprecyzowania i dalszego wyjaśnienia pojęcia „administracji publicznej” – pojęcia, którego zakres i znaczenie można ocenić wyłącznie, jak postaram się wyjaśnić w niniejszej opinii, odwołując się do samego ratio legis art. 45 ust. 4 TFUE.

1 — Język oryginału: angielski.

I – **Właściwe przepisy ustawodawstwa włoskiego**

4. Artykuł 38 ust. 1 i 2 dekretu ustawodawczego nr 165 z dnia 30 marca 2001 r., zatytułowanego „Przepisy ogólne dotyczące organizacji pracy w administracji publicznej” [2], w brzmieniu obowiązującym w okresie właściwym dla okoliczności faktycznych, stanowi:

„1. Obywatele państw członkowskich [Unii] mają dostęp do stanowisk w strukturach administracji publicznej, które nie wiążą się z bezpośrednim lub pośrednim wykonywaniem władztwa publicznego lub które nie wiążą się z ochroną interesu narodowego.

2. W drodze dekretu prezesa rady ministrów […] określa się stanowiska i funkcje, do których dostęp zastrzeżony jest dla obywateli Włoch, jak również obowiązkowe kryteria regulujące dostęp do stanowisk dla obywateli, o których mowa w ust. 1”.

5. Przedmiotowy dekret prezesa rady ministrów został przyjęty w dniu 7 lutego 1994 r. [3]. Artykuł 1 ust. 1 lit. b) tego dekretu stanowi, że stanowiska w strukturach administracji publicznej, do których dostęp ograniczony jest do osób posiadających obywatelstwo włoskie, obejmują „stanowiska administracyjne najwyższego szczebla w strukturach terenowych administracji publicznej państwa, w tym w samodzielnych organach administracyjnych, podmiotach publicznych nieprowadzących działalności gospodarczej, w organach administracyjnych prowincji i gmin oraz regionów, a także w banku Włoch”.

6. Zgodnie z postanowieniem odsyłającym organ zarządzający portem jest instytucją publiczną szczególnego rodzaju, której funkcjonowanie reguluje ustawa nr 84 z dnia 28 stycznia 1994 r., zatytułowana „Przekształcenie przepisów dotyczących portów” (zwana dalej „ustawą nr 84/1994”) [4].

7. Na mocy art. 6 ust. 1 ustawy nr 84/1994 ustanawia się organ zarządzający portem w Brindisi oraz w innych miejscach, powierzając mu wykonywanie następujących zadań:

„a) kierowanie działalnością portu oraz innymi pracami o charakterze handlowym i przemysłowym prowadzonymi w portach, ich programowanie, koordynowanie, promowanie i kontrolowanie, z uprawnieniami regulacyjnymi oraz w zakresie wydawania zarządzeń, w szczególności w odniesieniu do ryzyka wypadków związanych z takimi działaniami oraz bezpieczeństwa i higieny pracy […];

b) zwykłe i nadzwyczajne utrzymanie części wspólnych w obszarze portowym […];

c) zlecanie i nadzorowanie prac związanych z odpłatnym świadczeniem […] użytkownikom portu […] usług w interesie ogólnym, zgodnie z dekretem ministra infrastruktury i transportu”.

8. Zgodnie z art. 6 ust. 2–4 ustawy nr 84/1994 organ zarządzający portem ma osobowość prawną podmiotu prawa publicznego i posiada niezależność administracyjną, z zastrzeżeniem przepisów art. 12 tej ustawy, a także pewien stopień samodzielności budżetowej i finansowej. Zarządzanie jego majątkiem i finansami reguluje rozporządzenie dotyczące rachunkowości zatwierdzone przez ministra transportu i żeglugi, w porozumieniu z ministrem skarbu. Sprawozdanie finansowe organu zarządzającego portem jest kontrolowane przez włoski trybunał obrachunkowy.

2 — Decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, Norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche (dodatek zwyczajny nr 112 do GURI nr 106 z dnia 9 maja 2001 r.).

3 — Dekret określający zasady dostępu do stanowisk w strukturach administracji publicznej dla obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej (Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 7 febbraio 1994, n. 174, Regolamento recante norme sull’accesso dei cittadini degli Stati membri dell’Unione europea ai posti di lavoro presso le amministrazioni pubbliche) (GURI nr 61 z dnia 15 marca 1994 r.).

4 — Legge 28 gennaio 1994, n. 84, Riordino della legislazione in materia portuale (dodatek zwyczajny nr 21 do GURI nr 28 z dnia 4 lutego 1994 r.).

9. Zgodnie z art. 7 ustawy nr 84/1994:

„1. W skład organów kierowniczych organu zarządzającego portem wchodzą: a) prezes; b) komitet portowy; c) sekretariat generalny; d) komisja rewizyjna.

2. Koszty wynagrodzenia prezesa [oraz innych członków organów kierowniczych organu zarządzającego portem] pokrywa organ zarządzający portem, a wysokość wynagrodzenia ustala komitet portowy w ramach maksymalnej kwoty określonej […] w dekrecie ministra transportu i żeglugi […]".

10. Ten sam artykuł w ust. 3 stanowi, że minister transportu i żeglugi może w pewnych okolicznościach zarządzić, w drodze dekretu, odwołanie prezesa ze stanowiska i rozwiązanie komitetu portowego.

11. Artykuł 8 ust. 1 i 2 ustawy nr 84/1994 stanowi, że prezes organu zarządzającego portem powoływany jest w drodze dekretu ministra transportu i żeglugi, w porozumieniu z danym regionem, z grupy trzech ekspertów posiadających odpowiednie kwalifikacje w dziedzinie transportu i ekonomii w sektorze związanym z portami, wyznaczonych przez odpowiednie organy właściwej prowincji, właściwego miasta i właściwej izby handlowej. Kadencja prezesa jest czteroletnia, z możliwością jednokrotnego odnowienia. Prezes reprezentuje organ zarządzający portem.

12. W myśl art. 8 ust. 3 tej ustawy zadania prezesa organu zarządzającego portem są następujące:

„a) przewodniczenie komitetowi portowemu;

b) przedkładanie do zatwierdzenia komitetowi portowemu trzyletniego planu operacyjnego;

c) przekazywanie do zatwierdzenia komitetowi portowemu planu zagospodarowania portu;

d) przedkładanie komitetowi portowemu projektów decyzji w sprawie projektu budżetu i jego zmian, bilansu i wynagrodzenia sekretarza generalnego, a także realizacji porozumień umownych z personelem technicznym i operacyjnym sekretariatu;

e) przedkładanie komitetowi portowemu propozycji projektów decyzji w sprawie koncesji, o których mowa w art. 6 ust. 5;

f) zapewnianie koordynacji prac prowadzonych w porcie przez różne organy administracji publicznej, a także koordynacji i kontroli prac wymagających udzielenia licencji i koncesji, jak również usług portowych […];

[…]

h) zarządzanie obszarami morskimi i mieniem morskim, które wchodzą w zakres [kompetencji terytorialnych prezesa], zgodnie z obowiązującymi przepisami i wykonywanie, po zasięgnięciu opinii komitetu portowego, funkcji określonych w art. 36–55 i 68 [włoskiego] kodeksu żeglugi[5] oraz w zasadach wdrażania tych przepisów;

5 — Przepisy włoskiego kodeksu żeglugi, o których mowa, dotyczą koncesji lub użytkowania obszarów morskich będących własnością państwa (art. 36–55) oraz nadzoru nad pracami prowadzonymi w portach (art. 68).

i) wykonywanie uprawnień przyznanych organowi zarządzającemu portem na podstawie art. 16[6] i 18[7] oraz udzielanie, po konsultacji z komitetem portowym, zezwoleń i koncesji określonych w tych artykułach, w przypadku gdy ich okres obowiązywania nie przekracza czterech lat, a także określanie kwoty należnych opłat […];

[…]

l) promowanie tworzenia związków zawodowych pracowników portów […];

m) zapewnianie żeglowności w obszarze portowym oraz wykonania prac wydobywczych i konserwacyjnych na dnie morza […] w sytuacji wymagającej natychmiastowego działania i zaistnienia pilnej potrzeby, w drodze wydawania wiążących decyzji […];

n) przedstawianie wniosków w przedmiocie wyznaczania stref wolnocłowych, po konsultacji z urzędem morskim oraz z zainteresowanymi władzami lokalnymi;

na) wykonywanie jakichkolwiek innych uprawnień, które na mocy niniejszej ustawy nie zostały przyznane innym organom kierowniczym organu zarządzającego portem".

13. Zgodnie z art. 12 ustawy nr 84/1994 organ zarządzający portem podlega nadzorowi ministra transportu i żeglugi. W szczególności decyzje prezesa organu zarządzającego portem oraz komitetu portowego wymagają zatwierdzenia przez ministra, jeżeli dotyczą: a) zatwierdzenia projektu budżetu, potencjalnych zmian do tego projektu oraz bilansu; a także b) naboru technicznego i operacyjnego personelu sekretariatu. Co więcej, decyzje, o których mowa powyżej w lit. a), wymagają także zgody ministra skarbu. Włoski trybunał obrachunkowy ponadto sprawuje nadzór nad określonymi działaniami organu zarządzającego portem.

II – **Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne**

14. Dekretem z dnia 7 czerwca 2011 r. wydanym po przeprowadzeniu regulowanej ustawowo procedury naboru włoski minister infrastruktury i transportu powołał Iraklisa Haralambidisa (zwanego dalej „I. Haralambidisem"), obywatela Grecji, na stanowisko prezesa organu zarządzającego portem w Brindisi (Włochy).

15. Następnie jeden z pozostałych kandydatów na to stanowisko, Calogero Casilli (zwany dalej „C. Casillim"), obywatel Włoch, wniósł skargę do Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, Sede di Lecce (regionalnego sądu administracyjnego dla regionu Apulia z siedzibą w Lecce, zwanego dalej „TAR Puglia"), wnosząc o stwierdzenie nieważności dekretu ministra. Calogero Casilli twierdzi, że I. Haralambidis nie mógł być powołany na stanowisko prezesa organu zarządzającego portem w Brindisi, ponieważ nie spełnia kryterium posiadania obywatelstwa włoskiego, które jest uznawane za bezwzględny warunek objęcia takiego stanowiska publicznego.

16. TAR Puglia uznał skargę wniesioną przez C. Casillego za zasadną i wyrokiem z dnia 26 czerwca 2012 r. stwierdził nieważność dekretu ministra w sprawie powołania I. Haralambidisa.

17. Iraklis Haralambidis wniósł skargę kasacyjną od wyroku TAR Puglia do Consiglio di Stato. W tym kontekście I. Haralambidis podniósł, że zakładając słuszność interpretacji, zgodnie z którą warunkiem objęcia przedmiotowego stanowiska jest posiadanie obywatelstwa włoskiego, mające zastosowanie przepisy byłyby sprzeczne z art. 45 ust. 4 TFUE.

6 — Artykuł 16 ustawy nr 84/1994 dotyczy „operacji portowych i usług portowych".

7 — Artykuł 18 ustawy nr 84/1994 dotyczy „udzielania koncesji na prowadzenie działalności na obszarach [portowych] i nabrzeżach".

18. Z uwagi na powzięte wątpliwości co do zgodności stosownych przepisów prawa włoskiego z prawem Unii Consiglio di Stato postanowiła zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

„1) Zważywszy, że nieistotne w niniejszej sprawie [dotyczącej powołania obywatela innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej na stanowisko prezesa organu zarządzającego portem, będącego osobą prawną, którą można uznać za podmiot prawa publicznego] wydaje się wykluczenie, o którym mowa w art. 45 ust. 4 TFUE, w zakresie, w jakim dotyczy ono […] zatrudnienia w administracji publicznej (niewystępującego […] w analizowanym przypadku), oraz ponieważ powierzenie stanowiska prezesa organu zarządzającego portem można traktować jako »podjęcie pracy« w szerokim pojęciu, […] czy klauzula zastrzegająca pełnienie takiej funkcji wyłącznie dla obywateli Włoch wprowadza – czy nie – dyskryminację ze względu na przynależność państwową zakazaną we wskazanym art. 45 TFUE?

2) [Czy] w przeciwnym razie można uznać, że sprawowanie stanowiska prezesa włoskiego organu zarządzającego portem przez obywatela innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej jest objęte przepisami dotyczącymi swobody przedsiębiorczości, o której mowa w art. 49 i nast. TFUE, oraz czy w takim przypadku ustanowiony w prawie krajowym zakaz obejmowania takiego stanowiska przez obywatela innego państwa niż Włochy wprowadza – czy nie – dyskryminację ze względu na przynależność państwową, czy też taką sytuację można uznać za wykluczoną z zakresu art. 51 TFUE?

3) [Czy] można ewentualnie uznać, że sprawowanie stanowiska prezesa włoskiego organu zarządzającego portem przez obywatela innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej stanowi świadczenie »usług« w rozumieniu dyrektywy 2006/123/WE[8], czy wykluczenie stosowania powołanej dyrektywy do usług portowych jest istotne dla celów niniejszego postępowania, a jeśli tak nie jest, to czy istniejący we włoskich przepisach prawa zakaz obejmowania takiego stanowiska stanowi – czy nie – dyskryminację ze względu na przynależność państwową?

4) Tytułem żądania ewentualnego […], czy sprawowanie stanowiska prezesa włoskiego organu zarządzającego portem przez obywatela innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, jeśli zostanie uznane za nieobjęte powołanymi przepisami, może jednak być analizowane w sposób bardziej ogólny zgodnie z art. 15 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej [(zwanej dalej »kartą«)], jako przywilej stanowiący część praw obywatela Unii […] do »wykonywania pracy, korzystania z prawa przedsiębiorczości oraz świadczenia usług w każdym państwie członkowskim«, również niezależnie od szczególnych przepisów »sektorowych«, zawartych w art. 45 TFUE, 49 i nast. TFUE oraz w [dyrektywie 2006/123], i czy w związku z tym istniejący we włoskich przepisach prawa zakaz obejmowania takiego stanowiska jest sprzeczny – czy nie – z równie ogólnym zakazem dyskryminacji ze względu na przynależność państwową ustanowionym w art. 21 ust. 2 [karty]?”.

19. W niniejszym postępowaniu uwagi na piśmie przedłożyli: I. Haralambidis, C. Casilli, Autorità Portuale di Brindisi, rządy włoski, hiszpański i niderlandzki oraz Komisja Europejska.

20. W dniu 12 lutego 2014 r. Trybunał zwrócił się do rządu włoskiego o udzielenie pewnych wyjaśnień odnośnie do wykładni określonych przepisów prawa włoskiego, jednocześnie zwracając się do stron postępowania o skoncentrowanie się w ustnych stanowiskach na dwóch pierwszych pytaniach przedstawionych przez sąd odsyłający. Rząd włoski odpowiedział na żądanie udzielenia wyjaśnień w dniu 27 lutego 2014 r.

8 — Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz.U. L 376, s. 36).

21. Zarówno rząd włoski, jak i Komisja przedstawili swoje stanowiska ustne na rozprawie w dniu 26 marca 2014 r.

III – **Analiza**

A – *Przeformułowanie pytań prejudycjalnych*

22. W swoich czterech pytaniach sąd odsyłający zasadniczo zwraca się o pomoc w ustaleniu, czy przepis prawa krajowego, zgodnie z którym dostęp do stanowiska prezesa organu zarządzającego portem ograniczony jest wyłącznie do obywateli danego państwa, jest zgodny z prawem Unii.

23. Myślę, że przed rozpoczęciem analizy istotne jest umiejscowienie przedmiotowej sprawy we właściwym kontekście prawnym, aby w sposób prawidłowy przeformułować pytania prejudycjalne. W tym celu przedstawię cztery uwagi wstępne.

24. Po *pierwsze*, treść wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym zawiera odniesienie do kilku przepisów prawa pierwotnego Unii (mianowicie art. 45 TFUE, art. 49 i nast. TFUE, a także art. 15 i art. 21 ust. 2 karty) oraz prawa wtórnego (mianowicie przepisów dyrektywy 2006/123), ze wskazaniem na ich potencjalną niezgodność z przepisami krajowymi, których dotyczy niniejsza sprawa.

25. Jednakże jak już wspomniałem we wprowadzeniu do niniejszej opinii, moim zdaniem jasne jest, że kluczowym przepisem prawa Unii w przedmiotowej sprawie jest jednak art. 45 TFUE.

26. Pomimo wątpliwości wyrażonych z jednej strony przez sąd odsyłający, a z drugiej przez rząd włoski jestem zdania, że prezesa organu zarządzającego portem można uznać za „pracownika" w rozumieniu art. 45–48 TFUE.

27. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału termin „pracownik" ma znaczenie autonomiczne w prawie Unii i nie wolno go interpretować odmiennie w myśl przepisów lub zasad obowiązujących w poszczególnych państwach członkowskich [9]. Ponadto pojęcie to, ogólnie rzecz ujmując, obejmuje każdą osobę, która wykonuje czynności rzeczywiste i efektywne, przy czym nie obejmuje to czynności wykonywanych na tak niewielką skalę, że można je jedynie uznać za marginalne i pomocnicze. Cechą charakteryzującą stosunek pracy jest okoliczność, że dana osoba wykonuje przez pewien okres na rzecz innej osoby i pod jej kierownictwem świadczenia, za które w zamian otrzymuje wynagrodzenie [10].

28. W myśl argumentów podnoszonych przez rząd hiszpański oraz Komisję prezes organu zarządzającego portem wydaje się spełniać te wymogi. Osoba powołana na to stanowisko nawiązuje bowiem stosunek umowny z organem zarządzającym portem, który w zamian za pracę świadczoną przez tę osobę regularnie w ustalonym okresie (czterech lat, z możliwością jednokrotnego odnowienia kadencji) wypłaca jej wynagrodzenie. Kwota wynagrodzenia określana jest z góry i ustalana w oparciu o kwotę wynagrodzenia przysługującego osobom na porównywalnych stanowiskach wysokiego szczebla w strukturach administracji publicznej, w granicach wyznaczonych przez właściwych ministrów.

9 — Zobacz między innymi: postanowienie Komisja/Niderlandy, C-542/09, EU:C:2010:448, pkt 68; opinia rzecznika generalnego C.O. Lenza w sprawie zakończonej wyrokiem Lawrie-Blum, 66/85, EU:C:1986:179, pkt 16.

10 — Zobacz między innymi wyroki: Petersen, C-544/11, EU:C:2013:124, pkt 30; Lawrie-Blum, EU:C:1986:284, pkt 16, 17.

29. Prezes organu zarządzającego – pomimo piastowania stanowiska kierowniczego w podmiocie, w którym jest on zatrudniony, a tym samym dysponowania względnie szerokim zakresem swobody w odniesieniu do faktycznego pełnienia swoich funkcji – objęty jest jednak nadzorem. W szczególności minister infrastruktury i transportu (działając w niektórych przypadkach w porozumieniu z ministrem skarbu lub innymi organami publicznymi) zachowuje uprawnienia w zakresie określania kierunków działań prezesa organu zarządzającego portem, kontrolowania tych działań oraz, w stosownych przypadkach, nakładania na niego kar.

30. Prezes organu zarządzającego portem jest nie tylko powoływany na stanowisko przez ministra infrastruktury i transportu (w porozumieniu z właściwymi organami regionalnymi), ale może także zostać odwołany ze stanowiska przez tego ministra. Jest to możliwe w przypadku zaistnienia okoliczności określonych w art. 7 ust. 3 ustawy nr 84/1994 oraz, bardziej ogólnie, w przypadku gdy odwołanie takie staje się konieczne w celu zapewnienia prawidłowego zarządzania organu zarządzającego portem, na podstawie uprawnień o charakterze dorozumianym przysługujących rządowi w tym względzie zgodnie z orzecznictwem sądów włoskich [11].

31. Ponadto niektóre kluczowe decyzje podejmowane przez prezesa lub komitet portowy, któremu prezes przewodniczy, wymagają zatwierdzenia przez rząd, jak określono w art. 12 ustawy nr 84/1994. Uprawnienia w zakresie kierowania przysługujące właściwemu ministrowi wydają się ponadto wykraczać jeszcze dalej. Istotnie, jak podkreślił rząd włoski, w orzecznictwie Consiglio di Stato wskazano, że potencjalna możliwość umyślnego ignorowania przez prezesa organu zarządzającego portem poleceń wielokrotnie przekazywanych mu przez właściwego ministra jest „nie do pomyślenia". W tym kontekście Consiglio di Stato zwraca uwagę na relację opartą na zaufaniu, jaka musi istnieć pomiędzy prezesem organu zarządzającego portem a właściwym ministrem [12]. A zatem stosunek podporządkowania prezesa organu zarządzającego portem właściwemu ministrowi, pomimo niejako ograniczonego zakresu oraz tego, że ma on charakter głównie kontroli ex post, jest niezaprzeczalny.

32. Przeciwnie, stanowisku prezesa organu zarządzającego portem wyraźnie brakuje cech zwyczajowo uznawanych za właściwe dla niezależnego usługodawcy: większej swobody pod względem wyboru rodzaju wykonywanych prac i zadań, sposobu, w jaki te prace i zadania mają być wykonane, godzin i miejsca pracy, a także zasad rekrutacji własnego personelu [13].

33. Podsumowując, można stwierdzić, że prezes organu zarządzającego portem pozostaje w stosunku pracy sui generis z państwem, który to stosunek mutatis mutandis przypomina ten, który był przedmiotem rozważań Trybunału w wyroku Danosa [14]. W tamtym wyroku Trybunał orzekł, że członek zarządu spółki prywatnej może być uznany za „pracownika" w rozumieniu dyrektywy 92/85/EWG [15].

34. Jestem zatem zdania, że sytuację będącą przedmiotem postępowania głównego należy rozpatrzyć w świetle postanowień traktatu FUE dotyczących swobodnego przepływu pracowników. A konkretnie, postanowieniami, w których zawiera się odpowiedź na kwestie rozpatrywane w niniejszej sprawie, są zasada swobodnego przepływu pracowników (zagwarantowanego na podstawie art. 45 ust. 1–3 TFUE) oraz odstępstwo od niej (ust. 4 tego samego przepisu).

11 — Zobacz w szczególności wyrok Consiglio di Stato z dnia 13 maja 2013 r., Sezione IV, n. 2596, Ciani c. Ministero delle Infrastrutture e Transporti, pkt 4.4.1.

12 — Ibidem, pkt 4.6.

13 — Zobacz w tym względzie wyrok Agegate, C-3/87, EU:C:1989:650, pkt 36. Zobacz także wyrok Komisja/Włochy, C-596/12, EU:C:2014:77, pkt 16 i nast.; a także, a contrario, wyrok Asscher, C-107/94, EU:C:1996:251, pkt 26.

14 — Wyrok C-232/09, EU:C:2010:674, pkt 38–51.

15 — Dyrektywa Rady z dnia 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią (dziesiąta dyrektywa szczegółowa w rozumieniu art. 16 ust. 1 dyrektywy 89/391/EWG) (Dz.U. L 348, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 5, t. 2, s. 110).

35. To powiedziawszy – przechodząc tym samym do *drugiej* uwagi wstępnej – uważam, że pomimo rozbieżności w brzmieniu zasady określone w art. 45 ust. 4 TFUE i art. 51 TFUE powinny podlegać spójnej wykładni. Zgodnie z przekonywującą linią argumentacji przedstawioną przez rzeczników generalnych H. Mayrasa [16] i G.F. Manciniego [17] różnice w brzmieniu tych dwóch postanowień można uzasadnić tym, że przewidziano w nich różne sytuacje. Jednakże oba postanowienia mają na celu jedno: umożliwić państwom członkowskim odstąpienie od stosowania podstawowej zasady zakazującej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w ramach rynku wewnętrznego poprzez zastrzeżenie dla własnych obywateli możliwości wykonywania określonych czynności w interesie ogólnym przez osoby, które w tym celu sprawują określone władztwo. Stosownie do powyższego, w moim przekonaniu, dokonując wykładni i stosując art. 45 ust. 4 TFUE, należy mieć na względzie nie tylko orzecznictwo Trybunału dotyczące tego postanowienia, ale także, mutatis mutandis, zasady określone w orzecznictwie Trybunału odnoszącym się do art. 51 TFUE, które w rzeczywistości zostały wypracowane w sposób w dużej mierze zbliżony [18].

36. Po *trzecie*, jak Komisja słusznie wskazała w swoich uwagach, pozostałe przepisy prawa Unii powołane przez sąd odsyłający albo nie mają zastosowania do postępowania głównego, albo tak czy inaczej są zbędne dla celów dokonania oceny okoliczności w niniejszej sprawie. Przede wszystkim art. 2 ust. 2 lit. d) dyrektywy 2006/123 wyraźnie stanowi, że nie ma ona zastosowania do „usług w dziedzinie transportu, w tym usług portowych, objętych postanowieniami tytułu V traktatu [FUE]". Z tego względu, nawet gdyby uznać prezesa organu zarządzającego portem za usługodawcę, wydaje się, że zastosowanie przepisów dyrektywy 2006/123 byłoby prima facie wyłączone. Ponadto dwa postanowienia karty, na które powołał się sąd odsyłający, nie wydają się wnosić żadnego nowego aspektu niezgodności wykraczającego poza ten, który może wynikać z zastosowania przepisów w zakresie swobodnego przepływu pracowników [19]. Zarówno bowiem art. 15 karty, który dotyczy „wolności wyboru zawodu i prawa do podejmowania pracy", jak i art. 21 ust. 2 karty, zakazujący dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w zakresie stosowania traktatów Unii, określają zasady, które w sposób wyraźny lub dorozumiany zawierają się w art. 45 TFUE.

37. Wreszcie, *po czwarte*, pragnę podkreślić już na samym początku, że Trybunał konsekwentnie przyjmuje *funkcjonalną* definicję stanowisk należących do administracji publicznej dla celów art. 45 ust. 4 TFUE [20]. A więc na gruncie tego postanowienia najistotniejszy jest w rzeczywistości nie tyle sposób powołania na stanowisko lub status prawny takiego stanowiska, jego organiczne powiązania z organami publicznymi [21] czy jego umiejscowienie w strukturach administracji publicznej [22], ile raczej jego rzeczywisty charakter, obowiązki i funkcje [23].

38. W związku z powyższym w niniejszej sprawie Trybunał nie może orzec in abstracto, czy stanowisko prezesa organu zarządzającego portem może być, na gruncie art. 45 ust. 4 TFUE, zastrzeżone dla obywateli danego państwa członkowskiego. Trybunał może jedynie zbadać i orzec, czy jest to możliwe w odniesieniu do stanowiska prezesa organu zarządzającego portem w myśl przepisów włoskich w tej konkretnej sprawie. Faktycznie istnieje możliwość, że ocena zgodności z prawem Unii przepisu prawa krajowego dotyczącego podobnego stanowiska obowiązującego w innym państwie

16 — Opinia rzecznika generalnego H. Mayrasa w sprawie zakończonej wyrokiem Reyners, 2/74, EU:C:1974:59.

17 — Opinia rzecznika generalnego G.F. Manciniego w sprawie zakończonej wyrokiem Komisja/Francja, 307/84, EU:C:1986:150.

18 — W tym celu zob. poglądy doktryny: A. Dashwood i in., *Wyatt and Dashwood's European Union Law*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2011 (6th ed.), s. 569; K.J.M. Mortelmans, The Functioning of the Internal Market: The Freedoms, w: *The Law of the European Union and the European Communities*, ed. P.J.G. Kapteyn i in., Kluwer International, Alphen aan den Rhijn 2008 (4th ed.), s. 575–784, 731; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford 2007 (4th ed.), s. 520.

19 — Zobacz art. 52 ust. 2 karty.

20 — Zobacz wyrok Komisja/Francja, EU:C:1986:222, pkt 12; opinia rzecznika generalnego P. Légera w sprawie zakończonej wyrokiem Komisja/Grecja, C-290/94, EU:C:1996:265, pkt 21.

21 — Fakt, że osoba piastująca takie stanowisko może być zatrudniona przez osobę fizyczną lub prawną, jako taki nie wystarcza, aby wykluczyć zastosowanie art. 45 ust. 4 TFUE, jeżeli można stwierdzić, że osoba ta, w odniesieniu do określonych czynności, działa w charakterze przedstawiciela organów publicznych. Zobacz wyrok Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, C-405/01, EU:C:2003:515, pkt 43.

22 — Zobacz w tym względzie wyroki: Sotgiu, 152/73, EU:C:1974:13, pkt 5; Komisja/Francja, EU:C:1986:222, pkt 11.

23 — Zobacz w tym względzie wyroki: Komisja/Luksemburg, C-473/93, EU:C:1996:263, pkt 28; Komisja/Francja, EU:C:1986:222, pkt 12.

członkowskim prowadzić będzie do odmiennych wniosków w zakresie, w jakim charakter tego stanowiska oraz obowiązki i funkcje z nim związane różniłyby się od tych będących przedmiotem rozważań w niniejszej sprawie. Nie oznacza to jednak, że zasady leżące u podstaw analizy prawnej w niniejszej sprawie w jakikolwiek sposób różniłyby się od tych stosowanych w sprawach rozpatrywanych w przyszłości [24].

39. W świetle powyższych rozważań jestem zdania, że cztery pytania przedstawione przez Consiglio di Stato można rozpatrywać łącznie i przeformułować w następujący sposób: „Czy przepis prawa krajowego, zgodnie z którym dostęp do stanowiska prezesa organu zarządzającego portem, pełniącego funkcje takie jak określone w art. 8 ust. 3 ustawy nr 84/1994, zastrzeżony jest dla obywateli danego państwa członkowskiego, jest zgodny z art. 45 TFUE?”.

B – *Analiza pytań prejudycjalnych*

40. Zanim przejdę do wyjaśnienia powodów, dla których uważam, że odpowiedź na tak przeformułowane pytanie przedstawione przez Consiglio di Stato powinna być negatywna, pokrótce przywołam stosowne orzecznictwo Trybunału, jednocześnie starając się bardziej szczegółowo odnieść do zasad w nim zawartych, w nadziei na dalsze doprecyzowanie właściwej wykładni art. 45 ust. 4 TFUE.

41. Swobodny przepływ osób, w szczególności pracowników, stanowi jedną z podstawowych zasad Unii. Zgodnie z art. 45 ust. 2 TFUE oznacza to zniesienie wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, niezależnie od charakteru dyskryminacji i jej stopnia, między pracownikami państw członkowskich w zakresie zatrudnienia, wynagrodzenia i innych warunków pracy [25].

42. Jednakże art. 45 ust. 4 TFUE stanowi, że postanowienia tego artykułu nie mają zastosowania do zatrudnienia w administracji publicznej. W drodze wyjątku od zasady ogólnej postanowienie to należy jednak interpretować wąsko lub, jak wielokrotnie podkreślał Trybunał, „w sposób ograniczający zakres jego stosowania w stopniu absolutnie niezbędnym do zabezpieczenia interesów, których ochronę umożliwia się państwom członkowskim na podstawie tego postanowienia” [26].

43. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem pojęcie „administracji publicznej” w rozumieniu tego postanowienia musi być jednolicie interpretowane i stosowane w całej Unii, a zatem jego wykładnia nie może być pozostawiona uznaniu państw członkowskich [27]. Trybunał konsekwentnie orzeka, że pojęcie „administracji publicznej” obejmuje wyłącznie te stanowiska, które zakładają ze strony osób je piastujących istnienie „szczególnej relacji solidarności” z państwem, a także wzajemności praw i obowiązków leżących u podstaw więzów obywatelstwa [28].

44. Trybunał nigdy jednak nie zgłębił pojęcia „szczególnej relacji solidarności” z państwem. Wskazał jedynie, że aby dane stanowisko można było uznać za zawierające się w pojęciu „administracji publicznej”, muszą być spełnione łącznie dwa *bardzo ściśle określone* warunki [29]: stanowisko takie musi wiązać się z udziałem, pośrednim lub bezpośrednim, w wykonywaniu władzy publicznej oraz ze sprawowaniem funkcji, które mają na celu ochronę interesów ogólnych państwa lub innych organizacji

24 — Zobacz w szczególności rozważania w pkt 46–62 poniżej.

25 — Zobacz między innymi wyroki: Komisja/Francja, 167/73, EU:C:1974:35, pkt 43, 44; Zentralbetriebsrat der gemeinnützigen Salzburger Landeskliniken Betriebs, C-514/12, EU:C:2013:799, pkt 23.

26 — Zobacz między innymi wyroki: Lawrie-Blum, EU:C:1986:284; Komisja/Włochy, 225/85, EU:C:1987:284, pkt 7.

27 — Zobacz wyrok Anker i in., C-47/02, EU:C:2003:516, pkt 57 i przytoczone tam orzecznictwo.

28 — Ibidem, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo.

29 — Zobacz wyrok Komisja/Luksemburg, EU:C:1996:263, pkt 33 i przytoczone tam orzecznictwo.

publicznych [30]. Ponadto dodał, że pomimo spełnienia tych dwóch warunków odstąpienie od zakazu dyskryminacji nie byłoby uzasadnione w sytuacji, gdy uprawnienia publiczne są wykonywane jedynie sporadycznie lub stanowią nieznaczną część ogólnej działalności wykonywanej w ramach tego stanowiska [31].

45. W związku z tym na gruncie orzecznictwa Trybunału możliwość zastosowania art. 45 ust. 4 TFUE wymaga przeprowadzenia trzyetapowej analizy. Zanim przyjrzę się dokładniej tym trzem etapom, chciałbym pokrótce odnieść się do pojęcia „szczególnej relacji solidarności", ponieważ w mojej ocenie właśnie w nim można doszukać się ratio legis tego postanowienia. Samo pojęcie stanowi podstawę do dokonania wykładni i stosowania zasad, jakie można wywieść z orzecznictwa Trybunału.

1. Pojęcie „szczególnej relacji solidarności"

46. Z pojęciem szczególnej relacji solidarności mamy do czynienia w odniesieniu do stanowisk, w przypadku których państwo może zasadnie twierdzić, że wiążą się one z obowiązkami, jakie z uwagi na właściwe im cechy mogą być w sposób prawidłowy wykonywane wyłącznie przez osoby związane z państwem nie tylko samym stosunkiem pracy, ale także z uwagi na przynależność państwową. Podstawą jest tutaj założenie, że zazwyczaj odczuwa się silniejsze poczucie lojalności, zaufania i oddania względem kraju, którego jest się obywatelem, którego obywatelami są członkowie rodziny danej osoby i w którym dana osoba ma swoje korzenie. Czyż nie jest tak, że przy ustalaniu przynależności narodowej pod uwagę bierze się głównie prawo krwi (ius sanguinis) lub prawo ziemi (ius soli)? Zgodnie z tym tokiem rozumowania w braku powiązania sanguis i solum dana osoba mogłaby być mniej skłonna do tego, aby w pełni zrealizować cel w interesie ogólnym, lub po prostu mniej zdolna, bez względu na okoliczności, do wykonywania swoich obowiązków w taki sposób.

47. Osoba piastująca dane stanowisko mogłaby być mniej *skłonna*, ponieważ na przykład podlegałaby wymogowi przedłożenia interesów społeczności lub państwa ponad interes własny, mimo że – w pewnych okolicznościach – może to być niełatwe. Dotyczy to w szczególności osób piastujących stanowiska w strukturach sił zbrojnych lub służb policyjnych państw członkowskich.

48. Dana osoba mogłaby być mniej *zdolna*, ponieważ na przykład obywatele, na których dana osoba wywiera wpływ poprzez wykonywanie powierzonych jej uprawnień, mogą nie uznać, że działa ona na rzecz lub w interesie państwa [32]. Dla przykładu, osoba niebędąca obywatelem danego kraju mogłaby być uznana za niewystarczająco reprezentatywną dla tego kraju, aby uzyskać dostęp do stanowisk na najwyższym szczeblu administracji rządowej. Podobnie osoba pozbawiona silnych powiązań społecznych, politycznych i kulturowych ze społeczeństwem, w którym musi pełnić swoje funkcje publiczne, może nie być uznawana przez wszystkich obywateli za „jednego z nich". Mogłoby to przełożyć się na zmniejszony stopień legitymizacji i akceptacji działań podejmowanych przez tę osobę w imieniu państwa, nawet tych mających poważne skutki dla jego obywateli. Taki stan rzeczy może odnosić się między innymi do członków krajowych organów sądowniczych.

49. Powstanie Wspólnot Europejskich miało jednak zasadniczo na celu położenie kresu prymatowi ideologii „Blut und Boden" (krew i ziemia). Ponadto państwa członkowskie jako suwerenne podmioty, jak również ich obywatele, znajdują się dziś na zupełnie innym etapie niż w momencie powstawania Wspólnot Europejskich [33].

30 — Zobacz w szczególności wyroki: Komisja/Belgia, 149/79, EU:C:1980:297, pkt 10; Komisja/Grecja, EU:C:1996:265, pkt 2.

31 — Zobacz wyroki: Anker i in., EU:C:2003:516, pkt 63, 64; Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, pkt 44, 45.

32 — Pragnę zauważyć, że podczas rozprawy do idei tej nawiązał, moim zdaniem słusznie, rząd włoski.

33 — Zobacz w tym kontekście niedawna dyskusja poświęcona możliwości nabywania obywatelstwa w niektórych krajach jedynie na podstawie majątku.

50. Po pierwsze, postrzeganie roli państwa (i) w ramach społeczeństwa i (ii) w kontekście międzynarodowym ulega znaczącym zmianom. Jeżeli chodzi o pierwszą z tych sytuacji, oczekiwania obywateli odnośnie do tego, co państwo ma dla nich robić i w jaki sposób, zmieniają się w społeczeństwie w sposób wyraźny i gwałtowny. W ostatnich dziesięcioleciach można było zaobserwować wyraźną tendencję do prywatyzacji i outsourcingu zadań, które w przeszłości zarezerwowane były wyłącznie dla organów administracji publicznej [34]. Jeżeli chodzi o drugą z tych sytuacji, w ostatnim czasie w doktrynie podkreśla się to, jak dziś, w dobie globalizacji, gdy znaczna część konstytucyjnych kompetencji suwerennych państw przekazana została ponadnarodowym organizacjom lub jest de facto wykonywana na rozmaitych forach międzynarodowych [35], pojęcie „suwerenności" nie może być interpretowane w kontekście tradycyjnych koncepcji stosowanych w przeszłości [36].

51. Po drugie, koncepcja obywatelstwa także ulega znacznym zmianom. Z uwagi na zwiększoną mobilność pracowników (i, bardziej ogólnie, osób) w ramach Unii solidarność, której w ujęciu historycznym państwo oczekiwało od swoich obywateli, uległa w Unii jeśli nie erozji, to przynajmniej przemianom w sensie pojęciowym. Ponadto od czasu przyjęcia traktatu z Maastricht traktaty Unii zawierają pojęcie „obywatelstwa Unii", które jest odmienne od pojęcia „obywatelstwa państwa członkowskiego" i równoległe w stosunku do niego. Jak stwierdził Trybunał w precedensowej sprawie Grzelczyk, „status obywatela Unii ma stanowić podstawowy status obywateli państw członkowskich, pozwalający tym spośród nich, którzy znajdują się w takiej samej sytuacji, korzystać z takiego samego traktowania wobec prawa, bez względu na przynależność państwową i z zastrzeżeniem wyraźnie przewidzianych wyjątków" [37]. Innymi słowy, parafrazując wypowiedź rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w opinii w sprawie Konstantinidis [38], każdy obywatel Unii ma teraz prawo powiedzieć „civis europeanus sum" i powoływać się na ten status, aby wyrazić sprzeciw w obliczu jakiegokolwiek naruszenia jego praw podstawowych i – rzekłbym także – jakiejkolwiek bezpodstawnej i nieuzasadnionej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową w Unii.

52. Artykuł 45 ust. 4 TFUE powinien zatem podlegać wykładni w kontekście obecnego stanu prawnego [39].

53. To właśnie w świetle wszystkich przedstawionych rozważań chciałbym teraz przejść do bardziej szczegółowego omówienia trzyetapowej analizy, o której wspomniano w pkt 44 i 45 powyżej.

2. Trzyetapowa analiza stosowania art. 45 ust. 4 TFUE

54. Jeżeli chodzi o pierwszy etap, odnoszący się do wykonywania uprawnień przyznanych na mocy prawa publicznego, Trybunał jak dotąd nie przedstawił jakiejkolwiek ogólnej i jasnej definicji tych terminów. W orzecznictwie można jednak wyszczególnić pewne elementy, w tym – z powodów, o których była już mowa – element odnoszący się do wykonywania działań związanych z wykonywaniem władzy publicznej na mocy art. 51 TFUE.

34 — Co ciekawe, ten trend prowadzi nie tylko do zwiększonego zaangażowania osób fizycznych i przedsiębiorstw w działalność organów rządowych, ale także do zauważalnego rozwoju handlu międzyrządowego na arenie międzynarodowej. Zobacz O. Dettmer, Unbundling the nation state – Countries have started to outsource public services to each other, *The Economist*, 14 (2014), (opublikowany w dniu 8 lutego 2014 r.).

35 — I.J. Sand, From National Sovereignty to International and Global Cooperation: The Changing Context and Challenges of Constitutional Law in a Global Society, *Scandinavian Studies in Law* 2007, s. 273–298, s. 275.

36 — Zobacz między innymi J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe – „Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*, Cambridge University Press, Cambridge 1999; N. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Oxford University Press, Oxford 1999.

37 — Wyrok C-184/99, EU:C:2001:458, pkt 31.

38 — Opinia C-168/91, EU:C:1992:504, pkt 46.

39 — Na tej podstawie powiedziałbym, że wnioski wyciągnięte w kontekście bardzo starej sprawy w przedmiocie stosowania (obecnego) art. 45 ust. 4 TFUE mogą nie stanowić już użytecznego precedensu. Dzisiaj na przykład nie przychyliłbym się do wniosków Trybunału odnośnie do prawidłowego stosowania tego postanowienia wyrażonych w pkt 8 wyroku Komisja/Belgia, EU:C:1982:195.

55. Po pierwsze, pewne jest, że terminy te obejmują imperium [40], czyli nadrzędną władzę ustawodawczą, wykonawczą, sądowniczą i wojskową, która wpisuje się w pojęcie „suwerennych kompetencji" wykonywanych przez państwo za pośrednictwem określonych organów lub osób [41]. Po drugie, moim zdaniem bezsporne jest, że terminy te obejmują także uprawnienia zawierające się często w pojęciu „potestas" [42], które oznacza wszystkie uprawnienia wiążące się z możliwością przyjęcia aktów, które są prawnie wiążące niezależnie od (lub pomimo) woli adresata aktu, i które związane są ze stosowaniem przymusu i kary [43]. Po trzecie, równie oczywiste jest, że samo wykonywanie *jakiegokolwiek* uprawnienia o charakterze administracyjnym (to jest takiego, którego charakter różni się od uprawnień przysługujących osobom fizycznym), nie może być natomiast automatycznie uznawane za obejmujące uprawnienia przyznane na mocy prawa publicznego. Stanowiska w głównej mierze związane z realizacją zadań biurowych lub wykonywaniem funkcji technicznych [44], które nie są związane z uprawnieniami do swobodnej oceny i uprawnieniami decyzyjnymi [45], nie zawierają się w tym pojęciu.

56. Trzeba przyznać, że pomiędzy tymi kategoriami istnieje obszar niepewności prawnej, gdzie nie tak łatwo określić, czy uprawnienia administracyjne związane z określonym urzędem publicznym wpisują się w zakres stosowania art. 45 ust. 4 TFUE. Można to uczynić moim zdaniem jedynie w drodze indywidualnej oceny każdego konkretnego przypadku, uwzględniającej wszystkie prerogatywy i działania związane z danym stanowiskiem.

57. „Kompasem", który według mnie wskazuje właściwy kierunek osobie dokonującej interpretacji, nie może być, jak wspomniano wcześniej, nic innego niż pytanie, czy istnieją obiektywne przesłanki ku temu, aby państwo mogło przyjąć, że wyłącznie osoby związane z nim więzami obywatelstwa byłyby, według wszelkiego prawdopodobieństwa, bardziej skłonne lub zdolne do pełnienia obowiązków związanych z danym stanowiskiem. Elementy, które według mnie mogą być szczególnie istotne w tym względzie, to między innymi: (i) zbliżony charakter lub powiązanie czynności wykonywanych w związku ze wspomnianymi wyżej uprawnieniami w zakresie imperium lub potestas; (ii) kwestia tego, czy piastując to stanowisko, dana osoba zajmuje się sprawami związanymi z ochroną podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego [46]; (iii) stopień odpowiedzialności [47] związanej z tymi uprawnieniami w kontekście starszeństwa służbowego, zarządzania lub obowiązków nadzorczych [48]; (iv) kwestia tego, czy uprawnienia te we współczesnym społeczeństwie, z uwagi na sam ich charakter [49] lub zwyczajowo [50], uznawane są za uprawnienia wykonywane przez władze państwowe; (v) potencjalnie daleko idące lub, przeciwnie, ograniczone skutki, jakie działania realizowane na tym stanowisku wywierają względem innych osób; oraz (vi) kwestia tego, czy działania lub środki podejmowane przez osobę na tym stanowisku wywołują natychmiastowe i bezpośrednie konsekwencje prawne w stosunku do innych osób lub czy mają one tylko charakter pomocniczy lub przygotowawczy [51].

40 — Odnośnie do tego wyrażenia zob. opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie zakończonej wyrokiem Komisja/Belgia, C-47/08, EU:C:2010:513, pkt 97.

41 — „A zatem do władzy najwyższej należy tworzenie i uchylanie praw, decydowanie o wojnie i pokoju, świadomość wszystkich kontrowersji i wydawanie osądów, samodzielnie lub poprzez powołanych sędziów; wybieranie urzędników, ministrów i radnych" (tłumaczenie nieoficjalne) {T. Hobbes, *De Cive* [O Obywatelu], 1642 rozdz. VI, § XVIII.

42 — Ogólne znaczenie tego terminu zob.: A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, The American Philosophical Society, Philadelphia 1953, s. 640.

43 — Zobacz w tym względzie wyroki: Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:515, pkt 42; Anker i in., EU:C:2003:516, pkt 61.

44 — Zobacz podobnie wyroki: Komisja/Włochy, C-3/88, EU:C:1989:606, pkt 13; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, C-451/03, EU:C:2006:208, pkt 39, 40; Komisja/Portugalia, C-438/08, EU:C:2009:651, pkt 40.

45 — Zobacz wyrok Komisja/Włochy, EU:C:1987:284, pkt 9. Zobacz także analogicznie wyroki: Komisja/Francja, C-50/08, EU:C:2011:335, pkt 76; Reyners, EU:C:1974:68, pkt 51–53.

46 — Zobacz art. 346 ust. 1 TFUE.

47 — Zobacz w tym względzie wyrok Bleis, C-4/91, EU:C:1991:448, pkt 6.

48 — Zobacz w tym względzie wyroki: Komisja/Belgia, EU:C:1982:195, pkt 8, 11; Komisja/Włochy, C-225/85, EU:C:1987:284, pkt 9. Zobacz także analogicznie wyrok Komisja/Portugalia, EU:C:2009:651, pkt 41.

49 — Zobacz opinia rzecznika generalnego C. Stix-Hackl w sprawie zakończonej wyrokiem Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española, EU:C:2003:345, pkt 83.

50 — Zobacz wyroki: Komisja/Luksemburg, EU:C:1996:263, pkt 27; Komisja/Belgia, EU:C:1982:195, pkt 12.

51 — Zobacz analogicznie wyrok Komisja/Portugalia, EU:C:2009:651, pkt 36 i przytoczone tam orzecznictwo.

58. Ten ostatni podpunkt warto by wyjaśnić nieco szerzej. *Pośrednie* uczestnictwo w wykonywaniu uprawnień publicznych mogłoby bowiem także, w pewnych okolicznościach, być uznane za wystarczające do spełnienia wymogów związanych z pojęciem „administracji publicznej” [52]. Niemniej jednak tego rodzaju pośrednie uczestnictwo nie może być tak *dalekie* [53], że – rzekłbym – powiązanie pomiędzy rzeczywistym wykonywaniem uprawnień publicznych a wkładem w wykonywanie tych uprawnień ze strony osoby piastującej to stanowisko wydawałoby się słabe lub mało znaczące [54].

59. Po ustaleniu, że dane stanowisko wiąże się z uczestnictwem w wykonywaniu uprawnień przyznanych na mocy prawa publicznego w rozumieniu art. 45 ust. 4 TFUE, należy mimo wszystko zweryfikować – w ramach drugiego etapu analizy – czy uprawnienia te przyznano w celu ochrony interesu ogólnego. Innymi słowy, należy potwierdzić, czy osoba piastująca stanowisko w strukturach administracji publicznej ma w założeniu wykonywać funkcję w interesie społeczności, a nie w interesie własnym.

60. Warunek ten nie jest zatem spełniony w przypadkach, gdy państwo przyznaje osobie lub podmiotowi uprawnienia szczególne lub prerogatywy – w zamian za świadczenie pieniężne lub w każdym razie w kontekście wzajemnej relacji – jakie ta osoba lub ten podmiot mogą wykorzystać, aby działać na rzecz własnych interesów lub interesów ograniczonej liczby osób. Ponadto zgadzam się z rządem włoskim co do tego, że warunek ten nie jest spełniony także w sytuacji, gdy uprawnienia administracyjne wykonywane są w celu zwyczajnej realizacji interesów gospodarczych lub przemysłowych państwa. Innymi słowy, to interes państwa jako społeczności ma znaczenie na mocy art. 45 ust. 4 TFUE, a nie interes państwa w sytuacji, gdy występuje ono w charakterze normalnego uczestnika rynku.

61. Wreszcie, w ramach trzeciego etapu analizy, dla zastosowania art. 45 ust. 4 TFUE konieczne jest, aby wykonywanie tych uprawnień publicznych w celu ochrony interesu ogólnego nie było jedynie okazjonalne i aby nie stanowiło ono jedynie nieznacznej części w ramach całości działań podejmowanych przez osobę piastującą dane stanowisko. Trybunał uznał bowiem, że korzystanie z uprawnień publicznych przewidzianych w art. 45 ust. 4 TFUE przez osoby niebędące obywatelami danego państwa członkowskiego jedynie sporadycznie lub w drodze wyjątku nie może naruszyć interesów w zamierzeniu chronionych na gruncie tego postanowienia. Wobec tego stanowisko może być objęte zakresem stosowania art. 45 ust. 4 TFUE wyłącznie w sytuacji, gdy wykonywanie uprawnień przyznanych na mocy prawa publicznego w interesie ogólnym stanowi podstawową funkcję tego stanowiska [55] lub przynajmniej w założeniu ma odbywać się regularnie [56]. Wydaje mi się, że w związku z powyższym kluczową rolę musi tu odgrywać zasada proporcjonalności [57].

62. To w kontekście tych zasad przejdę teraz do omówienia zastosowania art. 45 ust. 4 TFUE do stanowiska prezesa organu zarządzającego portem, wykonującego funkcje przewidziane w przepisach prawa włoskiego.

52 — Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisie 28 powyżej.

53 — Zobacz wyrok Komisja/Luksemburg, EU:C:1996:263, pkt 31.

54 — Zobacz w szczególności analogicznie wyroki: Komisja/Hiszpania, C-114/97, EU:C:1998:519, pkt 37, 38; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, EU:C:2006:208, pkt 47, 48.

55 — Zobacz opinia rzecznika generalnego C.O. Lenza w sprawie zakończonej wyrokiem Lawrie-Blum, EU:C:1986:179.

56 — Zobacz orzecznictwo przytoczone w przypisie 29 powyżej.

57 — Zobacz opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie zakończonej wyrokiem Komisja/Belgia, EU:C:2010:513, pkt 140 i nast.

3. Zastosowanie art. 45 ust. 4 TFUE w niniejszej sprawie

63. Iraklis Haralambidis, Autorità Portuale di Brindisi, rząd włoski i Komisja twierdzą, że art. 45 ust. 4 TFUE nie ma zastosowania w postępowaniu głównym. Zasadniczo podkreślają oni, że stanowisko to wymaga głównie umiejętności w zakresie zarządzania i umiejętności technicznych oraz że wykonywanie jakichkolwiek uprawnień publicznych dla celów art. 45 ust. 4 TFUE jest co najwyżej okazjonalne. W związku z tym art. 45 ust. 1–3 TFUE wykluczałby zastosowanie postanowienia krajowego, zgodnie z którym dostęp do stanowiska prezesa organu zarządzającego portem zarezerwowany byłby dla obywatela Włoch.

64. Z kolei C. Casilli, jak również rządy hiszpański i niderlandzki twierdzą, że stanowisko prezesa organu zarządzającego portem wpisuje się bezpośrednio w zakres pojęciowy „administracji publicznej" w rozumieniu art. 45 ust. 4 TFUE. Podkreślają oni, że osobie piastującej to stanowisko przyznawane są dość rozległe uprawnienia oraz że uprawnienia te muszą być wykonywane w interesie ogólnym.

65. Przejdę teraz do oceny uprawnień przyznawanych osobie na stanowisku prezesa organu zarządzającego portem na mocy ustawy nr 84/1994 w kontekście przedstawionej powyżej trzyetapowej analizy. Jak zostanie wykazane, większość uprawnień przyznawanych osobie na stanowisku prezesa organu zarządzającego portem nie może być uznawana za uprawnienia przyznawane na mocy prawa publicznego w rozumieniu art. 45 ust. 4 TFUE. Ponadto nawet te uprawnienia, które mogą wpisywać się w tę definicję, albo nie wydają się wykonywane w interesie społeczności, a jedynie w szczególnym interesie gospodarczym organu zarządzającego portem, albo z założenia wykonywane są jedynie sporadycznie lub w nadzwyczajnych okolicznościach.

66. Na początku należy podkreślić, że wszystkie uprawnienia, którymi dysponuje prezes organu zarządzającego portem na mocy przepisów prawa włoskiego, wyraźnie nie stanowią uprawnień zwyczajowo przyznawanych przez państwo najwyższym organom wykonawczym, wojskowym lub sądowym. Nie są także ściśle powiązane z wykonywaniem tych suwerennych uprawnień.

67. Prawdą jest, że wykonywanie funkcji prezesa organu zarządzającego portem, ogólnie rzecz biorąc, wiąże się z wysokim stopniem odpowiedzialności i zakłada względnie szeroki stopień uznania. Bezsporny jest także fakt, że prezes często działa w drodze aktów o charakterze administracyjnym, które wywołują natychmiastowe skutki prawne względem osób i podmiotów, do których są kierowane. Niemniej jednak tylko kilka z tych działań wydaje się przejawiać prawdziwy aspekt decyzyjny, a jeżeli tak się dzieje, działania te rzadko wymagają przyjęcia aktów, których wykonanie jest możliwe bez interwencji policji lub krajowych organów sądownictwa [58].

68. Jeżeli chodzi o zadania, których wykonanie należy do kompetencji prezesa organu zarządzającego portem zgodnie z art. 8 ust. 3 lit. a)–e) i n) ustawy nr 84/1994, pragnę zauważyć, że prezesowi przyznaje się jedynie uprawnienie do przedstawiania wniosków komitetowi portowemu. O ile nie można kwestionować istotności czy znaczenia roli prezesa jako osoby stojącej na czele organu, o tyle faktem jest, że w skład komitetu portowego wchodzi kilka osób, a prezesowi nie są przyznawane jakiekolwiek szczególne prerogatywy względem pozostałych członków (takie jak na przykład prawo weta). W każdym razie działania wykonywane przez prezesa (na przykład przedkładanie projektu budżetu organu zarządzającego portem, bilansu i trzyletniego planu operacyjnego) wydają się jedynie działaniami o charakterze „programowym", które większość skutków prawnych wywołują w ramach podmiotu podejmującego te działania.

69. Jeżeli chodzi o zadania wyszczególnione w art. 8 ust. 3 lit. f) i l) ustawy nr 84/1994, należy wskazać, że zdefiniowano je w sposób nieprecyzyjny i wydają się obejmować głównie uprawnienia w zakresie koordynowania i promowania działań ostatecznie wykonywanych przez inne władze lub organy.

58 — W kwestii ważności tego elementu zob. analogicznie wyroki: Komisja/Portugalia, EU:C:2009:651, pkt 44; Komisja/Francja, EU:C:2011:335, pkt 93.

70. Wprawdzie prezes organu zarządzającego portem wykonuje uprawnienia o charakterze decyzyjnym i wykonawczym w związku z zadaniami przypisanymi mu na mocy art. 8 ust. 3 lit. h) i l) ustawy nr 84/1994.

71. Niemniej jednak po dokładniejszym zbadaniu tej sprawy nie jestem przekonany, że wykonywanie tych uprawnień wystarczy, aby uznać, iż spełniono *bardzo ściśle określone* warunki art. 45 ust. 4 TFUE. Z jednej strony wydaje mi się, że uprawnienia przyznane w związku z udzielaniem zezwoleń i koncesji na użytkowanie określonych obszarów portowych lub wykonywanie określonych czynności w portach zasadniczo przypominają uprawnienia wykonywane przez przedsiębiorstwa prywatne prowadzące działalność o charakterze przemysłowym lub handlowym. W szczególności, mimo że przyjmują one formę aktów administracyjnych i dotyczą stref nadbrzeżnych należących do państwa, akty przyjmowane przez prezesa organu zarządzającego portem w tym kontekście są, z ekonomicznego punktu widzenia, zbliżone do umów dzierżawy lub najmu nieruchomości, jakie mogą być zawierane pomiędzy przedsiębiorstwami prywatnymi [59]. Z drugiej strony głównym celem prezesa organu zarządzającego portem wykonującego swoje zadania w tym zakresie jest – jak wskazał rząd włoski – zapewnienie efektywnego i korzystnego ekonomicznie wykorzystania obszarów morskich w strefie nadbrzeżnej, znajdujących się pod kontrolą organu zarządzającego portem. Innymi słowy, „Gwiazdą Polarną" wyznaczającą kierunek działań prezesa w tym zakresie jest interes finansowy i gospodarczy organu, któremu on przewodniczy, a nie bardziej ogólny interes społeczności.

72. W związku z tym można moim zdaniem wyróżnić dwa rodzaje zadań powierzanych prezesowi organu zarządzającego portem, które wiążą się ze stosowaniem przymusu względem obywateli i których charakter wydaje się wskazywać, że wykonywane są one nie tylko w interesie samego organu zarządzającego portem, ale także w interesie społeczności. Chodzi, po pierwsze, o uprawnienie przyznawane na podstawie art. 54 i 55 włoskiego kodeksu żeglugi [do którego odnosi się art. 8 ust. 3 lit. h) ustawy nr 84/1994] do przyjmowania zarządzeń, w drodze których na osobę bezprawnie użytkującą obszar morski należący do państwa nakłada się obowiązek przywrócenia status quo w ustalonym terminie, a w przypadku niezastosowania się do zarządzenia, do przeprowadzenia takiej restytucji ex officio, na koszt osoby dopuszczającej się naruszeń. Po drugie, chodzi o zadanie dotyczące zapewnienia zdolności żeglugowej na terenie portu oraz prac wydobywczych i konserwacyjnych na dnie morza, w odniesieniu do których prezes organu zarządzającego portem dysponuje uprawnieniami do podejmowania wiążących decyzji w sytuacji wymagającej natychmiastowego działania i zaistnienia pilnej potrzeby.

73. Jednakże jasne jest, że uprawnienia te nie dotyczą podstawowych funkcji przypisywanych prezesowi organu zarządzającego portem. Stanowią one raczej względnie nieznaczną część ogólnej działalności wykonywanej przez tę osobę. Ponadto rząd włoski potwierdził, że w założeniu są one wykonywane jedynie sporadycznie lub w nadzwyczajnych okolicznościach. Bardziej ogólne i rozległe uprawnienia związane z utrzymywaniem porządku i stosowaniem przymusu na obszarach będących pod kontrolą organu zarządzającego portem są bowiem wykonywane przez właściwe służby policyjne, w szczególności przez Capitanerie di Porto – Guardia Costiera (włoską straż przybrzeżną) [60]. Ponadto wykonanie jakiegokolwiek aktu przyjętego przez prezesa organu zarządzającego portem wymaga wsparcia ze strony tych służb policyjnych i, w stosownych przypadkach, interwencji sędziego.

74. Wreszcie art. 8 ust. 3 lit. na) ustawy nr 84/1994 wydaje się mieć charakter klauzuli generalnej [61]. Jednakże ogólna analiza przepisów ustawy nr 84/1994 nie wydaje się wskazywać na istnienie jakiegokolwiek uprawnienia tego rodzaju, które spełniałoby wymogi art. 45 ust. 4 TFUE.

59 — Zobacz podobnie wyrok CO.GE.P., C-174/06, EU:C:2007:634, pkt 31–35.

60 — Włoska straż przybrzeżna to oddział włoskiej marynarki wojennej, którego zadania i funkcje związane są głównie z użytkowaniem obszarów morskich do celów cywilnych.

61 — Artykuł 8 ust. 3 lit. na) ustawy nr 84/1994 stanowi, że „zadaniem prezesa organu zarządzającego portem jest wykonywanie jakichkolwiek innych uprawnień [przyznanych organowi zarządzającemu portem], które na mocy niniejszej ustawy nie zostały przyznane innym organom kierowniczym organu zarządzającego portem".

75. Podsumowując: moim zdaniem stanowisko prezesa organu zarządzającego portem należy do tego rodzaju stanowisk, gdzie znakomita większość funkcji mu przypisywanych oraz, w każdym razie, kluczowych uprawnień z nim związanych ma charakter techniczny i zarządczy. Zasadniczo wydaje się, że kryteria, których spełnienie wymagane jest w celu sprawowania tej funkcji, to kompetencje i doświadczenie w dziedzinie transportu, ekonomii i zarządzania zasobami ludzkimi. Nie mogę doszukać się powodów, dla których państwo członkowskie w sposób uzasadniony mogłoby przyjąć, że według wszelkiego prawdopodobieństwa jedynie obywatel tego państwa członkowskiego byłby wystarczająco zdolny lub skłonny do wykonywania obowiązków związanych z piastowaniem tego stanowiska. Inaczej rzecz ujmując, nie rozumiem, jaką wartość dodaną w kontekście właściwego sprawowania funkcji z mocy prawa przypisywanych prezesowi organu zarządzającego portem mogłyby wnieść więzy obywatelstwa.

IV – **Wnioski**

76. W świetle powyższego proponuję, aby Trybunał udzielił następujących odpowiedzi na pytania przedstawione przez Consiglio di Stato:

Artykuł 45 ust. 4 TFUE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie przepisowi prawa krajowego, zgodnie z którym dostęp do stanowiska prezesa organu zarządzającego portem, sprawującego funkcje określone w art. 8 ust. 3 ustawy nr 84/1994 z dnia 28 stycznia 1994 r. dotyczącej przekształcenia przepisów dotyczących portów (Legge 28 gennaio 1994, n. 84, Riordino della legislazione in materia portuale), ograniczony jest do obywateli tego państwa członkowskiego.