Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
MICHALA BOBEKA
przedstawiona w dniu 15 kwietnia 2021 r.[1]

**Sprawa C-683/19**

**Viesgo Infraestructuras Energéticas SA**
**przeciwko**
**Administración General del Estado,**
**Iberdrola, SA,**
**Naturgy Energy Group, SA, dawniej Gas Natural SDG, SA,**
**EDP España, SA,**
**CIDE, Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica,**
**Endesa SA,**
**Agri-Energía SA,**
**Navarro Generación S.A.**

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Tribunal Supremo (sąd najwyższy, Hiszpania)]

Odesłanie prejudycjalne – Wspólne zasady rynku wewnętrznego energii elektrycznej – Dyrektywa 2009/72/WE – Nałożenie obowiązków użyteczności publicznej – Finansowanie bonu społecznego, które dotyczy jedynie niektórych spółek – Wymogi przejrzystości i niedyskryminacji

## I. Wprowadzenie

1. Skarżące są spółkami prowadzącymi działalność na hiszpańskim rynku energii elektrycznej. Zostały one zobowiązane do wnoszenia wkładu w finansowanie środka o charakterze socjalnym ustanowionego na rzecz odbiorców wrażliwych w Hiszpanii. Ustawodawca hiszpański uznał ów obowiązek za „obowiązek użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE[2]. Jedna ze skarżących wniosła do Tribunal Supremo (sądu najwyższego, Hiszpania, zwanego dalej „sądem najwyższym") skargę, w której zarzuciła niezgodność obowiązku finansowania z prawem Unii.

2. Sąd najwyższy uwzględnił tę skargę. Jego zdaniem ustanowione w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 wymogi dotyczące zgodności stanowią acte clair, co oznacza, że nie zachodziła potrzeba występowania z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Jednak w następstwie

[1] Język oryginału: angielski.

[2] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz.U. 2009, L 211, s. 55).

wniesionej do niego skargi o ochronę praw i wolności podstawowych Tribunal Constitucional (trybunał konstytucyjny, Hiszpania; zwany dalej „trybunałem konstytucyjnym") uchylił wyrok sądu najwyższego. Trybunał konstytucyjny orzekł, że sąd najwyższy niesłusznie stwierdził istnienie „acte clair", a tym samym naruszył przysługujące Administración General del Estado (hiszpańskiej administracji państwowej) prawa konstytucyjne w zakresie, w jakim uznał on uregulowanie krajowe za niezgodne z prawem Unii bez uprzedniego wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

3. W następstwie tego wyroku sąd najwyższy skierował do Trybunału rozpatrywany wniosek w celu ustalenia, czy nałożony na skarżące obowiązek finansowania jest zgodny z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72.

## II. Ramy prawne

### A. Prawo Unii

4. Dyrektywa 2009/72 zastąpiła dyrektywę 2003/54/WE[3] w celu dalszego rozwoju wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej. W jej motywie 50 przewidziano, co następuje:

„Wymogi usługi publicznej, w tym wymogi dotyczące usługi powszechnej, oraz wynikające z nich wspólne minimalne standardy muszą być w dalszym ciągu wzmacniane w celu zapewnienia, aby wszyscy konsumenci, w szczególności odbiorcy wrażliwi, mogli odnieść korzyści wynikające z konkurencji i sprawiedliwych cen. Wymogi usługi publicznej należy określać na poziomie krajowym, z uwzględnieniem sytuacji krajowej; prawo wspólnotowe powinno być jednak przestrzegane przez państwa członkowskie. Obywatele Unii oraz, w przypadku gdy państwa członkowskie uznają to za stosowne, małe przedsiębiorstwa powinny móc korzystać z obowiązków użyteczności publicznej, zwłaszcza w odniesieniu do bezpieczeństwa dostaw i uzasadnionych cen […]".

5. Artykuł 2 dyrektywy 2009/72 stanowi:

„Na użytek niniejszej dyrektywy stosuje się następujące definicje:

[…]

21) »przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo« oznacza przedsiębiorstwo energetyczne lub grupę przedsiębiorstw energetycznych, w których ta sama osoba lub te same osoby są uprawnione, bezpośrednio lub pośrednio, do sprawowania kontroli, a dane przedsiębiorstwo lub grupa przedsiębiorstw prowadzi co najmniej jedną z następujących działalności: działalność przesyłową lub działalność dystrybucyjną, oraz co najmniej jedną z następujących działalności: działalność w zakresie wytwarzania lub działalność w zakresie dostaw energii elektrycznej;

[…]".

[3] Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz.U. 2003, L 176, s. 37 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 12, t. 2, s. 211–229).

6. Artykuł 3 dyrektywy 2009/72 dotyczy „obowiązków użyteczności publicznej” i ochrony odbiorcy. Jego ust. 2 i 6 mają następujące brzmienie:

„2. W pełni uwzględniając odpowiednie postanowienia traktatu, w szczególności jego art. 86, państwa członkowskie mogą w ogólnym interesie gospodarczym nałożyć na przedsiębiorstwa działające w sektorze elektroenergetycznym obowiązki użyteczności publicznej, które mogą odnosić się do bezpieczeństwa, w tym również do bezpieczeństwa dostaw, regularności, jakości i ceny dostaw, a także ochrony środowiska, w tym również do efektywności energetycznej, energii ze źródeł odnawialnych i ochrony klimatu. Takie obowiązki muszą być jasno określone, przejrzyste, niedyskryminacyjne, weryfikowalne i gwarantować wspólnotowym przedsiębiorstwom energetycznym równość dostępu do konsumentów krajowych. […]

[…]

6. Jeżeli za wypełnienie obowiązków określonych w ust. 2 i 3 przewidziano przyznawanie przez państwo członkowskie rekompensat finansowych, innych form rekompensaty oraz praw wyłącznych, odbywa się to w sposób przejrzysty i niedyskryminacyjny”.

## B. Prawo hiszpańskie

7. Artykuł 45 Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (ustawy 24/2013 z dnia 26 grudnia 2013 r. o sektorze elektroenergetycznym; zwanej dalej „ustawą 24/2013”), zatytułowany „Odbiorcy wrażliwi”, stanowi w odnośnej części:

„2. Bon społeczny ma zastosowanie do odbiorców wrażliwych, którzy posiadają określone w dekrecie królewskim wydanym przez Consejo de Ministros [radę ministrów, Hiszpania] cechy społeczne, konsumpcyjne i dotyczące siły nabywczej. […]

[…]

3. Bon społeczny pokrywa różnicę między wartością ceny dobrowolnej naliczanej odbiorcom o niskim zakontraktowanym poborze mocy oraz wartością bazową, zwaną »taryfą urzędową«, i jest uwzględniany na fakturach wystawianych odbiorcom uprawnionym do korzystania z bonu społecznego przez odpowiedniego dostawcę referencyjnego.

[…]

4. Bon społeczny stanowi obowiązek użyteczności publicznej w rozumieniu dyrektywy [2009/72], którego koszt ponoszą spółki dominujące dla grup spółek lub, w stosownym przypadku, spółki prowadzące jednocześnie działalność w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej.

Współczynnik procentowy podziału kwot, które podlegają finansowaniu, oblicza się, dla każdej grupy spółek, w oparciu o stosunek pomiędzy wielkością stanowiącą sumę średniej rocznej liczby dostaw podłączonych do sieci dystrybucji spółek dystrybuujących energię elektryczną i liczby odbiorców spółek sprzedających energię elektryczną należących do grupy a wielkością stanowiącą sumę wszystkich średnich rocznych wartości dostaw i odbiorców wszystkich grup spółek, które należy uwzględnić dla celów tego podziału.

Współczynnik procentowy podziału jest obliczany corocznie przez Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia [krajową komisję ds. rynków i konkurencji, Hiszpania] zgodnie z procedurą i warunkami określonymi w rozporządzeniu. […]

[…]

W każdym przypadku wkłady wnoszone przez każdą z tych spółek są przekazywane na specjalny rachunek depozytowy utworzony w tym celu przez odpowiedzialny za zarządzanie nim organ administracyjny".

8. W odnośnej części motywu piątego Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (dekretu królewskiego z mocą ustawy 9/2013 z dnia 12 lipca 2013 r. w sprawie przyjęcia pilnych środków w celu zapewnienia stabilności systemu elektroenergetycznego; zwanego dalej „dekretem królewskim z mocą ustawy 9/2013") wskazano, co następuje:

„Niniejszy dekret królewski z mocą ustawy modyfikuje także system określający warunki ponoszenia kosztów bonu społecznego.

[…]

Z tego względu oraz w celu przyczynienia się do koniecznego i pilnego obniżenia kosztów funkcjonowania systemu za niezbędne uznaje się zmodyfikowanie systemu podziału kosztów ustanowionego zarządzeniem IET/843/2012 w ten sposób, że spółki dominujące dla spółek lub grup spółek, które prowadzą działalność w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej i które są grupami zintegrowanymi pionowo, zobowiązuje się, w drodze obowiązku użyteczności publicznej, do ponoszenia kosztów bonu społecznego.

Nałożenie takiego wymogu na te spółki dominujące umożliwia, choćby pośrednio, rozdzielenie tego obciążenia pomiędzy główne rodzaje działalności gospodarczej w sektorze elektroenergetycznym. Działalność w zakresie przesyłu jest zatem wyłączona z takiego rozdziału, zaś ten wyjątek należy uznać za uzasadniony, ponieważ chodzi tu o działalność regulowaną, prowadzoną w systemie monopolu prawnego i wyłączności, przy czym należy pamiętać, że pojedyncze przedsiębiorstwo przesyłowe nie jest w stanie, w przeciwieństwie do wyżej wymienionych spółek lub grup spółek, odzyskać z rynku ewentualnych kosztów, które musiałoby ponieść w tym zakresie, ponieważ w ostatecznym rozrachunku podważyłoby to cel wprowadzanej zmiany".

9. Artykuły 2 i 3 Real Decreto 968/2014, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla la metodología para la fijación de los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social (dekretu królewskiego 968/2014 z dnia 21 listopada 2014 r. w sprawie metody określenia procentowego podziału kwot, które mają być finansowane na potrzeby bonu społecznego; zwanego dalej „dekretem królewskim 968/2014") określają metodę finansowania bonu społecznego, o którym mowa w art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013.

## III. Okoliczności faktyczne, postępowanie główne i pytania prejudycjalne

10. Na mocy Real Decreto-ley 6/2009 (zwanego dalej „dekretem królewskim z mocą ustawy 6/2009") ustanowiono mechanizm umożliwiający niektórym odbiorcom posiadającym pewne cechy społeczne, konsumpcyjne i dotyczące siły nabywczej („odbiorcom wrażliwym") korzystanie z niższej ceny energii elektrycznej w Hiszpanii. Kwalifikujący się odbiorcy korzystają tym samym z automatycznego upustu od ceny energii elektrycznej („bon społeczny"), który jest uwzględniany przez dostawcę z urzędu [4] bezpośrednio na ich rachunku za energię elektryczną. Owi dostawcy rozliczają więc kwalifikujących się odbiorców według ceny niższej niż cena rynkowa energii elektrycznej [5].

11. Początkowo, w stanie prawnym regulowanym dekretem królewskim z mocą ustawy 6/2009, system był finansowany z podatku nałożonego na wszystkie spółki będące właścicielami zakładów wytwarzających energię elektryczną. Wyrokiem z dnia 7 lutego 2012 r. (zwanym dalej „wyrokiem z 2012 r.") sąd najwyższy stwierdził jednak nieważność dekretu królewskiego z mocą ustawy 6/2009 z tej przyczyny, że przewidziany w nim system finansowania był niezgodny z dyrektywą 2009/72 [6]. Trybunał konstytucyjny uznał za niedopuszczalną wniesioną od tego wyroku skargę o stwierdzenie naruszenia praw podstawowych gwarantowanych konstytucją hiszpańską („recurso de amparo").

12. W celu uwzględnienia wydanego przez sąd najwyższy wyroku z 2012 r. oraz zastąpienia dekretu królewskiego z mocą ustawy 6/2009 ustawodawca hiszpański przyjął dekret królewski z mocą ustawy 9/2013. W tym akcie prawnym wskazano w szczególności, że sąd najwyższy nie określił konkretnej metody podziału kosztów bonu społecznego, a tym samym zezwolił Administración General del Estado (hiszpańskiej administracji państwowej) na wybór systemu, który w jej opinii jest najbardziej odpowiedni. Obowiązek ponoszenia kosztów wynikających z bonu społecznego spoczywa więc na „spółkach dominujących dla grup spółek lub, w stosownym przypadku, spółek prowadzących jednocześnie działalność w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej".

13. W dniu 26 grudnia 2013 r. przyjęto ustawę 24/2013. Zgodnie z art. 45 ust. 3 owej ustawy bon społeczny pokrywa różnicę między ceną naliczaną kwalifikującym się odbiorcom wrażliwym oraz ceną bazową energii elektrycznej na hiszpańskim rynku energii elektrycznej. W art. 45 ust. 4 tej ustawy bon społeczny określono następnie jako „obowiązek użyteczności publicznej". Wskazano w nim również, że jego finansowanie spoczywa na „spółkach dominujących dla grup spółek lub, w stosownym przypadku, spółek prowadzących jednocześnie działalność w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej" („świadczenie obowiązkowe").

14. W celu wykonania ustawy 24/2013 przyjęto, w dniu 21 listopada 2014 r., dekret królewski 968/2014. Ustanowiono w nim metodę określenia procentowego podziału kwot przeznaczonych na finansowanie systemu.

[4] W kontekście „obowiązków użyteczności publicznej" w rozumieniu dyrektywy 2009/72 pojęcie „dostawca z urzędu" oznacza wyznaczoną przez państwo członkowskie spółkę, która zapewnia ciągłość dostaw dla odbiorców energii elektrycznej (w tym dla odbiorców będących gospodarstwami domowymi) po „uzasadnionych cenach" (tak zwane „taryfy urzędowe"). Zobacz motyw 47, art. 3 ust. 3 i art. 37 ust. 6 dyrektywy 2009/72.

[5] Zgodnie z art. 6 Real Decreto 897/2017 (dekretu królewskiego 897/2017) owa cena uwzględnia upust w wysokości 25% od ceny rynkowej energii elektrycznej w Hiszpanii dla odbiorców „wrażliwych" oraz upust w wysokości 40% od owej ceny dla odbiorców „szczególnie wrażliwych".

[6] Wyrok sądu najwyższego 1425/2012 z dnia 7 lutego 2012 r. (ES:TS:2012:1425).

15. W Orden IET/350/2014, de 7 de marzo, por la que se fijan los porcentajes de reparto de las cantidades a financiar relativas al bono social correspondientes a 2014 (zarządzeniu IET/350/2014 z dnia 7 marca 2014 r. w sprawie określenia procentowego podziału kwot, które mają być finansowane na potrzeby bonu społecznego w 2014 r.; zwanego dalej „zarządzeniem IET/350/2014") wskazano podmioty zobowiązane do świadczenia obowiązkowego i określono procentowy podział kwot, które mają być finansowane w ramach całego systemu w 2014 r.[7].

16. Zgodnie z zarządzeniem IET/350/2014 wkład pokrywający 96,64131% kosztów bonu społecznego wnoszą cztery spółki, mianowicie: Endesa SA (zwana dalej „Endesa") (41,612696%), Iberdrola SA (zwana dalej „Iberdrola") (38,474516%), Gas Natural SDG SA (14,185142%) oraz E.ON España SLU, która następnie zaczęła prowadzić działalność pod firmą Viesgo Infraestructuras Energéticas SL (zwana dalej „Viesgo") (2,368956%). Na mocy owego zarządzenia pozostałym 23 spółkom przyporządkowano z kolei znacznie niższe współczynniki, z których żaden nie przekraczał progu 1%. Te wartości są obliczane corocznie przez Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (krajową komisję ds. rynków i konkurencji, Hiszpania), a odpowiadające im wkłady przekazuje się na wskazany w tym celu rachunek depozytowy. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (krajowa komisja ds. rynków i konkurencji, Hiszpania) jest także odpowiedzialna za rozliczenie płatności z odpowiednimi przedsiębiorstwami i przekazanie im kwoty odpowiadającej wartości bonu społecznego przyznanego wrażliwym odbiorcom przez odnośnego dostawcę z urzędu.

17. W dniu 18 grudnia 2014 r. spółka E.ON España SLU (następnie – Viesgo) wniosła do sądu odsyłającego, w postępowaniu sądowoadministracyjnym, skargę na dekret królewski 968/2014. Podniosła, że ustalenia dotyczące finansowania bonu społecznego przewidziane w art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013, które uszczegółowiono w art. 2 i 3 dekretu królewskiego 968/2014, są niezgodne z dyrektywą 2009/72.

18. Wyrokiem z dnia 24 października 2016 r. sąd najwyższy uwzględnił tę skargę. Stwierdził on nieważność art. 2 i 3 dekretu królewskiego 968/2014 z powodu ich niezgodności z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Sąd ten wyjaśnił, że oparł swoje stanowisko na wydanych przez Trybunał wyrokach Federutility i in.[8] oraz ANODE[9].

19. Administración General del Estado (hiszpańska administracja państwowa) wniosła od tego wyroku skargę o ochronę praw i wolności podstawowych („recurso de amparo") do trybunału konstytucyjnego. Wyrokiem z dnia 26 marca 2019 r. trybunał konstytucyjny uwzględnił skargę konstytucyjną wniesioną przez Administración General del Estado (hiszpańską administrację państwową). Orzekł on, że sąd najwyższy naruszył prawo do „procesu z zachowaniem wszelkich gwarancji" w rozumieniu art. 24 ust. 2 konstytucji hiszpańskiej w zakresie, w jakim uznał on uregulowanie krajowe za niezgodne z prawem Unii bez uprzedniego wystąpienia do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym.

20. Z postanowienia odsyłającego wynika, że trybunał konstytucyjny uznał w szczególności, iż orzecznictwo, na które powołał się sąd odsyłający w celu stwierdzenia niezgodności z dyrektywą 2009/72, nie stanowiło, w zawisłym przed nim sporze, „acte clair". Z tego względu sąd najwyższy nie był zwolniony z obowiązku wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym, co spowodowało konieczność uchylenia zaskarżonego wyroku i przywrócenia sytuacji istniejącej przed jego wydaniem.

7 W kolejnych latach wydawano podobne zarządzenia, np. Orden IET/2182/2015 (na rok 2015) i Orden IET/1451/2016 (na rok 2016).

8 Wyrok z dnia 20 kwietnia 2010 r., Federutility i in., C-265/08, EU:C:2010:205.

9 Wyrok z dnia 7 września 2016 r., ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637.

21. To właśnie w tym kontekście faktycznym i prawnym Tribunal Supremo (sąd najwyższy, Hiszpania) postanowił zawiesić postępowanie i skierować do Trybunału następujące pytania prejudycjalne:

„1) Czy stosownie do utrwalonego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości – między innymi wyroków z dnia 20 kwietnia 2010 r. (sprawa C 265/08, Federutility) i z dnia 7 września 2016 r. (sprawa C 121/15, ANODE) – uregulowanie krajowe takie jak uregulowanie zawarte w art. 45 ust. 4 [ustawy 24/2013] i uszczegółowione następnie w art. 2 i 3 [dekretu królewskiego 968/2014], zgodnie z którym finansowanie bonu społecznego spoczywa na określonych podmiotach z sektora energii elektrycznej, mianowicie na spółkach dominujących dla grup spółek lub w stosownym przypadku spółek prowadzących jednocześnie działalność w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej, jest zgodne z wymogami przewidzianymi w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE, zważywszy, że niektóre z podmiotów zobowiązanych w tym zakresie mają bardzo niewielkie znaczenie w tym sektorze rozpatrywanym jako całość, podczas gdy z ponoszenia tych kosztów zwolniono inne podmioty lub grupy spółek, które mogą znajdować się w lepszej sytuacji pozwalającej im na pokrycie tych kosztów, czy to z uwagi na wielkość ich obrotów, czy też ich relatywne znaczenie w którymś z sektorów działalności, bądź też dlatego, że prowadzą jednocześnie i w sposób zintegrowany dwie z tych działalności?

2) Czy z wymogiem proporcjonalności przewidzianym we wspomnianym art. 3 ust. 2 dyrektywy [2009/72] jest zgodne uregulowanie krajowe, z którego wynika, iż obowiązek finansowania bonu społecznego nie jest obowiązkiem o charakterze nadzwyczajnym ani obowiązkiem ustanowionym na czas określony, lecz wprowadzono go na czas nieokreślony, bez możliwości zwrotu kosztów i bez jakiegokolwiek środka wyrównawczego?”.

22. Uwagi na piśmie zostały przedstawione przez Agri-Energía i in. (zwane dalej „Agri-Energia”), EDP España, Endesa, Iberdrola, Naturgy Energy Group (zwaną dalej „Naturgy”), Viesgo, rząd hiszpański i przez Komisję Europejską. Te strony udzieliły również odpowiedzi na pytania na piśmie skierowane przez Trybunał.

## IV. Analiza

23. Niniejsza opinia ma następującą strukturę. Rozpocznę od zbadania podniesionej przez zainteresowane strony kwestii dopuszczalności (sekcja A). Następnie przejdę do analizy merytorycznej i w pierwszej kolejności omówię, co dokładnie określono jako „obowiązek użyteczności publicznej” (sekcja B pkt 1). Później rozważę, czy rzeczony „obowiązek użyteczności publicznej” wchodzi w zakres stosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 oraz czy można uznać, że spełnia on przesłanki przewidziane w tym przepisie (sekcja B pkt 2). Na samym końcu zbadam pytanie drugie, które dotyczy proporcjonalności „obowiązku użyteczności publicznej”, i ustalę, czy istnieje jakiekolwiek zobowiązanie do przyznania rekompensaty podmiotowi, na który nałożono obowiązek użyteczności publicznej (sekcja B pkt 3).

### A. W przedmiocie dopuszczalności

24. Co się tyczy dopuszczalności, Viesgo, Iberdrola i Endesa przedstawiają argumenty dwojakiego rodzaju.

25. W pierwszej kolejności podnoszą one, że sąd odsyłający – jako najwyższy organ sądowy uprawniony do ustalenia, czy uzyskanie odpowiedzi w trybie prejudycjalnym jest mu niezbędne do wydania orzeczenia w przedmiocie zgodności dekretu królewskiego 968/2014 z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE – uznał, iż jest zwolniony z obowiązku odesłania prejudycjalnego w świetle doktryny acte clair. Skoro wyłącznie na tym sądzie spoczywa obowiązek zapewnienia skuteczności prawa Unii, Tribunal Constitucional (trybunał konstytucyjny, Hiszpania) nie jest właściwy ani do skontrolowania tego rozstrzygnięcia, ani do zastąpienia sądu odsyłającego w celu przeprowadzenia oceny występowania „acte clair".

26. W drugiej kolejności orzecznictwo trybunału konstytucyjnego, zgodnie z którym każdy sąd hiszpański jest zobowiązany wystąpić z odesłaniem prejudycjalnym zawsze wtedy, gdy zamierza uznać uregulowanie krajowe za niezgodne z prawem Unii [10], pozbawia sądy ostatniej instancji kompetencji do dokonania oceny, czy odesłanie prejudycjalne jest niezbędne. Sąd odsyłający i strony wyjaśniają, że orzecznictwo to zależy od zamierzonego rezultatu w tym sensie, iż podobny obowiązek nie powstałby wówczas, gdyby sąd krajowy zamierzał uznać uregulowanie krajowe za zgodne z prawem Unii.

27. W związku z tym, mając na uwadze fakt, że powody, z jakich w niniejszej sprawie wystąpiono z wnioskiem z wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, wynikają z postępowania krajowego i orzecznictwa naruszającego zasadę pierwszeństwa i skuteczności prawa Unii, Trybunał powinien uznać, iż nie jest właściwy do wydania orzeczenia w przedmiocie pytań prejudycjalnych. Alternatywnie Trybunał powinien uznać wniosek za niedopuszczalny.

28. Moim zdaniem nie jest ani tak, że niniejsza sprawa jest niedopuszczalna, ani tak, że nie należy ona do właściwości Trybunału.

29. Po pierwsze, pytania dotyczące wykładni prawa Unii, z którymi zwrócił się sąd krajowy, co do zasady korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy [11]. Wyłącznie sąd odsyłający jest odpowiedzialny za ustalenie stanu prawnego i faktycznego, w ramach którego zwraca się do Trybunału o przedstawienie wskazówek [12]. To samo tyczy się nawet przypadków, w których przysługujący sądowi krajowemu zakres uznania w odniesieniu do oceny zasadności wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest w taki czy inny sposób ograniczony przez prawo krajowe. Nawet w takich sytuacjach sądowi odsyłającemu przysługuje uprawnienie do sformułowania pytań prejudycjalnych, przedstawienia przepisów prawa krajowego i przewidzianych w nim procedur oraz faktycznego określenia zakresu sprawy wnoszonej do Trybunału. Ponadto sąd odsyłający cały czas pozostaje odpowiedzialny za późniejsze orzeczenie sądowe. W konsekwencji, jeśli postawione pytania dotyczą wykładni prawa Unii, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia [13].

30. Po drugie, nie ulega wątpliwości, że przedmiot niniejszej sprawy wykazuje związek ze sporem, który jest rzeczywiście zawisły przed sądem odsyłającym. Sąd ten wyjaśnia, że skierowanie wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym jest niezbędne do rozstrzygnięcia sporu.

[10] EDP España wskazuje, że ta praktyka znajduje odzwierciedlenie w szczególności w wyrokach: 46/2019 z dnia 8 kwietnia 2019 r. (ES:TC:2019:46); 54/2019 z dnia 6 maja 2019 r. (ES:TC:2019:54); 58/2019 z dnia 6 maja 2019 r. (ES:TC:2019:58); 59/2019 z dnia 6 maja 2019 r. (ES:TC:2019:59); 67/2019 z dnia 20 maja 2019 r. (ES:TC:2019:67); 71/2019 z dnia 20 maja 2019 r. (ES:TC:2019:71); 81/2019 z dnia 17 czerwca 2019 r. (ES:TC:2019:81).

[11] Wyrok z dnia 10 grudnia 2018 r., Wightman i in., C-621/18, EU:C:2018:999, pkt 27.

[12] Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r., Slovenské elektrárne, C-376/18, EU:C:2019:1068, pkt 24. Aby zapoznać się z dość ograniczoną liczbą sytuacji, w jakich Trybunał może odmówić udzielenia odpowiedzi na pytanie skierowane w trybie prejudycjalnym, zob. na przykład wyrok z dnia 26 marca 2020 r., Miasto Łowicz i Prokurator Generalny, C-558/18 i C-563/18, EU:C:2020:234, pkt 44.

[13] Wyrok z dnia 16 lipca 2020 r., Facebook Ireland i Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, pkt 73 i przytoczone tam orzecznictwo.

Wskazuje on przy tym, że nie zgadza się z sądem wyższej instancji co do występowania „acte clair" w odniesieniu do przewidzianego w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 wymogu niedyskryminacji. Zatem, inaczej niż chociażby w przypadku spraw zaaranżowanych, udzielenie odpowiedzi na pytania przedstawione Trybunałowi jest w istocie *niezbędne*, aby sąd odsyłający mógł wydać rozstrzygnięcie w toczącej się przed nim sprawie [14].

31. Po trzecie, nawet jeżeli orzecznictwo, na które powołuje się sąd odsyłający w swojej wykładni, rzeczywiście stanowi „acte clair" (co wcale nie jest oczywiste, skoro sąd odsyłający i trybunał konstytucyjny nie zgadzają się co do możliwości jego zastosowania), pozostaje faktem, że hipotetyczne stwierdzenie wystąpienia „acte clair" w celu powołania się na odstępstwo od obowiązku odesłania prejudycjalnego w rozumieniu wyroku CILFIT [15] nie ma wpływu na dopuszczalność pytań prejudycjalnych. Co prawda ustalenie, że występuje „acte clair", może sprawić, iż sprawa będzie „zbędna" w rozumieniu art. 267 TFUE, jednak taka sprawa jest bez wątpienia dopuszczalna, jeżeli została skierowana do Trybunału. Co najwyżej Trybunał może rozpoznać sprawę w drodze wydania postanowienia z uzasadnieniem, zgodnie z art. 99 regulaminu postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości.

32. Krótko mówiąc, niniejsza sprawa jest dopuszczalna. Ponadto przedmiot sporu należy oczywiście do właściwości Trybunału w oparciu o art. 267 TFUE.

33. Wyjaśniwszy powyższe, przyznaję jednak, że jeśli wynikający z prawa Unii i określony przez to prawo w sposób autonomiczny obowiązek odesłania prejudycjalnego miałby być „modyfikowany" – czy też może raczej asymetrycznie „przycinany" – tak jak zostało to opisane przez sąd odsyłający, a następnie bardziej szczegółowo wyjaśnione przez strony, to taka sytuacja mogłaby stanowić, na gruncie prawa Unii, pewien problem, choć niekoniecznie dotyczyłby on kwestii dopuszczalności. Skoro jednak sąd odsyłający nie kieruje żadnych pytań dotyczących tej kwestii, ograniczę się do przedstawienia kilku uwag ogólnych.

34. Po pierwsze, prawo Unii z pewnością nie sprzeciwia się temu, aby krajowy sąd wyższej instancji lub też sąd konstytucyjny postanowił zastosować sankcję w przypadku naruszenia obowiązku wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym, przewidzianego w art. 267 akapit trzeci TFUE . W obrębie wielu systemów krajowych, zwłaszcza tych, które dopuszczają indywidualną kontrolę konstytucyjności orzeczeń wydawanych przez sądy krajowe ostatniej instancji [16], wykonywanie spoczywającego na krajowych sądach ostatniej instancji obowiązku wystąpienia z odesłaniem prejudycjalnym rzeczywiście podlega kontroli [17].

[14] Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 11 marca 1980 r., Foglia, 104/79, EU:C:1980:73, pkt 11; z dnia 16 grudnia 1981 r., Foglia, 244/80, EU:C:1981:302, pkt 17, 18; z dnia 26 marca 2020 r., Miasto Łowicz i Prokurator Generalny, C-558/18 i C-563/18, EU:C:2020:234, pkt 53.

[15] Wyrok z dnia 6 października 1982 r., CILFIT i in., 283/81, EU:C:1982:335, pkt 16, 20.

[16] Aby zapoznać się z przykładami systemów innych niż hiszpański, zob. na przykład orzeczenia trybunałów konstytucyjnych: w odniesieniu do Niemiec, postanowienie Bundesverfassungsgericht (trybunału konstytucyjnego, Niemcy) z dnia 9 maja 2018 r., 2 BvR 37/18; w odniesieniu do Republiki Czeskiej, rozstrzygnięcie Ústavní soud (trybunału konstytucyjnego, Republika Czeska) z dnia 8 stycznia 2009 r., II. ÚS 1009/08; w odniesieniu do Chorwacji, rozstrzygnięcie Ustavni sud Republike Hrvatske (trybunału konstytucyjnego, Chorwacja) z dnia 13 grudnia 2016 r., U-III-2521/2015; w odniesieniu do Słowacji, wyrok Ústavný súd (trybunału konstytucyjnego, Słowacja) z dnia 18 kwietnia 2012 r., II. ÚS 140/2010; w odniesieniu do Słowenii, rozstrzygnięcie Ustavno sodišče (trybunału konstytucyjnego, Słowenia) z dnia 21 listopada 2013 r., Up-1056/11 (SI:USRS:2013:Up.1056.11).

[17] Aby zapoznać się z analizą prawnoporównawczą, zob. już N. Solar, *Vorlagepflichtverletzung mitgliedstaatlicher Gerichte und ihre Sanierung*, Vienna, Neuer Wissenschaftlicher Verlag 2004. Jeśli chodzi o nowsze nowszego piśmiennictwo, zob. na przykład: poszczególne sprawozdania krajowe zebrane w: L. Coutron (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel: une obligation sanctionnée*?, Brussels, Bruylant 2014; artykuły opublikowane w *German Law Journal*, Vol. 16, 2015, No 6, w szczególności: C. Lacchi, Review by Constitutional Courts of the Obligation of National Courts of Last Instance to Refer a Preliminary Question to the Court of Justice of the EU, s. 1663.

35. Po drugie, tego rodzaju ingerencja sądu wyższej instancji lub sądu konstytucyjnego może, w sposób naturalny i nieunikniony, skutkować pozbawieniem sądów, których decyzje są poddawane kontroli, (części) przysługującego im zakresu uznania. Tego rodzaju skutek jest jednak nierozerwalnie związany z każdą formą kontroli decyzji indywidualnych. Prawdą jest, że Trybunał wskazał, iż żadna praktyka konstytucyjna, ustawowa, administracyjna lub sądowa, w tym praktyka dotycząca zaskarżania postanowień w sprawie pominięcia odesłania prejudycjalnego, nie może pozbawić sądu możliwości wystąpienia z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym [18]. Trybunał orzekł nawet, że sąd niższej instancji może nie uwzględnić opinii prawnej wyrażonej przez sąd wyższej instancji, jeżeli uważa, iż jest ona niezgodna z prawem Unii [19].

36. Rozumowanie leżące u podstaw tego orzecznictwa ma jednak na celu niedopuszczenie do sytuacji, w której sądy wyższej instancji blokują sądom niższej instancji funkcjonującym w ramach ich własnego systemu sądownictwa bezpośredni dostęp do Trybunału w trybie postępowania prejudycjalnego, co z pewnością stałoby w sprzeczności z art. 267 (akapit drugi) TFUE [20]. Moim zdaniem ta linia orzecznicza nigdy nie miała służyć przyznaniu sądom krajowym ogólnej i nieostrej „licencji na niewykonanie", która kojarzy się raczej z hasłem reklamowym jakiegoś podrzędnego filmu o Jamesie Bondzie aniżeli z racjonalnie zorganizowanym systemem sądownictwa. Wprowadza ona natomiast (ograniczoną i wyraźną) „licencję na sprzeciw", a nawet „licencję na odstępstwo" w konkretnych przypadkach, w których taka decyzja jest należycie i szczegółowo uzasadniona. Złotą zasadą jest więc pozostanie w sferze *racjonalnego dyskursu* z rozstrzygnięciem, które ma jakoby być niezgodne z prawem Unii [21].

37. Po trzecie, wszystkie krajowe procedury egzekwowania obowiązku wystąpienia z odesłaniem prejudycjalnym muszą mimo wszystko być zgodne z charakterem i zakresem samego art. 267 TFUE, *tak jak zostały one zdefiniowane w orzecznictwie* Trybunału [22]. Oczywiście prawo krajowe może w konkretny sposób „wypełnić treścią" proceduralną zawarte w aktach prawa Unii uregulowania, które zostały sformułowane bardziej ogólnie. Jeżeli jednak państwo członkowskie decyduje się ustanowić kryteria egzekwowania obowiązku odesłania prejudycjalnego w celu zapewnienia jego prawidłowego stosowania, to zasadniczą kwestią jest, że nie może ono samodzielnie (jednostronnie) *zmienić zakresu obowiązku* przewidzianego w art. 267 TFUE, gdyż groziłoby to naruszeniem wymogów spójności i pewności prawa, które również stanowią nieodłączne elementy tego postanowienia [23].

38. Po czwarte, niezależnie od tego, jakie zastrzeżenia można by formułować w związku z realnością kryteriów z wyroku CILFIT, zwłaszcza zaś kryterium dotyczącego istnienia jakichkolwiek racjonalnych wątpliwości co do prawidłowej wykładni prawa Unii w sprawie toczącej się przed sądem krajowym [24], jest całkowicie jasne, że owe kryteria odnoszą się do *dowolnej kwestii dotyczącej wykładni* prawa Unii. Stosowanie owych kryteriów jest więc „zależne

[18] Zobacz na przykład wyroki: z dnia 16 grudnia 2008 r., Cartesio, C-210/06, EU:C:2008:723, pkt 94, 95 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 5 kwietnia 2016 r., PFE, C-689/13, EU:C:2016:199, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 4 grudnia 2018 r., The Minister for Justice and Equality i Commissioner of the Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, pkt 35, 36, 49 i przytoczone tam orzecznictwo.

[19] Jak wynika to w szczególności z wyroków: z dnia 5 października 2010 r., Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 27 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 15 stycznia 2013 r., Križan i in., C-416/10, EU:C:2013:8, pkt 68 i przytoczone tam orzecznictwo.

[20] Począwszy już od wyroku z dnia 16 stycznia 1974 r., Rheinmühlen-Düsseldorf, 166/73, EU:C:1974:3.

[21] Zobacz, aby zapoznać się z bardziej szczegółowymi rozważaniami, moja opinia w sprawie Ministerul Public - Parchetul de pe lângă Înalta Curte de Casație și Justiție – Direcția Națională Anticorupție i in. (C-357/19 i C-547/19, EU:C:2021:170, pkt 235–243).

[22] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 21 grudnia 2016 r., Gutiérrez Naranjo i in., C-154/15, C-307/15 i C-308/15, EU:C:2016:980, pkt 65.

[23] Wyrok z dnia 22 października 1987 r., Foto-Frost, 314/85, EU:C:1987:452, pkt 15.

[24] W ujęciu krytycznym zob. na przykład opinie: rzecznika generalnego F.G. Jacobsa w sprawie Wiener SI (C-338/95, EU:C:1997:352); rzecznika generalnego D. Ruiza-Jaraba Colomera w sprawie Gaston Schul Douane-expediteur (C-461/03, EU:C:2005:415); rzecznika generalnego N. Wahla w sprawach połączonych X i van Dijk (C-72/14 i C-197/14, EU:C:2015:319).

od podniesionej kwestii" lub „zależne od przedmiotu", natomiast pozostaje ono całkowicie „niezależne od zamierzonego rezultatu". „Acte clair" nie staje się jeszcze bardziej „clair" w zależności od tego, czy wskutek zastosowania tej doktryny sąd krajowy stwierdza zgodność czy też niezgodność uregulowania krajowego z prawem Unii. Konsekwencje wypływające z przeprowadzanej oceny nie mają żadnego znaczenia z punktu widzenia tego, czy „acte clair" występuje, czy też nie.

39. Ponadto z samej struktury sądownictwa Unii wynika w sposób jasny i spójny, że sądy krajowe mogą samodzielnie rozstrzygać o (nie)zgodności prawa krajowego z prawem Unii [25]. Jest to element uprawnienia, jakie prawo Unii przyznaje *wszystkim* sądom w państwach członkowskich. Jeżeli te sądy uważają, że nie potrzebują zwracać się do Trybunału o wskazówki w przedmiocie danej kwestii dotyczącej prawa Unii w trybie art. 267 akapit drugi TFUE lub jeżeli ich zdaniem nie spoczywa na nich w tym względzie żaden obowiązek wynikający z art. 267 akapit trzeci TFUE, to *nie muszą występować* do Trybunału z wnioskiem o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym. Przyjęcie odmiennego podejścia mogłoby skutkować nie tylko sprzecznością z autonomiczną treścią zakresu obowiązku odesłania prejudycjalnego przewidzianego w prawie Unii, lecz także wyłączeniem możliwości korzystania przez sądy krajowe z ich niezależnego uprawnienia do stosowania i egzekwowania prawa Unii na szczeblu krajowym [26].

40. Wreszcie po piąte, jeżeli krajowy sąd wyższej instancji lub sąd konstytucyjny, do którego wpłynął środek nadzwyczajny, zaczyna badać, czy sąd ostatniej instancji prawidłowo zastosował ustanowiony w wyroku CILFIT wyjątek dotyczący acte clair, czy też nie, to najprawdopodobniej taka instancja odwoławcza będzie sama dokonywała wówczas wykładni prawa Unii [27]. Niemniej jednak w tym właśnie momencie owa instancja odwoławcza staje się „sądem" w rozumieniu art. 267 TFUE. Ponadto, skoro ta instancja odwoławcza będzie z definicji sądem, o którym mowa w art. 267 akapit trzeci TFUE [28], to spadną na nią wszystkie obowiązki wynikające z pełnienia tej funkcji, w tym w razie potrzeby obowiązek samodzielnego wystąpienia z pytaniem prejudycjalnym.

[25] Wyroki: z dnia 19 stycznia 2010 r., Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, pkt 53–55; z dnia 5 października 2010 r., Elchinov, C-173/09, EU:C:2010:581, pkt 28; postanowienie z dnia 3 września 2020 r., Vikingo Fővállalkozó, C-610/19, EU:C:2020:673, pkt 75.

[26] Zobacz już wyrok z dnia 9 marca 1978 r., Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, pkt 22. Zobacz także ostatnio na przykład wyrok z dnia 4 grudnia 2018 r., The Minister for Justice and Equality i Commissioner of the Garda Síochána, C-378/17, EU:C:2018:979, pkt 36, 37 i przytoczone tam orzecznictwo.

[27] Z pewnością można argumentować, że przedmiotem zainteresowania krajowego sądu konstytucyjnego jest wyłącznie krajowe prawo konstytucyjne. Dokonuje on zatem jedynie wykładni krajowych norm konstytucyjnych i nie interpretuje „zwykłego" prawa krajowego ani, a fortiori, „zwykłego" prawa Unii, które można by przyrównać do okoliczności faktycznych. O ile tego rodzaju koncepcja mogłaby zapewnić pewien komfort na poziomie teoretycznym, o tyle praktyka orzecznicza często pokazuje, że jest to fikcja, której nie da się utrzymać. Ponadto w szczególnym kontekście procedury, w ramach której kontroluje się, czy sąd ostatniej instancji miał w konkretnym przypadku do czynienia z acte clair, czy też nie, można by jedynie podziwiać umiejętność badania sprawy co do istoty bez podejmowania jakiejkolwiek próby polemiki z tą istotą bądź bez dokonywania jej interpretacji. Można więc powiedzieć, że marzenie Schrödingera zostałoby w końcu spełnione, skoro dałoby się stwierdzić, czy kot (wyrok CILFIT) jest żywy, czy też martwy, bez potrzeby otwierania pojemnika (prawo Unii).

[28] Zobacz analogicznie wyroki: z dnia 4 listopada 1997 r., Parfums Christian Dior, C-337/95, EU:C:1997:517, pkt 24–26; z dnia 4 czerwca 2002 r., Lyckeskog, C-99/00, EU:C:2002:329, pkt 14, 15; z dnia 15 września 2005 r., Intermodal Transports, C-495/03, EU:C:2005:552, pkt 30.

## B. Co do istoty

### *1. Czym dokładnie jest rozpatrywany „obowiązek użyteczności publicznej”?*

41. Z wyjaśnień zawartych w aktach sprawy wyłania się zaprezentowany poniżej obraz systemu, na którego wprowadzenie zdecydował się ustawodawca hiszpański. Dostawcy z urzędu uwzględniają bezpośrednio na rachunku za energię elektryczną wystawianym określonym odbiorcom wrażliwym pewien stały upust. Jest to tak zwany „bon społeczny”. Koszty funkcjonowania tego systemu ponosi szereg spółek działających na rynku energii elektrycznej w Hiszpanii (w tym także spółki dominujące dostawców z urzędu). Jest to tak zwane „świadczenie obowiązkowe”.

42. Chociaż we wstępnych wystąpieniach strony zajmowały w tym względzie odmienne stanowiska, jednak w odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał pytanie na piśmie wszystkie strony wskazały, że istnieje tylko jeden „obowiązek użyteczności publicznej”. Rzeczony obowiązek, który ustanowiono w art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013, ma dwa elementy składowe: po pierwsze, bon społeczny, *oraz*, po drugie, świadczenie obowiązkowe. Innymi słowy, rozpatrywany „obowiązek użyteczności publicznej” stanowi „wiązkę” dwóch elementów.

43. Na ową „wiązkę” można patrzeć dwojako. Można więc albo przyjąć bez zastrzeżeń zaproponowane przez ustawodawcę określenie (nawet jeśli wiąże się to z przyjęciem, że istnieje kilka „obowiązków użyteczności publicznej” w jednym), albo podzielić tak rozumianą „wiązkę” na elementy składowe i przeprowadzić odrębne oceny zgodności. Niezależnie od tego, w jaki sposób podejdzie się do owego zagadnienia, konieczna jest pewna doza kontroli, tak aby określony „obowiązek użyteczności publicznej” nie składał się z wielu autonomicznych środków, które wykazują jedynie luźny związek z tą samą materią.

44. Nie chodzi tu jedynie o kontrolowanie przysługującego państwom członkowskim zakresu uznania. W istocie raczej nie ma potrzeby przypominać, że państwo członkowskie nie może całkowicie swobodnie „określać”, co wchodzi w zakres zdefiniowanego w prawie Unii autonomicznego pojęcia „obowiązku użyteczności publicznej”. Dodatkowo w grę wchodzą także względy wybitnie praktycznej natury – jak zostanie to bowiem wykazane w dalszej części niniejszej opinii, logicznie dość trudne jest dokonanie oceny zgodności „wiązki” wielu różnorodnych elementów składających się na jeden „obowiązek użyteczności publicznej” z wymogami ustanowionymi w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Która część „całości złożonej z różnych elementów składowych” powinna być oceniana w świetle kryterium proporcjonalności? Która część powinna być poddawana przez organy krajowe regularnemu przeglądowi? Z tytułu której części należy przyznawać rekompensaty, o ile w ogóle należy je przyznawać?

45. Trudności przy udzielaniu odpowiedzi na powyższe pytania mogą także wyjaśniać, dlaczego jak dotąd „obowiązki użyteczności publicznej” w formie „wiązek” były przedmiotem tylko jednego orzeczenia Trybunału. Rozpatrywana przez Trybunał sprawa Overgas Mrezhi i Balgarska gazova asotsiatsia dotyczyła pewnychobowiązków w zakresie magazynowania gazu ziemnego w celu zapewnienia bezpieczeństwa i regularności dostaw gazu w Bułgarii, których koszty były przerzucane na odbiorców poprzez ustalenia ceny owego gazu zgodnie z metodyką przyjętą przez państwo [29]. Z kolei w „klasycznym” orzecznictwie Trybunału dotyczącym znacznie bardziej powszechnych „prostych” „obowiązków użyteczności publicznej” badano między innymi usługi

[29] Wyrok z dnia 30 kwietnia 2020 r., Overgas Mrezhi i Balgarska gazova asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, pkt 55, 56, 69, 88.

w zakresie lokalnych przewozów publicznych w prowincji Neapol [30]; określone usługi transportu morskiego pomiędzy wyspami Maltą i Gozo [31]; pewne usługi transportu pasażerskiego z wykorzystaniem autobusów, pojazdów elektrycznych i wind mechanicznych w granicach miasta Lizbona [32], jak również usługi dysponowania energią elektryczną we Włoszech [33].

46. W niniejszej sprawie Trybunał ma najwyraźniej do czynienia z „obowiązkiem użyteczności publicznej" składającym się z dwóch elementów, które – pod względem funkcjonalnym – mogą dotyczyć tej samej materii, lecz których *cele i środki ich osiągnięcia* są całkowicie odmienne.

47. Z jednej strony mamy *bon społeczny*, który ma na celu ułatwienie niektórym wrażliwym odbiorcom w Hiszpanii regulowania rachunków za energię elektryczną. Środkiem służącym do jego osiągnięcia jest upust w wysokości 25% lub 40% od ceny rynkowej energii elektrycznej. W ramach oceny proporcjonalności tego elementu można by się zastanawiać, czy grupa wrażliwych konsumentów jest wystarczająco reprezentatywna lub też czy przyznawany upust jest niewystarczający, aby osiągnąć zamierzony cel.

48. Z drugiej strony mamy *świadczenie obowiązkowe*, którego celem jest finansowanie systemu bonu społecznego. Środkiem służącym do jego osiągnięcia jest obowiązek finansowania nałożony na niektóre zintegrowane pionowo spółki działające na hiszpańskim rynku energii elektrycznej. W tym przypadku w ramach analizy proporcjonalności można by badać reprezentatywność grupy spółek podlegających obowiązkowi finansowania lub wysokość wkładów wnoszonych przez każdą spółkę.

49. Nie ulega jednak wątpliwości, że bon społeczny i świadczenie obowiązkowe dotyczą różnego kręgu podmiotów, różnych interesów i różnych obowiązków. Te dwa elementy są ze sobą powiązane funkcjonalnie, ponieważ stanowią elementy większego systemu. Nie można jednak wrzucać ich do jednego worka i traktować jak pojedynczy środek, zwłaszcza w kontekście (lub też w braku) dyskryminacji i proporcjonalności.

50. Sąd odsyłający, który ma pełną wiedzę na temat prawa krajowego i zna wszystkie okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, zdaje się przychylać do podzielanego przez strony stanowiska, zgodnie z którym z brzmienia art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013 wynika, że *cały system* został uznany za „obowiązek użyteczności publicznej" oraz że *zarówno* bon społeczny, *jak i* świadczenie obowiązkowe stanowią jego elementy składowe [34]. Jednocześnie kierowane przez tenże sąd pytania dotyczą *wyłącznie* zgodności *świadczenia obowiązkowego* z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Inaczej mówiąc, mimo że najwyraźniej istnieje pojedynczy „obowiązek użyteczności publicznej" (złożony z dwóch elementów), sąd odsyłający zdaje się przyjmować, iż świadczenie obowiązkowe daje się w pewnym stopniu oderwać od „obowiązku użyteczności publicznej" rozumianego jako całość.

51. Podsumowując, nie jestem pewien, o co tak naprawdę zwrócono się do Trybunału w niniejszej sprawie. W dalszej części rozważań przyjmę w każdym razie punkt wyjścia zasugerowany przez sąd odsyłający i potraktuję *świadczenie obowiązkowe* jako *autonomiczny* (czy też oderwany)

[30] Wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., CTP, od C-516/12 do C-518/12, EU:C:2014:220, pkt 12. Porównaj jednak opinia rzecznika generalnego P. Cruza Villalóna w sprawie CTP, C-516/12, EU:C:2014:63, pkt 36–38.

[31] Wyrok z dnia 28 października 2010 r., Komisja/Malta, C-508/08, EU:C:2010:643 pkt 6.

[32] Wyrok z dnia 7 maja 2009 r., Antrop i in., C-504/07, EU:C:2009:290, pkt 9.

[33] Wyrok z dnia 21 grudnia 2011 r., ENEL, C-242/10, EU:C:2011:861, pkt 51–52, 55, 81.

[34] Zobacz jednak brzmienie motywu piątego dekretu królewskiego z mocą ustawy 9/2013, w którym, jak się wydaje, element związany z finansowaniem bonu społecznego (najpewniej świadczenie obowiązkowe) określono jako „obowiązek użyteczności publicznej".

element całościowej „wiązki" „obowiązków użyteczności publicznej". Niemniej jednak, jak wyjaśnię w niniejszej opinii, owo podejście nieuchronnie doprowadzi do powstania kolejnych problemów, w miarę analizowania poszczególnych przesłanek, które muszą być spełnione, aby można było mówić o *prawdziwym* „obowiązku użyteczności publicznej" zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72.–.

## *2. W przedmiocie pytania pierwszego*

52. Poprzez pytanie pierwsze sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy *świadczenie obowiązkowe*, ustanowione ustawą 24/2013 i uszczegółowione dekretem królewskim 968/2014, jest zgodne z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72.

53. Z uwagi na fakt, że rzeczony przepis dotyczy „obowiązków użyteczności publicznej", w pierwszej kolejności rozważę, czy świadczenie obowiązkowe spełnia określone w nim kryteria (lit. a)). Dopiero jeżeli zostanie to wykazane, przejdę do analizy zgodności tego środka z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72.

### *a) Czy świadczenie obowiązkowe wchodzi w zakres stosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72?*

54. Rząd hiszpański zauważa, że – w świetle wydanego przez Trybunał wyroku Engie Cartagena [35] – powstaje pytanie, czy świadczenie obowiązkowe rzeczywiście może stanowić „obowiązek użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72.

55. Wszystkie zainteresowane strony, z wyjątkiem rządu hiszpańskiego, są zdania, że wyrok Engie Cartagena [36] nie ma wpływu na charakter świadczenia obowiązkowego jako „obowiązku użyteczności publicznej". Owe strony w istocie podnoszą, że – inaczej niż miało to miejsce w przypadku środka analizowanego w wyroku Engie Cartagena – nałożony w niniejszej sprawie „obowiązek użyteczności publicznej" nie jest środkiem o charakterze ogólnym, lecz środkiem, który został *szczegółowo określony* zgodnie z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Ponadto „obowiązek użyteczności publicznej" polegający na uwzględnianiu bonu społecznego bezpośrednio na rachunku za energię elektryczną wystawianym kwalifikującym się odbiorcom jest nierozerwalnie związany ze świadczeniem obowiązkowym; oba te elementy stanowią „niedające się od siebie oddzielić części pojedynczego środka", ponieważ pierwszy z nich jest finansowany przez drugi.

56. Z uwagi na fakt, że strony w bardzo dużym stopniu opierają się na wyroku Engie Cartagena [37], przedstawię pokrótce okoliczności sprawy, w której go wydano (ppkt (i)). W dalszej kolejności przeanalizuję wnioski wypływające z owego wyroku i rozważę, jaki ewentualny wpływ mogą one mieć w niniejszej sprawie; w tym zakresie zastanowię się w szczególności nad tym, czy świadczenie obowiązkowe może zostać uznane za obciążenie parafiskalne (ppkt (ii)), a następnie wskażę, że nawet w razie uznania go za podatek nie mogłoby ono całkowicie wymknąć się spod zakresu stosowania dyrektywy 2009/72, zwłaszcza jej art. 3 ust. 1 (ppkt (iii)).

[35] Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r. (C-523/18, EU:C:2019:1129).

[36] Ibidem.

[37] Ibidem.

*i) Wyrok Engie Cartagena i charakter „obowiązków użyteczności publicznej”*

57. Engie Cartagena była spółką działającą na rynku energii elektrycznej w Hiszpanii. Wniosła ona skargę o stwierdzenie nieważności rozporządzenia, na podstawie którego zobowiązano ją do wnoszenia pewnych wkładów finansowych, których wysokość określono na podstawie Real Decreto-ley 14/2010 de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico (dekretu królewskiego z mocą ustawy 14/2010 z dnia 23 grudnia 2014 r. ustanawiającego pilne środki w celu skorygowania deficytu taryfowego w sektorze energii elektrycznej). Engie Cartagena była jednym z 11 przedsiębiorstw, na które nałożono takie zobowiązanie w celu zmniejszenia deficytu taryfowego w sektorze elektroenergetycznym w Hiszpanii, który to deficyt powstał wskutek wdrożenia krajowego planu działań na rzecz efektywności energetycznej [38]. W tymże dekrecie królewskim z mocą ustawy owo finansowanie uznano za „obowiązek użyteczności publicznej”. Z tego względu do Trybunału zwrócono się w szczególności o ustalenie, czy takie finansowanie stanowi „obowiązek użyteczności publicznej” na potrzeby stosowania art. 3 ust. 2 dyrektyw 2003/54/WE i 2009/72 [39].

58. Na tak sformułowane pytanie Trybunał udzielił odpowiedzi przeczącej. Na wstępie Trybunał zauważył, że temu pojęciu należy nadać autonomiczną wykładnię na gruncie prawa Unii [40]. W dalszej kolejności zbadał przesłanki określone w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, to znaczy istnienie „obowiązku użyteczności publicznej” oraz jego zgodność z art. 106 TFUE [41]. Trybunał wyjaśnił, że skoro to postanowienie traktatu dopuszcza odstępstwo od reguł konkurencji, pojęcie „obowiązku użyteczności publicznej” należy rozumieć tak, iż stanowi on interwencję w funkcjonowanie rynku w celu osiągnięcia celu leżącego w interesie ogólnym. Zobowiązuje on przedsiębiorstwa sektora elektroenergetycznego do działania na rynku w określony sposób i na podstawie kryteriów nałożonych przez władze publiczne [42]. Tę wykładnię potwierdzają definicje owego pojęcia używane w innych aktach prawa Unii, zwłaszcza w ramach zakresów właściwości, o których mowa w art. 4 TFUE [43].

59. Trybunał wywnioskował z powyższego, że *swoboda działania* tych przedsiębiorstw na rynku *jest zatem ograniczona* w ten sposób, iż wyłącznie w świetle ich interesów handlowych nie dostarczyłyby one niektórych towarów lub usług lub nie dostarczyłyby ich w takim samym zakresie lub na takich samych warunkach [44]. Niemniej jednak obowiązek wpłacania przez zainteresowane przedsiębiorstwa kwot pieniężnych nie nakłada na nie żadnych wymogów, które ograniczyłyby ich swobodę działania na rynku energii elektrycznej. Te przedsiębiorstwa miały jedynie wnieść wkłady finansowe w celu obniżenia deficytu taryfowego władz hiszpańskich. W związku z tym tego rodzaju świadczenie nie może wchodzić w zakres pojęcia „obowiązku użyteczności publicznej” na potrzeby stosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 [45].

60. W wyroku Engie Cartagena zaprezentowano więc i potwierdzono takie rozumienie pojęcia „obowiązków użyteczności publicznej”, jakie daje się zrekonstruować w szczególności w oparciu o wykaz zawarty w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Przedstawione w tym wykazie przykłady odpowiadają pewnym środkom publicznym, które ingerują w swobodne funkcjonowanie rynku

38 Ibidem, pkt 22.

39 Ibidem, pkt 28–29.

40 Ibidem, pkt 33–34.

41 Zobacz podobnie wyrok z dnia 20 kwietnia 2010 r., Federutility i in., C-265/08, EU:C:2010:205, pkt 26.

42 Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 42. Zobacz także pkt 45, 48 tego wyroku.

43 Ibidem, pkt 43.

44 Ibidem, pkt 45.

45 Ibidem, pkt 51.

z racji tego, że zobowiązują wybrane przedsiębiorstwa działające na tym rynku do dostarczania pewnych towarów lub usług albo do powstrzymania się od działania w sposób, który odbiega od „normalnych" praktyk gospodarczych na rynku, który to rynek byłby, w braku takich środków, rynkiem konkurencyjnym [46].

61. Wspólnym mianownikiem wszystkich przykładów ujętych w tym wykazie jest jednak bezspornie to, że dotyczą one różnych rodzajów praktyk, które – w ten czy inny sposób – odbiegają, ze względu na interes ogólny, od normalnych praktyk gospodarczych. Nie chodzi tutaj o środki obejmujące głównie środki o charakterze pieniężnym, w ramach których skarb państwa po prostu domagałby się pieniędzy do „kasy publicznej". W związku z tym finansowanie lub inne zobowiązania płatnicze nie mieszczą się w zakresie analizowanego pojęcia [47].

*ii) Obowiązek użyteczności publicznej czy opłata parafiskalna?*

62. Mając na uwadze wyrok Engie Cartagena, należy uznać, że rząd hiszpański słusznie wyraża wątpliwości co do charakteru świadczenia obowiązkowego.

63. Jak zostało to wyjaśnione przez sąd odsyłający i przez strony, świadczenie obowiązkowe przyjmuje formę zobowiązania finansowego nałożonego w art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013 i uszczegółowionego w art. 2 i 3 dekretu królewskiego 968/2014. W ten sposób ustawodawca hiszpański dąży do pokrycia kosztów wynikających z bonu społecznego, tak by nie były one ponoszone przez odbiorców lub przez cały system elektroenergetyczny. Rzeczone zobowiązanie finansowe jest modyfikowane w drodze wydawanych co roku zarządzeń określających spółki, których ono dotyczy, oraz wymagany procent całkowitego przychodu. Zapłata tych kwot nie jest skorelowana z żadnym zobowiązaniem rezultatu. Te spółki nie muszą dostarczać pewnych towarów lub usług, których by nie dostarczyły lub których by nie dostarczyły w takim samym zakresie lub na takich samych warunkach, gdyby brały pod uwagę jedynie swój interes handlowy. W rzeczy samej z punktu widzenia oceny „swobody działania na rynku energii elektrycznej" nie dochodzi do żadnego ograniczenia działalności prowadzonej przez zainteresowane przedsiębiorstwa. To zobowiązanie wywiera na ich działalność gospodarczą taki sam wpływ, jaki wywierałby każdy inny podatek lub każde inne obciążenie fiskalne.

64. Na podstawie tych informacji można, jak się wydaje, argumentować, że świadczenie obowiązkowe służy jedynie finansowaniu interwencji publicznej w funkcjonowanie hiszpańskiego rynku energii elektrycznej (natomiast samo w sobie nie stanowi ono takiej interwencji) w celu urzeczywistnienia uznanego „obowiązku użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Jako takie można je odróżnić od obowiązku analizowanego w wyroku Overgas Mrezhi i Balgarska gazova asotsiatsia (czyli jak dotąd jedynego wyroku Trybunału, w którym również analizowano „wiązkę" „obowiązków użyteczności publicznej"), ponieważ w owym przypadku rząd bułgarski faktycznie ograniczył swobodę działania operatorów na bułgarskim rynku gazu, ponieważ ustalił cenę gazu, jaką można było stosować wobec odbiorców [48].

[46] Ibidem, pkt 40–45.

[47] Ibidem, pkt 54.

[48] Wyrok z dnia 30 kwietnia 2020 r., Overgas Mrezhi i Balgarska gazova asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, pkt 55, 56, 88.

65. Mając na uwadze podejście przyjęte przez Trybunał w wyroku Engie Cartagena, a także z zastrzeżeniem weryfikacji, da się w istocie stwierdzić, że świadczenie obowiązkowe nałożone przez ustawodawcę hiszpańskiego w art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013 i uszczegółowione w art. 2 i 3 dekretu królewskiego 968/2014 nie spełnia przesłanek pozwalających na uznanie go za „obowiązek użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72.

66. Jeżeli jednak tak jest, to jaki właściwie charakter ma świadczenie obowiązkowe?

67. Strony przedstawiły Trybunałowi świadczenie obowiązkowe jako nałożone przez państwo na pewną grupę spółek zobowiązanie finansowe do wnoszenia określonych kwot pieniężnych w celu sfinansowania określonej usługi, której świadczenie jest wymagane przez państwo.

68. Moim zdaniem należy uznać – w ślad za Szekspirem i jego „różą, która pod inną nazwą równie by pachniała" – że ten opis odpowiada w istocie definicji opłaty parafiskalnej. W niniejszej sprawie to ustalenie nabiera dużego znaczenia, ponieważ dyrektywa 2009/72 nie stanowi aktu prawa Unii mającego na celu zbliżenie przepisów podatkowych państw członkowskich. W istocie w art. 95 ust. 1 WE (obecnie art. 114 TFUE), na podstawie którego przyjęto ową dyrektywę, wyraźnie wskazano w ust. 2, że ust. 1 owego postanowienia nie ma zastosowania do przepisów podatkowych [49].

69. W odpowiedzi na skierowane do stron pytanie na piśmie EDP España, Iberdrola i Komisja wskazały, że charakter świadczenia obowiązkowego nie jest tego rodzaju, iż można by je uznać za podatek. Stwierdziły one, że środki finansowe uzyskiwane z wykorzystaniem tego środka stanowią dochód państwa hiszpańskiego. Z tej perspektywy świadczenie obowiązkowe w o wiele większym stopniu przypomina środek regulacyjny niż podatek, a tym samym niewątpliwie wchodzi w zakres stosowania dyrektywy 2009/72.

70. Nie przekonują mnie te wyjaśnienia.

71. W świetle prawa Unii ustalenie, czy określona danina stanowi podatek, należy do Trybunału, który dokonuje oceny w sposób autonomiczny w oparciu o obiektywne cechy takiej daniny i niezależnie od sposobu zakwalifikowania jej na gruncie prawa krajowego [50].

72. Oczywiście, podobnie jak miało to miejsce w postępowaniu zakończonym wydaniem wyroku Engie Cartagena, informacje przekazane we wniosku o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym nie pozwalają Trybunałowi na ustalenie (z pewnością), czy owo świadczenie obowiązkowe ma taki charakter. [51]. Z lakonicznych informacji zawartych w aktach sprawy wynika jednak, że świadczenie obowiązkowe spełnia podstawowe kryteria pozwalające zakwalifikować je jako podatek.

73. Po pierwsze, z postanowienia odsyłającego wynika, że metoda podziału kosztów funkcjonowania bonu społecznego jest przewidziana w prawie hiszpańskim, przede wszystkim w dekrecie królewskim z mocą ustawy 9/2013. W postanowieniu odsyłającym wyjaśniono również, że w kolejnych zarządzeniach ministra (w zarządzeniu IET/350 z dnia 7 marca 2014 r.

[49] Wyroki: z dnia 7 listopada 2019 r., UNESA i in., od C-80/18 do C-83/18, EU:C:2019:934, pkt 56; z dnia 7 listopada 2019 r., UNESA i in., od C-105/18 do C-113/18, EU:C:2019:935, pkt 53; z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 50.

[50] Zobacz wyrok z dnia 18 stycznia 2017 r., IRCCS – Fondazione Santa Lucia, C-189/15, EU:C:2017:17, pkt 29 i przytoczone tam orzecznictwo.

[51] Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 32.

i w zarządzeniu IET/1451 z dnia 8 września 2016 r.) wydanych na podstawie owego dekretu oraz dekretu królewskiego 968/2014 w sposób szczegółowy dokonano podziału kosztów pomiędzy zainteresowane przedsiębiorstwa.

74. Po drugie, przedsiębiorstwa wskazane w tych zarządzeniach określa się jako (grupę) zobowiązanych do zapłaty z tytułu świadczenia obowiązkowego. Wydaje się również, że płatności z tego tytułu nie można przerzucić na inną osobę [52]. Ponadto, jak się zdaje, zapłata tej kwoty stanowi obowiązek wymagany prawem, ponieważ za rozliczanie wniesionych wkładów jest odpowiedzialna Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (krajowa komisja ds. rynków i konkurencji, Hiszpania). Moim zdaniem oznacza to również, że zainteresowane spółki będą ścigane przez ten organ lub, ewentualnie, przez inne organy państwa członkowskiego w razie nieuiszczenia swoich wkładów [53].

75. Po trzecie, z postanowienia odsyłającego jasno wynika, że świadczenie obowiązkowe ma być przeznaczone na sfinansowanie kosztów wynikających z bonu społecznego [54]. Zatem, ze względu na swoją strukturę, świadczenie obowiązkowe stanowi środek wprowadzony w interesie ogólnym, zgodnie z kryteriami podziału określonymi w ustawie 24/2013 i uszczegółowionymi w dekrecie królewskim z mocą ustawy 9/2013. Ma ono na celu zgromadzenie środków finansowych służących wyeliminowaniu deficytu taryfowego powstałego wskutek podjęcia decyzji politycznej o zaoferowaniu wrażliwym odbiorcom w Hiszpanii energii elektrycznej po niższych cenach. Okoliczność, że wkłady nie trafiają do ogólnego budżetu krajowego, lecz są przeznaczane na konkretny cel, nie ma – inaczej niż w odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał pytanie na piśmie utrzymują Agri-Energía, EDP España, Viesgo i Komisja – żadnego znaczenia dla tej oceny [55].

*iii) Punkt odniesienia z art. 3 ust. 1 dyrektywy 2009/72: konkurencyjny rynek, na którym nie dochodzi do dyskryminacji przedsiębiorstw*

76. Czy potwierdzenie przez sąd odsyłający słuszności powyższych ustaleń byłoby równoznaczne z wnioskiem, że świadczenie obowiązkowe nie jest – jak podnosi to rząd hiszpański – objęte zakresem stosowania dyrektywy 2009/72 [56]?

77. Nie uważam, aby tak było.

78. Względy wskazujące na podatkowy charakter środka oraz związane z tym wahania co do możliwości ingerencji w system podatków wewnętrznych państw członkowskich nie wykluczają zbadania skutków tego rodzaju środków w świetle prawa Unii. Jak wskazują Agri-Energía, EDP España, Endesa, Iberdrola, Naturgy i Viesgo, jest tak tym bardziej wówczas, gdy sposób finansowania „obowiązku użyteczności publicznej" może mieć wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego energii elektrycznej [57].

[52] Zobacz podobnie wyrok z dnia 14 stycznia 2016 r., Komisja/Belgia, C-163/14, EU:C:2016:4, pkt 44.

[53] Zobacz wyrok z dnia 18 stycznia 2017 r., IRCCS – Fondazione Santa Lucia, C-189/15, EU:C:2017:17, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

[54] Ibidem, pkt 34.

[55] Ibidem, pkt 35 i przytoczone tam orzecznictwo.

[56] Zobacz podobnie wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 32 i przytoczone tam orzecznictwo.

[57] Zobacz, co się tyczy zamierzonego celu dyrektywy 2009/72 w odniesieniu do rynku wewnętrznego energii elektrycznej, wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 47.

79. W niniejszej sprawie ustawodawca hiszpański interweniuje w funkcjonowanie rynku energii elektrycznej w Hiszpanii w ten sposób, że przerzuca koszt bonu społecznego wyłącznie na niewielką liczbę działających na tym rynku przedsiębiorstw. Tego rodzaju rozwiązanie nie jest samo w sobie wykluczone [58], tym bardziej że – w obecnym kształcie – dyrektywa 2009/72 nie zmierza do pełnej harmonizacji rynku energii elektrycznej w Unii.

80. Niemniej jednak – jak zasadniczo zauważają EDP España, Endesa, Iberdrola i Naturgy w odpowiedzi na wystosowane przez Trybunał pytanie na piśmie – brak takiej pełnej harmonizacji nie oznacza, że świadczenie obowiązkowe nie musi być zgodne ze „wspólnymi zasadami" określonymi w dyrektywie 2009/72, a zwłaszcza w jej art. 3 ust. 1. W myśl tego przepisu państwa członkowskie, opierając się na swojej strukturze organizacyjnej i z należytym uwzględnieniem zasady pomocniczości, zapewniają, aby przedsiębiorstwa energetyczne działały zgodnie z celem, między innymi, stworzenie konkurencyjnego rynku energii elektrycznej, oraz w taki sposób, aby nie dochodziło do dyskryminacji pomiędzy tymi przedsiębiorstwami [59].

81. W świetle przedstawionych powyżej powodów, mając na względzie w szczególności wskazówki udzielone przez Trybunał w wyroku Engie Cartagena, można w dalszym ciągu dyskutować o tym, czy świadczenie obowiązkowe spełnia przesłanki pozwalające uznać je za „obowiązek użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Moim zdaniem wiele wskazuje w istocie na to, że świadczenie obowiązkowe może stanowić, na gruncie prawa Unii, opłatę parafiskalną.

82. Gdyby jednak sąd odsyłający doszedł do tego wniosku, nie oznaczałoby to, że taka opłata całkowicie wymykałaby się spod zakresu stosowania dyrektywy 2009/72, jak twierdzi w istocie rząd hiszpański. Ocenę należałoby po prostu przeprowadzić nie w oparciu o art. 3 ust. 2, lecz w oparciu o art. 3 ust. 1 owej dyrektywy. Ponadto, o ile szczegółowe kryteria oceny przeprowadzanej na podstawie każdego z tych przepisów są odmienne, o tyle *oba te przepisy mają ten sam punkt odniesienia*, który jest skorelowany z art. 3 ust. 1 dyrektywy: w ujęciu ogólnym państwa członkowskie nie mogą zakłócać konkurencji na rynku energii elektrycznej. Jeżeli dochodzi do jakiejkolwiek ingerencji, musi mieć ona charakter minimalny (a zatem proporcjonalny) oraz być oparta o niedyskryminacyjne kryteria pozwalające zapewnić możliwie jak największą równość w odniesieniu do praw lub obowiązków wszystkich przedsiębiorstw na rynku.

83. Podsumowując, nie zamierzam sugerować, że *bon społeczny*, analizowany samodzielnie, nie może spełnić przesłanek określonych w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 ani nawet że stanowi on podatek. Do Trybunału nie zwrócono się bowiem o rozstrzygnięcie tej kwestii, zaś strony nie wydają się pozostawać w tym względzie w sporze. Chodzi raczej o to, że sama okoliczność, iż ostateczne przeznaczenie przychodu z (obowiązkowego) świadczenia finansowego może się przyczyniać do realizacji „rzeczywistego" „obowiązku użyteczności publicznej", nie jest wystarczająca, aby uznać, że owo świadczenie jako takie ma znaczenie dla osiągnięcia owego celu (a tym samym jest zgodne z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72) [60].

84. Przyjęcie przeciwnego wniosku całkowicie wypaczyłoby pojęcie „obowiązków użyteczności publicznej", gdyż należałoby wówczas założyć, iż samo *przeznaczenie* środków finansowych uzyskanych z dowolnego świadczenia finansowego mogłoby określić jego charakter oraz sposób

[58] Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 55.

[59] Wyrok z dnia 12 grudnia 2019 r., Slovenské elektrárne, C-376/18, EU:C:2019:1068, pkt 34.

[60] Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 52, 53.

traktowania w świetle prawa Unii [61]. To z kolei doprowadziłoby również do sytuacji, w której *finansowanie* „obowiązku użyteczności publicznej" mogłoby się przerodzić w pełnoprawny „obowiązek użyteczności publicznej", podczas gdy chodzi tu po prostu o mechanizm służący zgromadzeniu niezbędnych środków finansowych w celu przyznania rekompensaty przedsiębiorstwom wykonującym *faktyczny* „obowiązek użyteczności publicznej" [62].

### *b) W przedmiocie zgodności z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72*

85. W razie uznania, że świadczenie obowiązkowe jest objęte zakresem stosowania art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, pojawia się konieczność dokonania oceny jego zgodności z prawem Unii.

86. Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 wymaga, aby środki przyjmowane jako „obowiązki użyteczności publicznej" były „jasno określone, przejrzyste, niedyskryminacyjne, weryfikowalne i gwarantowa[ły] [unijnym] przedsiębiorstwom energetycznym równość dostępu do konsumentów krajowych" [63].

87. Na wstępie należy powrócić do zagadnień, o których była już mowa w pkt 42–50 niniejszej opinii. Próbę analizy podejmę oczywiście przy założeniu, że świadczenie obowiązkowe może stanowić element większego „obowiązku użyteczności publicznej", przy czym da się go oderwać na potrzeby oceny pod kątem spełnienia przesłanek z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, choć, jak się wydaje, owa dyrektywa została uchwalona z myślą o ocenie *pojedynczych* „obowiązków użyteczności publicznej", a nie wiązek lub oderwanych części „obowiązków użyteczności publicznej".

88. Wyjaśniwszy powyższe, pragnę zauważyć, że wszystkie strony – z wyjątkiem rządu hiszpańskiego – utrzymują, iż świadczenie obowiązkowe ma, w obecnym kształcie, charakter dyskryminacyjny. Te strony zwracają uwagę na brzmienie art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013, zgodnie z którym koszt bonu społecznego ponoszą te spółki zintegrowane pionowo, które prowadzą jednocześnie działalność w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej („cechy kwalifikujące"). Mimo że w tym przepisie nie wymieniono z nazwy żadnej spółki, to wskazano w nim w sposób wyraźny cechy umożliwiające identyfikację niektórych podmiotów działających na rynku energii elektrycznej w Hiszpanii. Jednocześnie owo uregulowanie nie zobowiązuje do świadczenia obowiązkowego tych spółek zintegrowanych pionowo i prowadzących działalność w sektorze elektroenergetycznym w Hiszpanii, które mają nie więcej niż dwie cechy kwalifikujące. W praktyce art. 45 ust. 4 ustawy 24/2013 obciąża więc finansowaniem bonu społecznego wyłącznie cztery grupy przedsiębiorstw prowadzące działalność na hiszpańskim rynku energii elektrycznej. Tego rodzaju traktowanie sprawia, że ma on charakter dyskryminacyjny.

89. Ze swej strony rząd hiszpański podnosi, że rozpatrywany środek nie jest dyskryminacyjny oraz że w każdym razie jest on obiektywnie uzasadniony. W motywach dekretu królewskiego z mocą ustawy 9/2013 wskazano, że spółki, które mają cechy kwalifikujące, znajdują się w „wyjątkowym położeniu", dzięki któremu są w stanie łatwiej pokrywać koszty bonu społecznego, ponieważ mogą wziąć to obciążenie na swoje barki i rozdzielić je pomiędzy główne rodzaje działalności gospodarczej prowadzonej na rynku energii elektrycznej.

[61] Zobacz podobnie wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 54.

[62] Zobacz opinia rzecznika generalnego G. Hogana w sprawie Engie Cartagena (C-523/18, EU:C:2019:769, pkt 54). Podkreślenie moje.

[63] Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 48 i przytoczone tam orzecznictwo.

90. Należy przypomnieć, że celem przesłanki dotyczącej niedyskryminacji, o której mowa w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, jest zapewnienie, aby dany „obowiązek użyteczności publicznej" wiązał w równym stopniu wszystkie przedsiębiorstwa z tego samego sektora, co powinno pozwolić uniknąć negatywnego wpływu na konkurencję w tym sektorze [64]. W związku z tym obowiązki na podstawie art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 mają być nakładane ogólnie, a nie konkretnie na niektóre przedsiębiorstwa [65]. Mimo że art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 nie wprowadza możliwości obiektywnego uzasadnienia dyskryminującego traktowania, wynikający z niego wymóg stanowi szczególny wyraz ogólnej zasady równego traktowania [66]. Tym samym, w aspekcie praktycznym, nie ma większego znaczenia, czy względy tego samego rodzaju są przywoływane na etapie oceny porównywalności, czy też później, na etapie uzasadnienia [67]. Najważniejsze jest to, że każde takie obiektywne uzasadnienie musi być związane z realizacją zamierzonego przez dane uregulowanie celu leżącego w ogólnym interesie gospodarczym i gwarantować jego realizację [68], a także być proporcjonalne do tego celu [69].

91. W świetle tych przesłanek uważam, że świadczenie obowiązkowe może rodzić przedstawione poniżej problemy.

92. Po pierwsze, wydaje się, że świadczenie obowiązkowe, w takiej formie, w jakiej jest ono nakładane, może zakłócać konkurencję na hiszpańskim rynku energii elektrycznej, ponieważ wprowadza ono nierówne traktowanie przedsiębiorstw działających w sektorze elektroenergetycznym [70]. To nierówne traktowanie wynika z faktu, że świadczenie obowiązkowe zostało nałożone wyłącznie na te spółki, które mają cechy kwalifikujące, podczas gdy nie zostały objęte tym obowiązkiem inne spółki działające na tym samym rynku, mianowicie te spółki zintegrowane pionowo, które mają nie więcej niż dwie cechy kwalifikujące (a więc bezpośredni konkurenci) [71].

93. Po drugie, cel uzasadniający owo nierówne traktowanie (i prowadzący do takiego nierównego traktowania) jawi się jako nieodpowiedni. Nawet gdyby celem *świadczenia obowiązkowego* (w przeciwieństwie do bonu społecznego) było bowiem oferowanie subwencjonowanych taryf energii elektrycznej wrażliwym grupom odbiorców, czego w niniejszej sprawie nikt jednak nie utrzymuje, to odmienne traktowanie nadal nie byłoby uzasadnione. Jak podnoszą wszystkie strony z wyjątkiem rządu hiszpańskiego, „cechy kwalifikujące" do nałożenia świadczenia obowiązkowego nie są w żaden sposób związane z celem polegającym na oferowaniu bonu społecznego wrażliwym grupom odbiorców posiadającym określone cechy społeczne, konsumpcyjne i dotyczące siły nabywczej. Na ten cel nie wpływa bowiem w ogóle liczba przedsiębiorstw ponoszących koszty wynikające z tego systemu. W rzeczywistości grupa wrażliwych odbiorców kwalifikuje się do objęcia omawianym systemem *niezależnie od tego*, kto wnosi wkłady na rzecz pokrycia kosztów jego funkcjonowania.

64 Zobacz podobnie opinia rzecznika generalnego P. Mengozziego w sprawie ANODE (C-121/15, EU:C:2016:248, pkt 82).

65 Zobacz podobnie wyrok z dnia 30 kwietnia 2020 r., Overgas Mrezhi i Balgarska gazova asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, pkt 80.

66 Zobacz podobnie wyrok z dnia 29 września 2016 r., Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, pkt 79–81 i przytoczone tam orzecznictwo.

67 Co się tyczy możliwości przywoływania tego rodzaju argumentów na różnych etapach testu, zob. moja opinia w sprawie Hornbach-Baumarkt (C-382/16, EU:C:2017:974).

68 Wyrok z dnia 7 września 2016 r., ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, pkt 55 i przytoczone tam orzecznictwo.

69 Wyrok z dnia 29 września 2016 r., Essent Belgium, C-492/14, EU:C:2016:732, pkt 81 i przytoczone tam orzecznictwo.

70 Zobacz podobnie ibidem, pkt 97.

71 Zobacz wyrok z dnia 7 września 2016 r., ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, pkt 71.

94. Po trzecie, nawet gdyby przyjąć, że cel świadczenia obowiązkowego nie polegał na umożliwieniu korzystania z subwencjonowanych cen energii elektrycznej, lecz że był on w pewien sposób związany z wizją polityki redystrybucyjnej, zgodnie z którą „bogatsze" spółki mają, jak się wydaje, wnosić większe wkłady aniżeli spółki „biedniejsze", nadal zastanawiałbym się, czy rzeczywiście zostałby on urzeczywistniony. Byłoby tak w szczególności wówczas, gdyby cechy kwalifikujące oraz względy podane jako ich uzasadnienie prowadziły do nierównego traktowania w zależności od *potencjalnych* możliwości finansowych spółek. Sąd odsyłający wyjaśnia w istocie, że niektóre przedsiębiorstwa zobowiązane do świadczenia obowiązkowego mają bardzo niewielkie znaczenie w sektorze elektroenergetycznym rozpatrywanym jako całość, podczas gdy istnieją inne przedsiębiorstwa, które wydają się znajdować w lepszej sytuacji pozwalającej im na pokrycie kosztów finansowania bonu społecznego (ze względu na większy udział w rynku energii elektrycznej, wyższe obroty lub też na fakt prowadzenia jednego lub dwóch spośród rodzajów działalności stanowiących kryterium wykorzystywane do kwalifikacji podmiotów wnoszących wkłady finansowe). To oderwanie od rynkowych realiów gospodarczych zostało najwyraźniej dostrzeżone przez Administración General del Estado (hiszpańską administrację państwową), która – jak wyjaśnił sąd odsyłający w toku postępowania głównego – przyznała, że synergia i korzyści skali mogą powstawać także w przypadku spółek, które nie mają cech kwalifikujących.

95. Podsumowując, mamy do czynienia z wyraźnym przypadkiem dyskryminacji między przedsiębiorstwami, dla którego, jak się wydaje, nie można wskazać racjonalnego uzasadnienia. W ostatecznym rozrachunku koszty są ponoszone wyłącznie przez niewielką liczbę działających na rynku spółek, które są wskazywane na podstawie kryteriów niewykazujących bezpośredniego związku z zamierzonym ogólnym interesem gospodarczym. W ten sposób owe spółki nie tylko finansują politykę społeczną państwa członkowskiego, lecz także pośrednio sponsorują swoich bezpośrednich konkurentów działających na tym samym rynku.

96. Wszystkie te kwestie zostały już najpewniej przeanalizowane przez sąd odsyłający, który w rezultacie stwierdził niezgodność przepisów krajowych z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Jak wskazałem wcześniej w niniejszej sekcji, można w istocie zastanawiać się nad dokładną kwalifikacją świadczenia obowiązkowego, zwłaszcza gdy – tak jak uczynił to sąd odsyłający w skierowanych do Trybunału pytaniach – owo świadczenie zostaje faktycznie oderwane od bonu społecznego. Pozostawiając jednak na boku kwestie systematyki, jasne jest również, że logika i punkt odniesienia tak art. 3 ust. 1, jak i art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 są do siebie zasadniczo podobne. W związku z tym, ujmując rzecz pragmatycznie, wynik oceny środka krajowego będzie najpewniej taki sam niezależnie od tego, w oparciu o który z tych przepisów zostanie ona przeprowadzona: mając na uwadze powody przedstawione przez sąd odsyłający, ów środek zostanie tak czy tak uznany za niezgodny z prawem Unii.

97. Z tych względów uważam, że najlepiej będzie pozostawić kwestię kwalifikacji świadczenia obowiązkowego sądowi odsyłającemu, który ma pełną wiedzę na temat norm prawa krajowego i zna wszystkie okoliczności faktyczne, których mogę nie znać. Jeśli chodzi o skierowane przez ów sąd konkretne pytanie, które w istocie dotyczy „obowiązku użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, proponuję Trybunałowi, by na pytanie pierwsze odpowiedział następująco:

„Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu nakładającemu, bez obiektywnego uzasadnienia wynikającego wyraźnie z charakteru realizowanego ogólnego interesu gospodarczego, obowiązkowe świadczenie finansowe wyłącznie na niektóre przedsiębiorstwa energetyczne prowadzące działalność

w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej w celu finansowania systemu, w ramach którego bon społeczny z tytułu cen energii elektrycznej jest uwzględniany bezpośrednio na rachunku za energię elektryczną kwalifikujących się odbiorców".

### *3. W przedmiocie pytania drugiego*

98. Poprzez pytanie drugie sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy świadczenie obowiązkowe jest zgodne z wymogiem proporcjonalności przewidzianym w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, skoro owego obowiązku nie ustanowiono na czas określony i wprowadzono go bez jakiejkolwiek rekompensaty dla przedsiębiorstw wnoszących wkłady finansowe.

99. W świetle odpowiedzi zaproponowanej na pytanie pierwsze nie ma potrzeby udzielania odpowiedzi na to pytanie.

100. Niemniej jednak w zakresie, w jakim rozważania dotyczące istoty sprawy poruszonej w pytaniu drugim mogą się okazać użyteczne dla sądu odsyłającego, przeanalizuję, czy – w ujęciu ogólnym – art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 dopuszcza istnienie „obowiązku użyteczności publicznej" wprowadzonego na czas nieokreślony lub bez ustanowienia systemu rekompensat. Oczywiście ocenę w tym zakresie należy przeprowadzić, mając wzgląd na to samo zastrzeżenie, które uczyniłem w pkt 42–50 i 87 niniejszej opinii. Dokonawszy tego uściślenia, proponuję, aby drugie pytanie prejudycjalne przeanalizować najpierw pod kątem proporcjonalności rozpatrywanego środka (lit. a)), a następnie przejść do kwestii konieczności przyznania dostawcom z urzędu rekompensaty za wykonywanie „obowiązku użyteczności publicznej" (lit. b)).

#### *a) Poszanowanie zasady proporcjonalności*

101. Z brzmienia art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 nie wynika bezpośrednio wymóg proporcjonalności wiążący się z jakimkolwiek „obowiązkiem użyteczności publicznej" nakładanym na podstawie tego przepisu.

102. Wymaga on natomiast, aby „w pełni uwzględniać" w szczególności art. 86 traktatu WE (obecnie art. 106 TFUE)[72]. Owo postanowienie dotyczy, podobnie jak art. 14 TFUE, protokół (nr 26) w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym oraz art. 36 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej (zwanej dalej „kartą"), kwestii zgodności z traktatem „usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym"[73]. Innymi słowy, art. 106 ust. 2 TFUE zmierza do pogodzenia interesu, jaki mają państwa członkowskie w posługiwaniu się niektórymi przedsiębiorstwami jako narzędziami prowadzenia polityki gospodarczej lub społecznej, z interesem, jaki ma Unia w poszanowaniu reguł konkurencji i zachowaniu jedności wspólnego rynku[74].

[72] Zobacz analogicznie wyrok z dnia 30 kwietnia 2020 r., Overgas Mrezhi i Balgarska gazova asotsiatsia, C-5/19, EU:C:2020:343, pkt 57 i przytoczone tam orzecznictwo.

[73] Ibidem, pkt 58 i przytoczone tam orzecznictwo.

[74] Ibidem, pkt 60 i przytoczone tam orzecznictwo.

103. Właśnie to odesłanie do brzmienia art. 106 TFUE sprawia, że każda ingerencja w reguły konkurencji i jedność rynku wewnętrznego może mieć miejsce „jedynie w zakresie niezbędnym do osiągnięcia realizowanego przez […] zobowiązania [z zakresu usług publicznych] celu leżącego w ogólnym interesie gospodarczym, a w konsekwencji w bezwzględnie ograniczonym okresie czasu” [75].

104. W związku z tym każda ingerencja w strukturę konkurencji na rynku energii elektrycznej w danym państwie członkowskim, a zatem i w jedność wspólnego rynku energii elektrycznej, nawet jeśli wynika z „obowiązku użyteczności publicznej” w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, musi być zgodna z zasadą proporcjonalności [76].

105. Zasada proporcjonalności była interpretowana w podobnych kontekstach, w odniesieniu do innych dyrektyw mających na celu ustanowienie wspólnych zasad rynku wewnętrznego, w ten sposób, że zgodność z nią jest zapewniona wówczas, gdy istnieje jednoznaczny związek między (i) urzeczywistnieniem celu zamierzonego przez dane państwo członkowskie; (ii) aspektem czasowym; oraz (iii) podmiotowym zakresem stosowania danego środka [77].

106. Sąd odsyłający zwraca uwagę na drugi z tych wymogów i zastanawia się, czy możliwość skutecznego powołania się na „obowiązek użyteczności publicznej” w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 nie powinna być ograniczona w czasie.

107. Należy przypomnieć, że pojęcie „obowiązku użyteczności publicznej” w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 odpowiada środkom interwencji publicznej w funkcjonowanie rynku energii elektrycznej [78]. Ta interwencja siłą rzeczy ogranicza swobodę działania pewnych przedsiębiorstw na rynku energii elektrycznej [79]. Z kolei takie ograniczenie wywiera wpływ na ogólny cel dyrektywy 2009/72, którym jest dążenie do osiągnięcia w pełni i skutecznie otwartego i konkurencyjnego wewnętrznego rynku energii elektrycznej, na którym wszyscy odbiorcy mogą swobodnie wybierać swoich dostawców i na którym wszyscy dostawcy mogą swobodnie dostarczać swoje produkty swym klientom [80].

108. W tym miejscu z całą mocą ujawnia się związek z art. 106 TFUE. Zgodnie z wykładnią dokonaną w wyroku Federutility owo postanowienie ustanawia wymóg przewidujący, że każda interwencja w grę podaży i popytu „powinna być ograniczona w czasie w zakresie, w jakim jest to ściśle niezbędne do osiągnięcia celu, do którego interwencja ta zmierza; w szczególności, środek, który ze swej natury stanowi przeszkodę w osiągnięciu działającego rynku wewnętrznego [energii elektrycznej], nie może mieć charakteru trwałego” [81]. Przy dokonywaniu oceny zgodności z art. 106 TFUE zadaniem sądu krajowego jest więc zbadanie, czy i w jakim zakresie odpowiedni przepis krajowy wymaga „okresowego badania, w niezbyt oddalonych odstępach czasu, konieczności i sposobów interweniowania [przez państwo] w zależności od ewolucji sektora [elektroenergetycznego]” [82].

75 Wyrok z dnia 7 września 2016 r., ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, pkt 53 i przytoczone tam orzecznictwo.

76 Zobacz analogicznie wyrok z dnia 7 września 2016 r., ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, pkt 36.

77 Zobacz podobnie wyrok z dnia 11 kwietnia 2019 r., Repsol Butano i DISA Gas, C-473/17 i C-546/17, EU:C:2019:308, pkt 55, 56, 62 i przytoczone tam orzecznictwo.

78 Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 45.

79 Ibidem, pkt 51.

80 Ibidem, pkt 47 i przytoczone tam orzecznictwo.

81 Wyrok z dnia 20 kwietnia 2010 r., Federutility i in., C-265/08, EU:C:2010:205, pkt 35.

82 Wyrok z dnia 20 kwietnia 2010 r., Federutility i in., C-265/08, EU:C:2010:205, pkt 35. Zobacz także wyrok z dnia 11 kwietnia 2019 r., Repsol Butano i DISA Gas, C-473/17 i C-546/17, EU:C:2019:308, pkt 56.

109. Oczywiście zastosowanie tych zasad należy do sądu krajowego. Niemniej jednak – zakładając, że przedmiotem analizy ma być wyłącznie świadczenie obowiązkowe [83] – z informacji przekazanych Trybunałowi w odniesieniu do tej kwestii zdaje się wynikać, iż okresowy przegląd podmiotowego zakresu stosowania środka w postaci świadczenia obowiązkowego (z którego to zakresu wynika, jakie podmioty są zobowiązane do finansowania) nie jest wymagany ani przez ustawę 24/2013, ani przez dekret królewski 968/2014. Strony wyjaśniają natomiast, że jedynym elementem systemu poddawanym regularnemu przeglądowi są procentowe podziały kwot finansowanych z wykorzystaniem świadczenia obowiązkowego, które są corocznie dostosowywane.

110. Jeśli ten tok rozumowania okazałby się trafny, wymóg proporcjonalności, o którym mowa powyżej, nie byłby spełniony, jeżeli świadczenie obowiązkowe wynikające z ustawy 24/2013 i uszczegółowione w dekrecie królewskim 968/2014, byłoby przewidziane na czas nieokreślony i nie podlegałoby żadnemu mechanizmowi przeglądu. Zasada proporcjonalności wymaga bowiem w końcu, aby zapewniono odzwierciedlenie rozwoju kosztów [84]. Rzeczony wymóg nie wydaje się być – z zastrzeżeniem potwierdzenia tego przez sąd odsyłający – spełniony w niniejszej sprawie.

111. Pragnę uściślić, że owych zasad nie należy rozumieć w ten sposób, iż podważają one możliwość określania przez państwa członkowskie, co jest „godne" miana „obowiązku użyteczności publicznej". W odniesieniu do sektoar elektroenergetycznego, w motywach 47 i 50 dyrektywy 2009/72 wyraźnie uznano przysługującą państwom członkowskim autonomię w zakresie określania „obowiązków użyteczności publicznej" na poziomie krajowym, z uwzględnieniem sytuacji krajowej [85]. W związku z tym gdy państwa członkowskie działają na podstawie art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 w celu określenia zakresu i organizacji tego rodzaju usług, to przysługuje im w tym względzie dość duży zakres uznania [86].

112. Prawo Unii nakłada pewne warunki dopiero na etapie jego wdrażania. W pierwszym rzędzie dotyczą one tego, czy określony przez państwo obowiązek faktycznie wchodzi w zakres pojęcia „obowiązku użyteczności publicznej", które stanowi autonomiczne pojęcie prawa Unii przewidziane w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 [87]. Jeżeli tak jest, to przesłanki określone w art. 3 ust. 2 owej dyrektywy muszą mieć zastosowanie [88]. Dopiero wówczas, gdy potencjalna „rekompensata z tytułu użyteczności publicznej" spełnia wymogi określone dla prawdziwego „obowiązku użyteczności publicznej" w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, powstaje konieczność przeanalizowania go w świetle przesłanek wskazanych w tym przepisie.

### *b) Rekompensata a „obowiązki użyteczności publicznej"*

113. Jak zostało to już wykazane w poprzednie części opinii, nie zawsze można bezproblemowo dokonać oceny, czy „obowiązek użyteczności publicznej" jest proporcjonalny, jeżeli rozpatruje się go jako wiązkę. Jeżeli jednak świadczenie obowiązkowe miałoby zostać uznane za autonomiczny

[83] Oraz abstrahując całkowicie od badania aspektu czasowego i proporcjonalności bonu społecznego, co również wymagałoby przeprowadzenia zupełnie innej oceny obejmującej odmienne podmioty i odmienne względy.

[84] Wyrok z dnia 11 kwietnia 2019 r., Repsol Butano i DISA Gas, C-473/17 i C-546/17, EU:C:2019:308, pkt 59 i przytoczone tam orzecznictwo.

[85] Zgodnie z dołączonym do traktatów UE i FUE protokołem (nr 26) w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym. Zobacz podobnie wyrok z dnia 7 września 2016 r., ANODE, C-121/15, EU:C:2016:637, pkt 40–42.

[86] Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 35–36. Zobacz także podobnie wyroki: z dnia 20 kwietnia 2010 r., Federutility i in., C-265/08, EU:C:2010:205, pkt 28, 29; z dnia 21 grudnia 2011 r., ENEL, C-242/10, EU:C:2011:861, pkt 50.

[87] Wyrok z dnia 19 grudnia 2019 r., Engie Cartagena, C-523/18, EU:C:2019:1129, pkt 34 i przytoczone tam orzecznictwo.

[88] Ibidem, pkt 48.

„obowiązek użyteczności publicznej” (lub za oderwany element większego „obowiązku użyteczności publicznej”), a następnie przeanalizowane w sposób niezależny i samodzielny, to właśnie przy badaniu istnienia ewentualnego obowiązku przyznania rekompensaty przekroczona zostałaby linia między dyskusją „stymulująca” a dyskusją „kuriozalną”.

114. Wynika to z faktu, że problem zaczyna się wówczas sprowadzać do rozstrzygnięcia, czy skarżące mogą dochodzić rekompensaty za wnoszenie wkładów finansowych w ramach świadczenia obowiązkowego. Innymi słowy, czy dyrektywa 2009/72 nakłada na państwa członkowskie obowiązek *zapłaty środków pieniężnych z tytułu zapłaty środków pieniężnych*? Moim zdaniem stanowi to jeszcze jeden powód, dla którego świadczenie obowiązkowe trudno jest zakwalifikować samo w sobie jako „obowiązek użyteczności publicznej” [89].

115. W każdym jednak razie, czy, gdyby pytanie drugie sądu odsyłającego rozpatrywać in abstracto – zakładając, że rzeczywiście powstaje prawdziwym „obowiązek użyteczności publicznej” w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 – art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72 wprowadza obowiązek ustanowienia systemu rekompensat?

116. Rząd hiszpański i Komisja wyjaśniają, że w sytuacjach, w których istnieje „obowiązek użyteczności publicznej” w rozumieniu art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72, nie powstaje żadne automatyczne zobowiązanie do przyznania rekompensaty.

117. W ujęciu ogólnym i abstrakcyjnym w istocie zgadzam się z tym stanowiskiem: nie ulega wątpliwości, że taki wymóg nie wypływa z art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72. Nie można go również zrekonstruować w oparciu o art. 106 TFUE, do którego odsyła ten przepis, ani też w oparciu o inne instrumenty prawa Unii dotyczące usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym [90]. Jak bowiem konsekwentnie podkreślał Trybunał w swoim orzecznictwie, państwa członkowskie dysponują szerokim zakresem uznania przy określaniu, czy należy przyznać rekompensatę [91], o ile czynią to zgodnie z kryteriami wynikającymi z wyroku Altmark [92].

118. Identyczny wniosek – mimo że sprzeciwiają się temu wszystkie strony z wyjątkiem rządu hiszpańskiego i Komisji – należy odnieść również do art. 3 ust. 6 dyrektywy 2009/72. Przepis ten dotyczy sytuacji, w której przewidziano przyznawanie rekompensat, i uzależnia przyznanie takich rekompensat od spełnienia warunku niedyskryminacji.

119. Każda racjonalna interpretacja art. 3 ust. 6 dyrektywy 2009/72 prowadzi bowiem do wniosku, że owo uregulowanie, samo w sobie, nie przewiduje – w konkretnym przypadku sektora elektroenergetycznego – zobowiązania do przyznania rekompensat za wykonywanie „obowiązku

[89] Zobacz pkt 44, 48–49 niniejszej opinii.

[90] Takie jak zielona księga w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym (COM(2003) 270 wersja ostateczna); 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); 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); decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz.U. 2012, L 7, s. 3).

[91] Wyroki: z dnia 12 lutego 2008 r., BUPA i in./Komisja, T-289/03, EU:T:2008:29, pkt 214 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 7 listopada 2012 r., CBI/Komisja, T-137/10, EU:T:2012:584, pkt 191; z dnia 16 lipca 2014 r., Niemcy/Komisja, T-295/12, niepublikowany, EU:T:2014:675, pkt 87; z dnia 16 lipca 2014 r., Zweckverband Tierkörperbeseitigung/Komisja, T-309/12, niepublikowany, EU:T:2014:676, pkt 148.

[92] Wyrok z dnia 24 lipca 2003 r., Altmark Trans i Regierungspräsidium Magdeburg, C-280/00, EU:C:2003:415, pkt 95.

użyteczności publicznej”[93]. Takiego zobowiązania nie można też wywodzić z ogólnego celu dyrektywy 2009/72. Skłania mnie to do przyjęcia wniosku, że środek, który nie przewiduje rekompensaty za wykonanie (prawdziwego) „obowiązku użyteczności publicznej”, nie jest sam w sobie niezgodny z art. 3 ust. 6 dyrektywy 2009/72.

120. Z wykładni postanowień art. 3 ust. 2 w związku z art. 3 ust. 6 dyrektywy 2009/72 wypływają natomiast zasady, zgodnie z którymi wszystkie przedsiębiorstwa działające na rynku energii elektrycznej mają być traktowane w taki sam sposób zarówno w aspekcie kosztów wykonywania owego „obowiązku użyteczności publicznej”, jak i ewentualnych rekompensat, które mogą zostać przyznane przez państwo członkowskie. W ten sposób nie powstaje zakłócenie na danym rynku i osiągnięty zostaje cel dyrektywy 2009/72.

121. Wszystkie te rozważania podlegają dwóm zastrzeżeniom.

122. Po pierwsze, należy powtórzyć – jak zostało to wyjaśnione w pkt 117–119 niniejszej opinii – że dyrektywa dopuszcza pewne ograniczenia swobody działania na rynku wewnętrznym energii elektrycznej, które są wprowadzane w interesie ogólnym związanym z wykonywaniem „obowiązku użyteczności publicznej”. Dotyczy to jednak wyłącznie *prawdziwych* „obowiązków użyteczności publicznej”, a nie „wiązek” luźno ze sobą powiązanych środków obejmujących również (coś, co bardzo przypomina) opłatę parafiskalną. W przeciwnym razie, jak wytłumaczyłem w pkt 113 i 114 niniejszej opinii, cała ocena proporcjonalności staje się pokrętna: czy środek można uznać za proporcjonalny, jeżeli zachodzi konieczność przyznania rekompensaty pieniężnej z tytułu odebrania środków pieniężnych?

123. Po drugie, koszty wykonywania „obowiązku użyteczności publicznej” muszą być uzasadnione. Jest jasne, że państwa członkowskie nie mogą zmusić przedsiębiorstwa działającego na określonym rynku, by de facto pozbywało się ono swojego majątku pod przykrywką wykonywania zobowiązań z tytułu „obowiązku użyteczności publicznej”, jedynie z tego względu, iż konkretne ramy prawne wyznaczone przez art. 106 TFUE i dyrektywę 2009/72 same w sobie zobowiązują do przyznania rekompensaty z tytułu wykonywania takiego obowiązku[94].

124. Mówiąc inaczej, można sobie wyobrazić, że – nawet gdyby wszystkie przedsiębiorstwa działające na rynku były traktowane w równy sposób i gdyby nałożono na nie identyczne obciążenie – samo to obciążenie byłoby po prostu nadmierne. Nie można wykluczyć, że jedynie w wyjątkowych przypadkach, w których nie istniałaby już „słuszna równowaga” między interesem ogólnym a interesem indywidualnym, mogłoby dojść do ingerencji w samą istotę prawa własności, z naruszeniem art. 17 karty i art. 1 protokołu nr 1 do europejskiej konwencji praw człowieka[95].

[93] Zobacz także art. 9 ust. 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/944 z dnia 5 czerwca 2019 r. w sprawie wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej oraz zmieniającej dyrektywę 2012/27/UE (Dz.U. 2019, L 158. s. 125), którego brzmienie jest niemal identyczne.

[94] Zobacz art. 6 ust. 2 rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 z dnia 26 czerwca 1969 r. w sprawie działania państw członkowskich dotyczącego zobowiązań związanych z pojęciem usługi publicznej w transporcie kolejowym, drogowym i w żegludze śródlądowej (Dz.U. 1969, L 156, s. 1 – wyd. spec. w jęz. polskim, rozdz. 7, t. 1, s. 19–25), w którym przewidziano takie „prawo” do otrzymania rekompensaty. Zobacz wyrok z dnia 3 kwietnia 2014 r., CTP, od C-516/12 do C-518/12, EU:C:2014:220, pkt 34.

[95] Zobacz wyroki ETPC: z dnia 22 września 1994 r. w sprawie Hentrich przeciwko Francji, CE:ECHR:1994:0922JUD001361688, § 49 i przytoczone tam orzecznictwo; z dnia 19 czerwca 2006 r. w sprawie Hutten-Czapska przeciwko Polsce, CE:ECHR:2006:0619JUD003501497, § 167 i przytoczone tam orzecznictwo. Zobacz także na przykład wyrok ETPC z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Pincová i Pinc przeciwko Republice Czeskiej, CE:ECHR:2002:1105JUD003654897, § 53.

## V. Wnioski

125. Proponuję Trybunałowi, by na pytanie pierwsze przedstawione przez Tribunal Supremo (sąd najwyższy, Hiszpania) odpowiedział następująco:

Artykuł 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylającej dyrektywę 2003/54/WE należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie uregulowaniu krajowemu nakładającemu, bez obiektywnego uzasadnienia wynikającego wyraźnie z charakteru realizowanego ogólnego interesu gospodarczego, obowiązkowe świadczenie finansowe wyłącznie na niektóre przedsiębiorstwa energetyczne prowadzące działalność w zakresie wytwarzania, dystrybucji i sprzedaży energii elektrycznej w celu finansowania systemu, w ramach którego bon społeczny z tytułu cen energii elektrycznej jest uwzględniany bezpośrednio na rachunku za energię elektryczną kwalifikujących się odbiorców.