OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
ELEANOR SHARPSTON
przedstawiona w dniu 10 kwietnia 2008 r. [1]

1. W niniejszym wniosku Unabhängiger Verwaltungssenat im Land Niederösterreich (sąd administracyjny kraju związkowego Dolna Austria) zwraca się z pytaniem, czy „dokumentami" w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 (zwanego dalej „rozporządzeniem w sprawie publicznego dostępu do dokumentów" [2]) są również akty, które wymagają publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* na podstawie art. 254 WE oraz czy rozporządzenia lub fragmenty rozporządzeń mają moc wiążącą, jeżeli wbrew wymogowi określonemu w art. 254 ust. 2 WE nie zostały opublikowane w Dzienniku Urzędowym.

Ramy prawne

Odpowiednie przepisy prawa wspólnotowego dotyczące publicznego dostępu do dokumentów

Postanowienia traktatu

2. Artykuł 1 ust. 2 traktatu UE stanowi:

„Niniejszy traktat wyznacza nowy etap w procesie tworzenia coraz ściślejszego związku między narodami Europy, w którym decyzje podejmowane są z możliwie najwyższym poszanowaniem zasady otwartości i jak najbliżej obywateli".

1 — Język oryginału: angielski.

2 — Rozporządzenie (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (Dz.U. L 145, s. 43).

3. Artykuł 254 WE stanowi:

„1. Rozporządzenia, dyrektywy i decyzje przyjęte zgodnie z procedurą określoną w artykule 251[3] są […] publikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* […].

2. Rozporządzenia Rady i Komisji, jak również dyrektywy tych instytucji, które są skierowane do wszystkich państw członkowskich, są publikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* […].

3. Inne dyrektywy, jak również decyzje, są notyfikowane ich adresatom i stają się skuteczne wraz z tą notyfikacją".

4. Artykuł 255 stanowi:

„1. Każdy obywatel Unii i każda osoba fizyczna lub prawna mająca miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim ma prawo dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, z zastrzeżeniem zasad i warunków określonych zgodnie z ustępami 2 i 3.

2. Zasady ogólne i ograniczenia, które z uwagi na interes publiczny lub prywatny regulują korzystanie z tego prawa dostępu do dokumentów, są określane przez Radę, stanowiącą zgodnie z procedurą określoną w artykule 251, w ciągu dwóch lat od wejścia w życie traktatu z Amsterdamu.

3. Każda instytucja wskazana powyżej opracowuje w swoim regulaminie wewnętrznym przepisy szczególne dotyczące dostępu do jej dokumentów".

Rozporządzenie w sprawie publicznego dostępu do dokumentów

5. Pierwsze cztery motywy kładą podwaliny pod rozporządzenie, podkreślając wagę otwartości, przejrzystości oraz odpowiedzialności. Motyw pierwszy w sposób wyraźny powołuje się na art. 1 traktatu o Unii Europejskiej. Motyw drugi wyjaśnia, iż większa przejrzystość gwarantuje, że administracja jest bardziej legitymowana oraz jest bardziej skuteczna i odpowiedzialna względem obywateli w systemie demokratycznym. Motyw

3 — Zawierającym tak zwaną „procedurę współdecydowania".

trzeci wskazuje, że rozporządzenie „konsoliduje inicjatywy już podjęte przez te instytucje z zadaniem poprawienia przejrzystości procesu decyzyjnego". Motyw czwarty wyznacza cele rozporządzenia.

„Celem niniejszego rozporządzenia jest zapewnienie możliwie największego prawa do publicznego dostępu do dokumentów oraz wytyczenie ogólnych zasad i ograniczeń związanych z takim dostępem, zgodnie z art. 255 ust. 2 traktatu WE".

6. Artykuł 1 lit. a) rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów stanowi, że celem rozporządzenia jest „określenie zasad, warunków i ograniczeń na bazie publicznego lub prywatnego interesu rządzącego prawem dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji (dalej zwanych „instytucjami") przewidzianych w art. 255 traktatu WE w taki sposób, by zapewnić możliwie najszerszy dostęp do dokumentów".

7. Artykuł 2 ust. 1 stanowi, że „każdy obywatel Unii, każda osoba fizyczna lub prawna zamieszkała lub mająca siedzibę w państwie członkowskim ma prawo dostępu do dokumentów instytucji, zgodnie z zasadami, warunkami i ograniczeniami wytyczonymi w niniejszym rozporządzeniu".

8. Artykuł 2 ust. 3 rozporządzenia stanowi, iż „niniejsze rozporządzenie odnosi się do wszelkich dokumentów przechowywanych przez instytucje, to jest dokumentów sporządzanych lub otrzymywanych przez nie i pozostających w ich posiadaniu, na wszystkich obszarach działalności Unii Europejskiej". Artykuł 2 ust. 5 dopuszcza, by „dokumenty sensytywne zgodnie z definicją art. 9 ust. 1" podlegały „specjalnemu traktowaniu zgodnie z tym artykułem".

9. Artykuł 3 lit. a) definiuje „dokument" jako „wszelkie treści bez względu na nośnik (zapisane na papierze, przechowywane w formie elektronicznej czy jako dźwięk, nagranie wizualne czy audiowizualne) dotyczące kwestii związanych z polityką, działalnością i decyzjami mieszczącymi się w sferze odpowiedzialności tych instytucji".

10. Artykuły 4 i 9 zawierają przepisy szczególne dotyczące pewnych wyjątków od zasady publicznego dostępu do dokumentów. I tak art. 4 stanowi:

„1 Instytucja odmówi dostępu do dokumentu, jeśli ujawnienie go naruszyłoby ochronę:

a) interesu publicznego w odniesieniu do:

— bezpieczeństwa publicznego,

— kwestii obronnych i wojskowych,

[…]”.

11. Artykuł 9 ust. 1 definiuje „dokumenty sensytywne” jako „dokumenty pochodzące od instytucji lub utworzonych przez nie agencji, z państw członkowskich, państw trzecich lub organizacji międzynarodowych, zaklasyfikowane jako »TRÈS SECRET/TOP SECRET«, »SECRET« lub »CONFIDENTIEL« zgodnie z przepisami obowiązującymi w danej instytucji, które chronią podstawowe interesy państw członkowskich w obszarach objętych art. 4 ust. 1 lit. a), a mianowicie w obszarze bezpieczeństwa publicznego, obrony i spraw wojskowych”. Pozostałe postanowienia art. 9 przewidują między innymi, że wnioski o dostęp do dokumentów sensytywnych będą rozpatrywane wyłącznie przez osoby mające prawo zapoznania się z tymi dokumentami. Osoby te określą także, które odniesienia do dokumentów sensytywnych mogą być zawarte w rejestrze publicznym, o którym mowa w art. 11. Instytucje odmawiające dostępu do takich dokumentów muszą uzasadnić odmowę, a przepisy instytucji w odniesieniu do dokumentów sensytywnych zostaną ujawnione publicznie.

12. Artykuł 13 zawiera postanowienia szczególne dotyczące publikowania w Dzienniku Urzędowym:

„1. Poza aktami określonymi w art. 254 ust. 1 i 2 traktatu WE […] następujące dokumenty będą publikowane w Dzienniku Urzędowym zgodnie z art. 4 i 9 rozporządzenia:

a) wnioski Komisji;

b) wspólne stanowiska przyjęte przez Radę zgodnie z procedurami określonymi w art. 251 i 252 traktatu WE oraz przyczyny leżące u podstaw tych wspólnych stanowisk, jak również stanowiska Parlamentu Europejskiego dotyczące tych procedur;

[…]”.

„2. O ile to możliwe, w Dzienniku Urzędowym zostają opublikowane następujące dokumenty:

[…]

c) dyrektywy inne niż wspomniane w art. 254 ust. 1 i 2 traktatu WE, decyzje inne niż określone w art. 254 ust. 1 traktatu WE, zalecenia i opinie.

3. […]".

Rozporządzenie nr 2320/2002

13. Artykuł 1 rozporządzenia (WE) nr 2320/2002 [4] wyjaśnia, że głównym celem rozporządzenia jest „ustanowienie i wykonanie właściwych środków wspólnotowych w celu zapobieżenia aktom bezprawnych ingerencji w lotnictwie cywilnym".

14. Artykuł 4 ust.1 i 2 stanowi:

„1. Wspólne normy podstawowe dotyczące środków bezpieczeństwa w lotnictwie […] są zawarte w załączniku.

2. Niezbędne środki dla wykonania i technicznego dostosowania wspólnych norm podstawowych przyjmuje się zgodnie z procedurą określoną w art. 9 ust. 2 [5] po wnikliwym rozpatrzeniu różnych rodzajów operacji i wrażliwości środków dotyczących:

a) kryteriów eksploatacyjnych i prób odbiorczych urządzeń;

b) szczegółowych procedur zawierających informacje sensytywne;

c) szczegółowych kryteriów wyłączenia środków bezpieczeństwa".

4 — Rozporządzenie (WE) nr 2320/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 2002 r. ustanawiające wspólne zasady w dziedzinie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego (Dz. U. L 355, s. 1).

5 — Procedura komitetu regulacyjnego.

15. Artykuł 6 stanowi:

„Państwa członkowskie mogą zastosować, zgodnie z prawem wspólnotowym, bardziej rygorystyczne środki od ustanowionych w niniejszym rozporządzeniu. Możliwie najszybciej po ich zastosowaniu państwa członkowskie powiadamiają Komisję o charakterze tych środków".

16. Artykuł 8 dotyczący rozpowszechniania informacji stanowi:

„1. Bez uszczerbku dla publicznego prawa dostępu do dokumentów, jak ustanowiono w rozporządzeniu w sprawie publicznego dostępu do dokumentów:

a) środki odnoszące się do:

i) kryteriów eksploatacyjnych i prób odbiorczych urządzeń;

i) szczegółowych procedur zawierających informacje sensytywne;

iii) szczegółowych kryteriów wyłączających środki bezpieczeństwa;

określone w art. 4 ust. 2;

[…]

są tajne i nie są publikowane. Są one udostępniane wyłącznie organom określonym w art. 5 ust. 2 [6], które przekazują je wyłącznie zainteresowanym stronom, dla których są one niezbędne zgodnie z obowiązującymi przepisami krajowymi dotyczącymi rozpowszechniania informacji sensytywnych

[…]".

6 — Organ wyznaczony przez każde z państw członkowskich.

17. Artykuł 12 stanowi, że kary za naruszenie przepisów niniejszego rozporządzenia są „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające".

18. Załącznik, o którym mowa w art. 4 ust. 1, został właściwie opublikowany jako integralna część rozporządzenia. Zawiera on między innymi wspólne normy podstawowe kontrolowania pasażerów (pkt 4.1) i sprawdzania bagażu kabinowego (pkt 4.3). Wszyscy odlatujący pasażerowie zostają skontrolowani w celu uniemożliwienia wniesienia zakazanych przedmiotów do obszaru objętego ochroną bezpieczeństwa oraz na pokład statku powietrznego. Bagaż kabinowy pasażerów zostaje skontrolowany przed dopuszczeniem do obszaru objętego ochroną bezpieczeństwa i na pokład statku powietrznego, a wszelkie zabronione przedmioty odbiera się pasażerowi lub zakazuje się temu pasażerowi dostępu odpowiednio do obszaru objętego ochroną bezpieczeństwa lub na pokład statku powietrznego.

19. Punkt 1.18 załącznika definiuje „przedmioty zakazane" jako „przedmioty, które mogą zostać użyte do popełnienia czynu bezprawnego i które nie zostały odpowiednio zgłoszone i nie zostały potraktowane zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi". Wykaz przedmiotów zakazanych znajduje się w (opublikowanym) załączniku, który zawiera wskazówki w zakresie klasyfikacji przedmiotów zakazanych. Zdanie wstępne brzmi: „Poniżej podane są wskazówki dotyczące możliwych kształtów broni i przedmiotów objętych ograniczeniami, jednakże zdrowy rozsądek powinien przeważać w ocenie, czy dany przedmiot daje powody [by] sądzić, że może on być użyty jako broń". „Pałki: pałki metalowe pokryte skórą, pałki gumowe, kije baseballowe lub podobne przedmioty, wymienione są w podpunkcie (iii) załącznika. Podpunkt (vi) stanowi: „inne przedmioty: czekany alpinistyczne, kije alpejskie, brzytwy i wydłużone nożyczki, o których się nie myśli powszechnie jako o śmiercionośnej lub niebezpiecznej broni, a które mogą być użyte jako broń, także zabawki lub atrapy broni i granatów"". Podpunkt (vii) stanowi dalej: „przedmioty dowolnego rodzaju wzbudzające podejrzenie, że przedmiot może służyć do ukrycia śmiercionośnej broni; tego rodzaju przedmioty obejmują, ale do nich się nie ograniczają: przedmioty podobne do urządzeń wybuchowych lub inne przedmioty wyglądające na broń lub niebezpieczny przedmiot".

Rozporządzenia wykonawcze przyjęte przez Komisję

20. Dwa pierwsze motywy rozporządzenia (WE) (zwanego dalej „rozporządzeniem nr 622/2003")[7], które wykonuje rozporzą-

7 — Rozporządzenie Komisji z dnia 4 kwietnia 2003 r. ustanawiające środki w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych standardów dotyczących bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego (Dz.U. L 89, s. 9). Niepublikowany załącznik był kilkakrotnie zmieniany, ostatnio rozporządzeniem Komisji (WE) nr 23/2008 z dnia 11 stycznia 2008 r. (Dz.U. L 9, s. 12). Jego treść merytoryczna została zmieniona tylko raz, gdy rozporządzenie Komisji (WE) nr 65/2006 z dnia 13 stycznia 2006 r. (Dz.U. L 11, s. 4) wprowadziło art. 3a (dotyczący nowych metod i procesów technicznych).

dzenie nr 2320/2002, wyjaśniają jego formę oraz ograniczoną publikację w następujący sposób:

„1. Zadaniem Komisji jest przyjęcie środków w celu wprowadzenia w życie wspólnych podstawowych standardów dotyczących bezpieczeństwa lotnictwa w Unii Europejskiej. Rozporządzenie jest najodpowiedniejszym instrumentem w tym celu.

2. Zgodnie z rozporządzeniem […] nr 2320/2002 oraz w celu zapobiegania czynom bezprawnym środki ustanowione w załączniku do niniejszego rozporządzenia powinny być tajne i niepublikowane".

21. Artykuł 1 stanowi, że rozporządzenie ustanawia niezbędne środki w celu wprowadzenia w życie i technicznego dostosowania wspólnych podstawowych standardów dotyczących bezpieczeństwa lotnictwa, jakie mają być włączone do krajowych programów bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego.

22. Artykuł 3 zawiera postanowienia dotyczące poufności. Wskazuje, że „środki określone w art. 1 są określone w załączniku do niniejszego rozporządzenia. Środki te są tajne i nie można ich opublikować. Są udostępnione tylko osobom należycie upoważnionym przez państwo członkowskie lub Komisję".

23. Każde z późniejszych rozporządzeń zmieniających załącznik do rozporządzenia nr 622/2003, z wyjątkiem rozporządzenia nr 1477/2007 [8], zawiera artykuł stanowiący, że „załącznik do rozporządzenia (WE) nr 622/2003 został zmieniony zgodnie z załącznikiem do niniejszego rozporządzenia. Artykuł 3 tego rozporządzenia będzie miał zastosowanie, jeśli chodzi o poufny charakter niniejszego [9] załącznika" [10].

24. Rozporządzenie nr 68/2004 [11], pierwsze rozporządzenie zmieniające załącznik do

8 — Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1477/2007 z dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.U. L 329, s. 22).

9 — „Załącznik" do rozporządzenia Komisji (WE) nr 68/2004 z dnia 15 stycznia 2004 r. (Dz.U. L 10, s. 14).

10 — Motyw 6 rozporządzenia nr 1477/2007 stanowi: „Zgodnie z art. 8 ust. 1 rozporządzenia (WE) nr 2320/2002 środki ustanowione w niniejszym rozporządzeniu zostały uznane za środki, które są tajne i nie są publikowane". Zdanie drugie art. 1 odpowiednio stanowi, że art. 3 rozporządzenia nr 622/2003 *nie* ma zastosowania w odniesieniu do poufnego charakteru „załącznika". Załącznik do rozporządzenia został właściwie opublikowany i ma następujące brzmienie: „załącznik 3 otrzymuje brzmienie: »Załącznik 3[.] Republika Singapuru, Lotnisko Changi«". Skoro sprzecznie z zapewnieniem Komisji udzielonym na rozprawie pozostała część załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (ze zmianami) pozostaje nieopublikowana, stwierdzenie zawarte w załączniku do rozporządzenia nr 1477/2007 można najlepiej określić metodą delficką.

11 — Jest to rozporządzenie, które sąd krajowy uznał za istotne dla sprawy. W trakcie rozprawy okazało się, że było to spowodowane tym, że modyfikacje wprowadzone przez późniejsze rozporządzenie zmieniające [rozporządzenie Komisji (WE) nr 857/2005 z dnia 6 czerwca 2005 r. (Dz.U. L 143, s. 9), ostatnią zmianę przed zdarzeniem, które leży u podstaw odesłania] nie zmieniły wykazu przedmiotów zakazanych zawartego w załączniku do rozporządzenia nr 622/2003. W pozostałej części niniejszej opinii będę odnosiła się po prostu do „rozporządzenia nr 622/2003 (ze zmianami)" w celu określenia wersji rozporządzenia nr 622/2003 mającej zastosowanie w czasie wystąpienia spornych zdarzeń. Skoro załączniki do wszystkich kolejnych rozporządzeń nie zostały opublikowane (podobnie jak pierwotny załącznik do rozporządzenia nr 622/2003), nie byłam w stanie zweryfikować, czy lista przedmiotów zakazanych została zmieniona od czasu wersji stworzonej przez załącznik do rozporządzenia nr 68/2004.

rozporządzenia nr 622/2003, zawiera odpowiednio następujące motywy:

„2) Zgodnie z rozporządzeniem nr 2320/2002 oraz aby zapobiec aktom bezprawnej ingerencji, środki określone w załączniku do rozporządzenia (WE) nr 622/2003 powinny zostać tajne i niepublikowane. Ta sama zasada bezwzględnie dotyczy wszystkich aktów zmieniających [12].

3) Niemniej jednak istnieje potrzeba ustanowienia zharmonizowanej, powszechnie dostępnej listy ustanawiającej oddzielnie te przedmioty, które są zabronione do wnoszenia przez pasażerów do stref zastrzeżonych oraz na pokład statku powietrznego, oraz te artykuły, które są zabronione do wnoszenia z zamiarem ich umieszczenia w luku bagażowym statku powietrznego.

4) Rozumie się, iż taka lista nie stanowi katalogu zamkniętego. Jednak odpowiedni organ powinien być uprawniony do zabronienia wnoszenia również innych artykułów w uzupełnieniu do przedmiotów umieszczonych na tej liście. Jest wskazanym, aby pasażerowie przed [kontrolą] oraz w trakcie kontroli bezpieczeństwa byli wyraźnie informowani o wszystkich zabronionych przedmiotach".

25. Pomimo treści motywów trzeciego i czwartego opublikowany tekst rozporządzenia nr 68/2004 nie zawierał powszechnie dostępnej listy przedmiotów zakazanych.

26. Kolejne rozporządzenia zmieniające załącznik do rozporządzenia nr 622/2003 nie zawierają podobnych motywów, z wyjątkiem rozporządzenia nr 1546/2006 [13], które dokonało połączenia koncepcji zawartych w motywach drugim, trzecim i czwartym do rozporządzenia nr 68/2004 w jednym motywie:

„3. Zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 2320/2002 oraz w celu zapobieżenia aktom bezprawnej ingerencji, środki ustanowione w załączniku do rozporządzenia (WE) nr 622/2003 powinny pozostać tajne i nie powinny być publikowane. Taką samą zasadę bezwzględnie stosuje się do wszelkich aktów zmieniających. Niezależnie od powyższego pasażerowie są wyraźnie informowani o przepisach dotyczących przedmiotów, których przewóz statkiem powietrznym jest zabroniony".

12 — Nieco inne brzmienie, jednakże mające takie same skutki, zostało zastosowane w motywie trzecim rozporządzenia Komisji (WE) nr 437/2007 z dnia 20 kwietnia 2007 r. (Dz.U. L 104, s. 16) oraz w motywie szóstym rozporządzenia Komisji (WE) nr 915/2007 (Dz.U. L 200, s. 3). „Zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 2320 środki ustanowione w załączniku do rozporządzenia (WE) nr 622/2003 zostały sklasyfikowane i nie zostały opublikowane. Ma to zastosowanie do każdego aktu zmieniającego".

13 — Rozporządzenie z dnia 4 października 2006 r. (Dz.U. L 286, s. 6).

27. Pomimo tego motywu opublikowany tekst rozporządzenia nr 1546/2006 (podobnie jak rozporządzenia go poprzedzające) nie zawierał powszechnie dostępnej listy zakazanych produktów [14].

Wytyczne dotyczące jakości prawodawstwa wspólnotowego

28. W dniu 22 grudnia 1998 r. Parlament Europejski, Rada oraz Komisja zawarły Porozumienie międzyinstytucjonalne w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego [15]. Wytyczne te nie są prawnie wiążące [16]. Wśród zasad ogólnych, które zawierają, znajdują się następujące zasady:

„1. Wspólnotowe akty prawne są sporządzane jasno, prosto i precyzyjnie.

[…]

3. Sporządzanie aktów uwzględnia osoby, do których mają one mieć zastosowanie, w celu umożliwienia im jednoznacznego określenia ich praw i obowiązków, oraz osoby odpowiedzialne za wprowadzanie aktów w życie.

[…]

10. Celem motywów jest zwięzłe określenie uzasadnienia głównych przepisów […]. Nie zawierają one przepisów normatywnych […] [17].

22. Techniczne aspekty aktu znajdują się w załącznikach, do których dokonuje się poszczególnych odniesień w części normatywnej i które nie zawierają żadnych nowych praw lub obowiązków nieokreślonych w części normatywnej”.

14 — Możliwe, że biorąc pod uwagę ten motyw, lista przedmiotów zakazanych została zmodyfikowana przez załącznik do rozporządzenia (WE) nr 1546/2006. Nie byłam w stanie zweryfikować, czy miało to miejsce.

15 — (Dz.U. C 73, s. 1) „porozumienie międzyinstytucjonalne dotyczące jakości prawa wspólnotowego”.

16 — Zobacz motyw 7.

17 — Zobacz również wyrok z dnia 12 lipca 2005 r. w sprawach połączonych C-154/04 i 155/04 Alliance for Natural Health, Zb.Orz. s. I-6451, pkt 92, który odnosi się do porozumienia międzyinstytucjonalnego.

Postępowanie przed sądem krajowym oraz pytania prejudycjalne

29. W dniu 25 września 2005 r. po odprawie G. Heinrich poddał się kontroli bezpieczeństwa na lotnisku Wiedeń-Schwechat, w trakcie której stwierdzono, że w jego bagażu podręcznym znajdują się rakiety tenisowe. Z uwagi na zarzut, że stanowią one przedmioty zakazane [18], odmówiono mu przejścia przez punkt kontroli bezpieczeństwa. Pomimo tego okazało się, że wsiadł on do samolotu z rakietami tenisowymi w bagażu podręcznym [19]. W następstwie tego ochrona zażądała, aby opuścił samolot.

30. G. Heinrich wszczął postępowanie przed sądem krajowym, który wskazuje, że osoby wnoszące przedmioty zakazane wymienione w załączniku do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) nie mogą przejść przez punkt kontroli bezpieczeństwa ani wsiąść na pokład samolotu. W przypadku naruszeń tych przepisów art. 12 rozporządzenia nr 2320/2002 przewiduje „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające kary". Zatem uważa on, że adresatem przepisów załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) nie są wyłącznie organy państwowe, ale również jednostki, które powinny dostosować swe zachowanie do rozporządzenia. Niemniej jednak nie mają takiej możliwości ze względu na okoliczność, iż załącznik do rozporządzenia nr 622/2003 zmieniony rozporządzeniem nr 68/2004 nie jest opublikowany w Dzienniku Urzędowym, a zatem nie jest publicznie dostępny.

31. Sąd krajowy uważa, że nieopublikowanie rozporządzeń (lub ich fragmentów) w Dzienniku Urzędowym wbrew wymogowi określonemu w art. 254 ust. 1 i 2 WE, stanowi na tyle ciężkie naruszenie zasad państwa prawa, że rozporządzenia takie są prawnie nieistniejące i w związku z tym nie posiadają mocy wiążącej. Nawiązuje do art. 42 Europejskiej Karty Praw Podstawowych, podkreślając znaczenie „dostępu do prawa".

32. Sąd krajowy uważa również, że nie można powoływać się na rozporządzenie w sprawie publicznego dostępu do dokumentów w celu ograniczenia dostępu do aktów, które są prawnie wiążące wobec jednostek, a które między innymi z tej przyczyny powinny być publikowane w Dzienniku Urzędowym.

18 — Rakiety tenisowe nie są wymienione jako takie w (opublikowanym) załączniku do rozporządzenia nr 2320/2002, choć ppkt (iii), (vi) oraz (vii) mogłyby wskazywać, iż możliwe byłoby wykorzystanie ich jako broni i w związku z tym powinny być ewentualnie również zabronione.

19 — Nie wyrażam żadnych poglądów co do tego, czy działanie G. Heinricha polegające na wejściu na pokład samolotu po tym, jak został zatrzymany w punkcie kontroli bezpieczeństwa, stanowiło odrębny czyn (obciążający), czy też należy uznawać je za część ogólnego pytania, czy wolno mu było wejść do samolotu z rakietami tenisowymi. Stanowi to kwestię do rozstrzygnięcia przez sąd krajowy.

33. W związku z tym sąd krajowy postanowił przedłożyć następujące pytania prejudycjalne do Trybunału:

„1. Czy dokumentami w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji są również akty, które wymagają publikacji w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej* na podstawie art. 254 WE?

2. Czy rozporządzenia lub fragmenty rozporządzeń mają moc wiążącą, jeżeli wbrew wymogowi określonemu w art. 254 ust. 2 WE nie zostały opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*?".

34. Uwagi na piśmie złożyły rządy: czeski, fiński, francuski, niemiecki, grecki, węgierski, polski i szwedzki oraz Rada i Komisja.

35. Na rozprawie, która odbyła się w dniu 13 listopada 2007 r., strony, które przedłożyły uwagi na piśmie (z wyjątkiem rządów: francuskiego, niemieckiego i węgierskiego), a ponadto rządy: austriacki, duński i brytyjski oraz Parlament Europejski, wzięły udział w rozprawie i wygłosiły swoje uwagi [20].

W przedmiocie dopuszczalności

36. Różne państwa członkowskie zasugerowały, z rozmaitych przyczyn, które częściowo się pokrywały, że odesłanie jest niedopuszczalne w całości lub części.

37. Rządy: francuski, niemiecki i Zjednoczonego Królestwa podniosły, że skoro sąd krajowy nie określa ani warunków, w jakich G. Heinrich wniósł roszczenie, ani celu powództwa, niemożliwe jest ustalenie, czy odpowiedź na przedłożone pytania jest niezbędna w celu rozstrzygnięcia sprawy przed sądem krajowym. Rząd francuski sugeruje ponadto, że pytanie pierwsze jest niedopuszczalne, gdyż stosowanie rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów nie wchodzi w zakres jurysdykcji sądów krajowych, natomiast pytanie drugie jest niedopuszczalne z uwagi na to, że organy austriackie w każdym razie miały prawo

20 — G. Heinrich był obecny na rozprawie, jednakże nie miał przedstawiciela i nie przedłożył uwag.

zakazać wniesienia przedmiotów na pokład samolotu. Sąd krajowy nie zadał jedynego pytania mającego znaczenie dla sprawy, a mianowicie, czy odpowiednie uregulowania krajowe są zgodne z rozporządzeniem nr 2320/2002. Rząd niemiecki utrzymuje, że podstawy prawnej kwestionowanych środków należy szukać w prawie austriackim, a nie w uregulowaniach przywołanych przez sąd krajowy, który nie wyjaśnił, w jaki sposób uznanie tych uregulowań za nieważne mogłoby wpłynąć na ważność odpowiednich uregulowań krajowych.

38. Rząd szwedzki w sposób wyraźny nie zakwestionował dopuszczalności wniosku, niemniej jednak zastanawia się, czy nieopublikowanie załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) miało bezpośredni związek z tym, czy G. Heinrich mógł upewnić się co do swych obowiązków prawnych. Na rozprawie rząd Zjednoczonego Królestwa miał również wątpliwości, czy nieopublikowanie załącznika ma znaczenie dla wyniku postępowania krajowego. Zasugerował, że G. Heinrich powinien mieć możliwość uzyskania niezbędnych informacji z internetu, szczególnie z komunikatów prasowych Komisji [21] lub ze stron internetowych lotniska i linii lotniczych, zaznaczając, że lista zakazanych przedmiotów była podana na stronach internetowych austriackich linii lotniczych Austrian Airlines [22].

39. Należy zbadać te argumenty.

40. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem konieczność dokonania takiej wykładni prawa wspólnotowego, która będzie użyteczna dla sądu krajowego, nakłada na ten sąd obowiązek zakreślenia ram faktycznych i prawnych, w które wpisują się zadane przez niego pytania, lub przynajmniej wyjaśnienia ustaleń faktycznych, na których pytania te są oparte [23].

41. Informacje zawarte w postanowieniach odsyłających powinny również umożliwić rządom państw członkowskich oraz innym zainteresowanym stronom przedstawienie uwag zgodnie z art. 23 Statutu Trybunału Sprawiedliwości. Obowiązkiem Trybunału jest czuwanie, aby ta możliwość była zachowana, mając na uwadze, że na mocy wymienionego postanowienia zainteresowanym stronom doręczane są jedynie postanowienia odsyłające [24].

42. Prawdą jest, że postanowienie odsyłające nie określa w sposób wyraźny celu wszczęcia postępowania przez G. Heinricha. Jednakże osnowa wniesionej przez niego skargi jest wyraźna. G. Heinrich twierdzi, iż nie został poinformowany, że rakiety tenisowe stano-

21 — Komunikat prasowy Komisji IP/04/59 z dnia 16 stycznia 2004 r. dostępny na stronie internetowej pod adresem http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/59&format=HTML&aged=1&language=FR&guiLanguage=en. Rakiety tenisowe *nie* figurują na tej liście jako przedmioty zakazane. Jednakże bez tekstu nieopublikowanego załącznika nie ma możliwości dowiedzieć się, czy lista zawarta w komunikacie prasowym dokładnie odzwierciedla listę przedmiotów zakazanych zawartą w tym załączniku.

22 — Z akt sądu krajowego wynika jednak, że G. Heinrich nie leciał liniami Austrain Airlines.

23 — Zobacz wyrok z dnia 23 marca 2006 r. w sprawie C-237/04 Enirisorse, Zb.Orz. s. I-2843, pkt 17 oraz cytowane tam orzecznictwo.

24 — Zobacz ww. w przypisie 23 wyrok w sprawie Enirisorse, pkt 18 oraz cytowane tam orzecznictwo.

wiły przedmioty zakazane w bagażu podręcznym i że naraziłby się na sankcje (i odmówiono by mu wejścia na pokład samolotu) w przypadku próby wniesienia ich do samolotu. Utrzymuje, że agenci ochrony, którzy weszli na pokład samolotu i zażądali opuszczenia go przez niego, działali zatem niezgodnie z prawem [25].

43. Z akt sądu krajowego wynika, że organy krajowe, zarówno w korespondencji e-mailowej z G. Heinrichem, jak i przed sądem krajowym, powoływały się na prawo wspólnotowe w kształcie rozporządzenia nr 2320/2002 oraz 622/2003 (z późn. zmianami) jako podstawę klasyfikacji (zgodnie z prawem krajowym) rakiet tenisowych jako przedmiotów zakazanych [26].

44. Zatem przed sądem krajowym G. Heinrich podniósł okoliczność, iż załącznik do rozporządzenia nr 622/2003 (zmieniony rozporządzeniem nr 68/2004) nie został opublikowany.

45. Z uwag pisemnych i ustnych podniesionych przed Trybunałem wynika, że informacje zawarte w odesłaniu umożliwiły stronom przedłożenie odpowiednich uwag w przedmiocie przedłożonych pytań [27]. Odpowiednie elementy dodatkowych informacji dostępnych z akt sądu krajowego zostały streszczone w sprawozdaniu na rozprawę, a zatem zostały podane do informacji stron dla celów rozprawy, na której miały one możliwość uzupełnienia swych uwag [28].

46. Uważam, że sąd krajowy spełnił swój obowiązek przedłożenia Trybunałowi wystarczających materiałów dotyczących kontekstu faktycznego i prawnego sporu w celu umożliwienia mu dokonania wykładni przedmiotowego prawodawstwa wspólnotowego w kontekście sytuacji stanowiącej przedmiot postępowania przed sądem krajowym. Zatem wniosek nie powinien być uznany za niedopuszczalny z tego powodu [29].

47. Jeśli chodzi o znaczenie przedstawionych pytań dla sprawy, to z utrwalonego orzecznictwa wynika, że w ramach mechanizmu współpracy, jakim jest postępowanie ustanowione w art. 234 WE, wyłącznie do sądu krajowego, przed którym toczy się spór i który wobec tego musi przyjąć na siebie odpowiedzialność za orzeczenie, które ma zostać wydane, należy ocena, w świetle konkretnych okoliczności sprawy, zarówno niezbędności orzeczenia prejudycjalnego do wydania orze-

25 — Sam G. Heinrich nie złożył uwag na piśmie ani nie przedstawił uwag ustnych. Okoliczności stanowiące przedmiot zarzutów w jego uwagach na piśmie złożonych w postępowaniu krajowym (które włączone zostały do akt sądu krajowego złożonych w sekretariacie) w przypadku uznania za udowodnione przez sąd krajowy niemniej jednak wskazywałby na znaczący brak pewności prawa.

26 — Nie przedłożono żadnego pytania w kwestii wykładni lub obowiązywania rozporządzenia nr 2320/2002.

27 — Wyrok z dnia 21 września 2000 r. w sprawie C-109/99 ABBOI, Rec. s. I-7247, pkt 44.

28 — Zobacz również ww. w przypisie 27 wyrok w sprawie ABBOI, pkt 45 oraz cytowane tam orzecznictwo.

29 — Ponownie zob. ww. w przypisie 27 wyrok w sprawie ABBOI, pkt 46 i 47.

czenia, jak i znaczenia pytań skierowanych do Trybunału dla sprawy. W związku z tym jeśli przedstawione pytania dotyczą wykładni prawa wspólnotowego, Trybunał jest co do zasady zobowiązany do wydania orzeczenia [30]. Zatem pytania dotyczące wykładni prawa wspólnotowego korzystają z domniemania posiadania znaczenia dla sprawy [31].

48. Prawdą jest, że w wyjątkowych okolicznościach Trybunał celem zbadania swojej właściwości bada okoliczności, w których sprawa została skierowana przez sąd krajowy. Jednakże Trybunał może odmówić orzekania w kwestii pytania prejudycjalnego przedłożonego przez sąd krajowy tylko wtedy, gdy jest całkiem oczywiste, że wykładnia prawa wspólnotowego, o którą wniesiono, nie ma związku ze stanem faktycznym lub przedmiotem postępowania przed sądem krajowym, gdy problem ma charakter hipotetyczny lub gdy Trybunał nie dysponuje okolicznościami faktycznymi lub prawnymi koniecznymi do udzielenia użytecznej odpowiedzi na przedłożone mu pytania [32].

49. Pytanie pierwsze powstało z uwagi na to, że sąd krajowy uważa, że nieopublikowanie załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) opiera się na art. 8 rozporządzenia nr 2320/2002, który przewiduje niepublikowanie pewnych kategorii środków bezpieczeństwa lotnictwa, jednakże „bez uszczerbku" dla publicznego prawa dostępu do dokumentów, jak ustanowiono w rozporządzeniu. Sąd krajowy zastanawia się, czy można się na to powoływać, aby uzasadnić nieopublikowanie dokumentów, których publikację wyraźnie przewiduje traktat. Zatem sąd krajowy domaga się wskazówek dotyczących wykładni rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów w celu rozstrzygnięcia sprawy przed nim zawisłej.

50. Pytanie drugie odzwierciedla wątpliwości sądu krajowego co do mocy wiążącej przepisów prawa wspólnotowego, które nie zostały opublikowane, lecz jednak jego zdaniem nakładają obowiązki na jednostki. Moim zdaniem koncepcja „mocy wiążącej" wymaga zbadania zarówno tego, czy rozporządzenie nr 622/2003 nakłada obowiązki na jednostki, jak i tego, czy jest ważne, bądź też nawet czy istnieje w sensie prawnym. W związku z tym sąd krajowy, zgodnie z obowiązkami ciążącymi na nim na podstawie wyroku w sprawie Foto-Frost [33], postanowił przedłożyć drugie pytanie prejudycjalne do Trybunału.

30 — Zobacz m.in. wyroki z dnia 18 lipca 2007 r. w sprawie C-119/05 Lucchini Siderurgica, Zb.Orz. s. I-6199, pkt 43 oraz cytowane tam orzecznictwo, i z dnia 15 listopada 2007 r. w sprawie C-162/06 International Mail Spain, Zb.Orz. s. I-9911, pkt 23.

31 — Zobacz m.in. wyroki: z dnia 7 września 1999 r. w sprawie C-355/97 Beck and Bergdorf, Rec. s. I-4977, pkt 22–24; z dnia 5 grudnia 2006 r. w sprawach połączonych C-94/04 i C-202/04 Cipolla, Zb.Orz. s. I-11421, pkt 25, oraz z dnia 8 listopada 2007 r. w sprawie C-379/05 Amutra, Zb.Orz. s. I-9569, pkt 64.

32 — Zobacz ww. w przypisie 31 wyrok w sprawie Amutra, pkt 64 oraz cytowane tam orzecznictwo.

33 — Wyrok z dnia 22 października 1987 r. w sprawie 314/85 Foto-Frost, Rec. s. 4199, pkt 17–20, ustanawiający zasadę, że jedynie Trybunał może orzekać o nieważności przepisu wspólnotowego.

51. Trybunał nie miał wglądu do niepublikowanego załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami), podobnie jak, według moich ustaleń, sąd krajowy. Zatem żaden z tych sądów nie może stwierdzić, czy rakiety tenisowe zostały konkretnie wymienione na liście przedmiotów zakazanych zawartej w tym załączniku lub czy istnieją inne przepisy nieobligatoryjne lub obligatoryjne w innym miejscu załącznika, które mogłyby mieć znaczenie dla wyniku niniejszej sprawy [34]. Zatem żaden z tych sądów nie może ustalić z pewnością, czy rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) nakłada w załączniku obowiązki na jednostki, a jeśli tak, jaka może być ich dokładna treść.

52. Jednak jak wykazałem, istotą tej sprawy jest to, że jak się okazuje, organy krajowe powoływały się przed sądem krajowym na niepublikowane przepisy wspólnotowe, które są ewentualnie nieważne lub nieistniejące, *ponieważ* nie zostały opublikowane. Trybunał może zbadać, czy nieopublikowanie powoduje takie konsekwencje prawne bez badania treści załącznika. Jeśli dojdzie do wniosku, że przepisy wspólnotowe są nieważne lub nieistniejące, wówczas sąd krajowy będzie odpowiednio zwolniony z konieczności badania ich treści.

34 — Okoliczność, iż Komisja opublikowała komunikat prasowy (zob. przypis 21) zawierający listę przedmiotów zakazanych (na której nie figurują rakiety tenisowe), jest interesująca, jednakże nie ma znaczenia w tym aspekcie. Niedawno Trybunał w sposób wyraźny orzekł w wyroku z dnia 11 grudnia 2007 r. w sprawie C-161/06 Skoma-Lux, Zb.Orz. s. I-10841, pkt 47–50, że „publikacja" rozporządzenia na stronie internetowej EUR-Lex nie wyczerpuje warunków art. 254 WE (zob. pkt 88 i 89 niniejszej opinii). A fortiori publikacji w drodze komunikatu prasowego w ograniczonej liczbie języków oficjalnych Unii (angielski, francuski i niemiecki) nie można uznać za adekwatną ani zapewniającą poszanowanie pewności prawa.

53. Z powyższego wynika, że pytania prejudycjalne są dopuszczalne.

Co do istoty

Uwagi wstępne

54. Traktat WE przewiduje publikację lub doręczenie aktów, które mają wywoływać skutki prawne, oraz prawo dostępu do dokumentów instytucji wspólnotowych. Traktat reguluje te odrębne kwestie w dwóch kolejnych przepisach, które się uzupełniają.

55. Artykuł 254 WE ustanawia zasady powiadamiania o aktach wspólnotowych podmiotów, których akty te dotyczą, i zapewnia właściwy stopień obligatoryjnego poinformowania — czy to przez publikację w Dzienniku Urzędowym, czy też doręczenie — o aktach prawnie wiążących. Akty prawne wymienione w art. 254 ust. 1 i 2 WE podlegają obligatoryjnej publikacji w Dzienniku Urzędowym, tak by jak najszersze grono odbiorców poznało ich treść. Akty prawne o mniejszej doniosłości społecznej wymienione w art. 254 ust. 3 WE — dyrektywy inne niż te skierowane do wszystkich państw członkowskich oraz decyzje — podlegają obligatoryjnemu doręczeniu ich adresatom, lecz nie są automatycznie podawane do

publicznej wiadomości poprzez publikację w Dzienniku Urzędowym.

56. Jeśli w interesie przejrzystości i bardziej otwartej administracji uzna się za pożądane publiczne udostępnienie danych kategorii dokumentów *nieobjętych* wymogami obligatoryjnej publikacji zawartymi w art. 254 ust. 1 i 2, to należy zastosować inne (dodatkowe) mechanizmy.

57. Artykuł 255 wyjaśnia, że tak właśnie powinno być. Ustanawia on zasadę, w myśl której „każdy obywatel Unii i każda osoba fizyczna lub prawna mająca miejsce zamieszkania lub siedzibę w państwie członkowskim ma prawo dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji", oraz przyznaje niezbędne kompetencje Radzie i każdej instytucji do opracowania odpowiednio zasad ogólnych i przepisów szczególnych regulujących taki dostęp.

58. Rozporządzenie w sprawie publicznego dostępu do dokumentów właściwie ustanawia „zasady ogólne i ograniczenia, które z uwagi na interes publiczny lub prywatny regulują korzystanie z tego prawa dostępu do dokumentów" [35]. Dokonując tego, opiera się w sposób wyraźny na art. 255 WE [36] oraz podąża za wskazaniami strukturalnymi widniejącymi w tym artykule traktatu. Zatem po pierwsze, definiuje cel, którym jest zapewnienie „możliwie najszerszego dostępu do dokumentów", wprowadzenie zasad przewidujących „możliwie najprostsze wykonywanie tego prawa" oraz „promowanie dobrej praktyki administracyjnej dotyczącej dostępu do dokumentów" [37]. Może to oznaczać jedynie dostęp do czegoś, co w przeciwnym razie *nie* byłoby powszechne. Prawo wtórne uchwalone na podstawie art. 255 WE nie jest konieczne do uzyskania „dostępu" do dokumentu, który podlega obowiązkowej publikacji w Dzienniku Urzędowym na podstawie art. 254 ust. 1 i 2 WE [38].

59. Zatem obowiązek publikowania rozporządzeń wyraźnie wynika bezpośrednio z art. 254 ust. 1 i 2 WE. Ma to miejsce bez względu na to, czy tekst rozporządzenia (zazwyczaj w formie papierowej lub elektronicznej) [39] może być uznany za „dokument" dla celów rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów.

60. Zatem wydaje się właściwe rozpatrzenie przedłożonych pytań w odwróconym porządku.

35 — Artykuł 255 ust. 2 WE.

36 — Zobacz podstawę prawną przytoczoną w motywie czwartym oraz art. 1 lit. a).

37 — Odpowiednio art. 1 lit. a), b) i c).

38 — Porównaj postanowienie Sądu Pierwszej Instancji z dnia 27 października 1999 r. w sprawie T-106/99 Meyer przeciwko Komisji, Rec. s. II-3273: „Decyzja 94/90 [poprzedzająca rozporządzenie w sprawie publicznego dostępu do dokumentów] nie ma na celu publicznego udostępniania dokumentów — w drodze ustanowienia prawa dostępu, którego przestrzegać musi Komisja — które są już publicznie dostępne z tytułu ich publikacji w Dzienniku Urzędowym" (pkt 39).

39 — Co do nieadekwatności publikacji w formie elektronicznej zob. ww. w przypisie 34 wyrok w sprawie Skoma-Lux, pkt 47–50.

W przedmiocie pytania drugiego

61. Poprzez pytanie drugie sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy rozporządzenia lub ich części posiadają moc obowiązującą, jeśli z naruszeniem wymogu art. 254 ust. 2 WE nie zostaną publikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*.

Co stanowi adekwatną publikację rozporządzenia?

62. Artykuł 254 ust. 1 i 2 WE są dość jednoznaczne:

„1 Rozporządzenia są […] publikowane w [Dzienniku Urzędowym].

2. Rozporządzenia Rady i Komisji […] są publikowane w [Dzienniku Urzędowym]".

63. Z traktatu oraz z moich uwag wstępnych wynika, że obowiązek publikacji rozporządzeń na podstawie tych przepisów jest jednoznaczny i nie przewiduje wyjątków.

64. Załącznik stanowi integralną część aktu legislacyjnego. Pogląd przeciwny umożliwiłby jego autorom obejście warunków przewidzianych w art. 254 WE po prostu poprzez celowe umieszczenie istotnych przepisów w niepublikowanym załączniku. Właśnie dokładnie do tego dążyła w istocie Komisja w niniejszej sprawie. Opublikowane przepisy rozporządzenia nr 622/2003 mają jedynie charakter ramowy [40]. Czytelnik nie może się upewnić co do skutków rozporządzenia, nie mając wglądu do załącznika, gdyż to w załączniku znajduje się meritum rozporządzenia [41].

65. Rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) jest niezwykle lakoniczne, jeśli chodzi o wyjaśnienie, dlaczego deklarując

40 — Obejmują one kolejno cel rozporządzenia (art. 1), dwie definicje (art. 2), odwołanie do załącznika, względem którego wnioskowano o zastosowanie poufności (art. 3), przepis uprawniający do wykorzystania nowych metod i procesów technicznych (art. 3a), wymóg powiadomienia, jeśli zgodnie z art. 4 ust. 3 rozporządzenia nr 2320/2002 państwa członkowskie stosują do małych lotnisk zamiast środków przewidzianych w rozporządzeniu krajowe środki bezpieczeństwa (art. 4), podobny wymóg powiadomienia, tam gdzie stosowane są środki wyrównawcze, ponieważ fizycznie nie można oddzielić sprawdzonych pasażerów od pasażerów przylatujących (art. 5) oraz standardowy przepis określający datę wejścia w życie oraz bezpośrednie stosowanie (art. 6).

41 — A zatem „niezbędne środki w celu wprowadzenia w życie i technicznego dostosowania wspólnych podstawowych standardów dotyczących bezpieczeństwa lotnictwa, jakie mają być włączone do krajowych programów bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego", zob. art. 1, do którego odsyła art. 3. Przyjęta technika wydaje się stanowić wyraźne naruszenie pkt 22 porozumienia międzyinstytucjonalnego w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego, które sprzeciwia się temu, aby załącznik zawierał nowe prawa lub obowiązki nieokreślone w części normatywnej.

stanowienie w drodze rozporządzenia, zamieszcza istotne informacje nie w części normatywnej, a w nieopublikowanym załączniku. Jego motywy stwierdzają wprost, że „rozporządzenie jest najodpowiedniejszym instrumentem” [42] do przyjęcia przez Komisję środków w celu wprowadzenia w życie wspólnych norm podstawowych w zakresie środków bezpieczeństwa lotnictwa w całej Unii Europejskiej, bez wyjaśniania przyczyn. Uzasadnienie umieszczenia wszystkich istotnych treści w niepublikowanym załączniku jest podobnie zwięzłe, a mianowicie stwierdza się, że następuje to „zgodnie z rozporządzeniem […] nr 2320/2002 oraz w celu zapobiegania czynom bezprawnym” [43]. Trudno jest pogodzić to z którąkolwiek z wytycznych zawartych w porozumieniu międzyinstytucjonalnym w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa wspólnotowego [44]. Zatem moim zdaniem nawet bardziej pogłębiona argumentacja nie wystarczyłaby, aby wyłączyć rozporządzenie z pełnej publikacji w Dzienniku Urzędowym.

66. Jak zauważył Parlament Europejski na rozprawie, stanowisko Komisji jest fundamentalnie absurdalne. Gdyby Komisja uważała, że art. 8 rozporządzenia nr 2320/2002 wymaga od niej utrzymania w tajemnicy listy przedmiotów zakazanych, to publikacja komunikatu prasowego [45] stanowiłaby jaskrawe naruszenie tego artykułu. Gdyby, przeciwnie, Komisja uważała, że lista przedmiotów zakazanych nie mieści się w zakresie art. 8, to oczywiście powinna była opublikować ją w Dzienniku Urzędowym. Podstawowe „wytyczne” wskazujące rodzaje przedmiotów, które powinny być zakazane, istotnie pojawiają się w (opublikowanym) dodatku do (opublikowanego) załącznika do rozporządzenia nr 2320/2002. Zatem raczej trudno jest dostrzec logikę leżącą u podstaw *nieopublikowania* tego, co sprowadza się (przypuszczalnie) do pełniejszej wersji tej listy. Wreszcie zawarcie w preambule rozporządzenia nr 68/2004 stwierdzenia (moim zdaniem całkowicie prawidłowo), że „istnieje potrzeba ustanowienia zharmonizowanej, powszechnie dostępnej listy […]” [46], a następnie niepodanie takiej listy do publicznej wiadomości jest wewnętrznie sprzeczne.

67. Publikacja samych ram bez ich wypełnienia moim zdaniem stanowi publikację wadliwą i nieadekwatną, która nie spełnia wymogów art. 254 ust. 2 WE.

42 — Motyw pierwszy.

43 — Motyw drugi.

44 — Zobacz porozumienie międzyinstytucjonalne w sprawie wspólnych wytycznych dotyczących jakości prawodawstwa, pkt 1, 3 i 22. W kwestii wagi tego porozumienia zob. opinię rzecznika generalnego L. A. Geelhoeda w ww. w przypisie 17 sprawie Alliance for Natural Health, pkt 88. Konkretnie zaś *Wspólny przewodnik: wytyczne dla Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji oraz dla podmiotów biorących udział w sporządzaniu aktów prawnych w ramach instytucji wspólnotowych* (wspólny przewodnik dostępny jest na stronie internetowej pod adresem http://eur-lex.europa.eu/en/techleg/1.htm. i nast.) podobnie wskazuje na wagę udzielenia jasnego i właściwego uzasadnienia, w szczególności w odniesieniu do środków represyjnych: zob. w szczególności wytyczne w pkt 10 (szczególnie 10.14), 18 i 22 wspólnego przewodnika.

45 — Zobacz przypis 21.

46 — Motyw trzeci rozporządzenia nr 68/2004. Motyw czwarty stanowi, że „taka lista nie stanowi katalogu zamkniętego” oraz że „odpowiedni organ powinien być uprawniony do zabronienia wnoszenia również innych artykułów w uzupełnieniu do przedmiotów umieszczonych na tej liście”. Dodając bezpośrednio po tym, że „jest wskazanym, aby pasażerowie przed oraz w trakcie kontroli bezpieczeństwa byli wyraźnie informowani o wszystkich zabronionych przedmiotach”.

Konsekwencje prawne nieopublikowania rozporządzenia

— Niemożność wyegzekwowania względem jednostek nieopublikowanych przepisów

68. Jeśli Trybunał zdecyduje, odmiennie od moich sugestii [47], nie orzekać o ważności rozporządzenia, powinien jednak przypomnieć swoje utrwalone orzecznictwo, zgodnie z którym przepisy wspólnotowe, które nie zostały opublikowane, nie mogą nakładać obowiązków na obywateli.

69. Trybunał orzekał wielokrotnie, że zasada „pewności prawa" wymaga, aby przepisy wspólnotowe umożliwiały zainteresowanym stronom poznanie dokładnego zakresu obowiązków nałożonych na nie" [48] oraz że „jednostki muszą mieć możliwość jednoznacznego ustalenia swych praw i obowiązków oraz powzięcia odpowiednich kroków" [49].

47 — W pkt 78–110 poniżej.

48 — Zobacz wyroki: z dnia 1 października 1998 r. w sprawie C-209/96 Zjednoczone Królestwo przeciwko Komisji, Rec. s. I-5655, pkt 35; z dnia 20 maja 2003 r. w sprawie C-108/01 Consorzio del Prosciutto di Parma i Salumificio S. Rita, Rec. s. I-5121, pkt 89; z dnia 21 lutego 2006 r. w sprawie C-255/02 Halifax i in, Zb.Orz. s. I-1609, pkt 72 oraz z dnia 21 czerwca 2007 r. w sprawie C-158/06 Stichting ROM-projecten, Zb.Orz. s. I-5103, pkt 25.

49 — Zobacz wyroki: z dnia 13 lutego 1996 r. w sprawie C-143/93 Van Es Douane Agenten, Rec. s. I-431, pkt 27; z dnia 26 października 2006 r. w sprawie C-248/04 Koninklijke Coöperatie Cosun, Zb.Orz. s. I-10211, pkt 79. Zobacz również przykładowo wyrok z dnia 25 stycznia 1979 r. w sprawie 98/78 Racke, Rec. s. 69, pkt 15 oraz ww. w przypisie 48 wyrok w sprawie Stichting ROM-projecten, pkt 25.

70. Ani Trybunał, ani też sąd krajowy nie miał wglądu do poufnego załącznika. Zatem żaden z sądów nie może z całą pewnością stwierdzić, czy, a jeśli tak, to w jakim zakresie rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) dotyczyło G. Heinricha. Oba sądy wiedzą jedynie, że organy krajowe określiły rozporządzenie nr 622/2003 (z rozporządzeniem nr 2320/2002) jako podstawę działania polegającego na odmowie G. Heinrichowi wejścia na pokład samolotu.

71. Jeśli Trybunał zdecyduje orzec wyłącznie w kwestii, czy rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) nakłada obowiązki na jednostki, uważam, że powinien ograniczyć się do stwierdzenia in abstracto, iż poufny załącznik nie może zawierać ani stanowić źródła *jakichkolwiek* obowiązków jednostek.

72. Zarysuję pokrótce, jakie możliwości będzie miał Trybunał, jeśli zdecyduje się wykroczyć poza to abstrakcyjne stwierdzenie i zbadać, czy załącznik do rozporządzenia nr 622/2003 faktycznie miał na celu nałożenie obowiązków na jednostki.

73. Wydaje mi się, iż możliwe są trzy hipotezy co do podstawy prawnej działań podjętych przeciwko G. Heinrichowi:

a) działania te opierały się na suwerennych kompetencjach krajowych lub rozporządzeniu nr 2320/2002, którego art. 6 pozostawia swobodę państwom członkowskim. W tym przypadku rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) nie ma znaczenia w sprawie zawisłej przed sądem krajowym;

b) działania te opierały się na samych kompetencjach krajowych wynikających z załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) lub ograniczonych nim, bez którego nie byłyby one ważne. W tym przypadku zakaz wnoszenia rakiet tenisowych do samolotu dzieli los rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami);

c) działania te stanowiły bezpośrednie stosowanie przepisów załącznika. Konsekwencja zakazu dotyczącego rakiet tenisowych byłaby taka sama jak ta wskazana w lit. b).

74. Bez wglądu do nieopublikowanego załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) Trybunał nie ma możliwości dokonania uzasadnionego stwierdzenia co do tego, która z powyższych hipotez jest trafna.

75. Rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) stanowi rozporządzenie wykonawcze przyjęte przez Komisję na podstawie art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 2320/2002 zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 9 ust. 2 rozporządzenia. Należy je (przypuszczalnie) odczytywać w związku z art. 4 ust. 1 załącznika i dodatkiem do załącznika do tego rozporządzenia. Punkt 4 załącznika wymaga, aby pasażerowie posiadający przedmioty zakazane usunęli te przedmioty, w przeciwnym wypadku nie zostaną wpuszczeni odpowiednio na obszar objęty ochroną bezpieczeństwa lub na pokład samolotu. Wydaje się prawdopodobne, że faktycznej listy przedmiotów zakazanych wraz z bardziej szczegółowymi wskazówkami co do tego, co należy uznawać za przedmiot zakazany (i dlaczego), oraz jakiegokolwiek wyraźnego lub dorozumianego upoważnienia na poziomie wspólnotowym dotyczącego środków dodatkowych należałoby szukać w załączniku do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami). Artykuł 12 rozporządzenia nr 2320/2002 wymaga, aby państwa członkowskie zapewniły, by kary za naruszenie przepisów rozporządzenia były „skuteczne, proporcjonalne i odstraszające".

76. W oparciu o powyższe rozważania intuicyjnie wydaje mi się prawdopodobne, że rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) nakłada obowiązki na jednostki. Jednak są to jedynie spekulacje. Kwestię tę można by rozstrzygnąć tylko poprzez uzyskanie wglądu do załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami).

77. Zatem nie sądzę, aby Trybunał był w stanie orzec, czy załącznik do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) nakłada obowiązki na jednostki, nie żądając wglądu do załącznika oraz ponownego otwarcia procedury ustnej. Nie sugeruję, by tak uczynił.

— Ważność rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami)

78. Pytanie drugie nie porusza w sposób wyraźny kwestii ważności. Jednak postanowienie odsyłające wyjaśnia, że sąd krajowy ma poważne wątpliwości co do mocy wiążącej rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami), a także że wątpliwości te doprowadziły do wydania postanowienia [50].

79. W tych okolicznościach Trybunał może orzec co do ważności spornego aktu wspólnotowego [51]. Choć to do sądów krajowych należy rozstrzygnięcie o znaczeniu dla sprawy pytań, które przedkładają Trybunałowi, do Trybunału należy „wyodrębnienie z informacji przedłożonych przez sąd krajowy tych elementów prawa wspólnotowego, które — uwzględniając przedmiot sporu — wymagają wykładni lub których ważność wymaga oceny” [52].

80. Przechodzę zatem do rozstrzygnięcia kwestii, w jaki sposób brak publikacji rozporządzenia wpływa na jego ważność.

81. W wyroku z dnia 22 stycznia 1997 r. w sprawie Opel Austria przeciwko Radzie [53] Sąd Pierwszej Instancji orzekł, że celowe antydatowanie wydania Dziennika Urzędowego, w którym opublikowane zostało zaskarżone rozporządzenie, co skutkowało wejściem w życie rozporządzenia przed jego opublikowaniem, naruszyło zasadę pewności prawa [54]. Stwierdzona została nieważność rozporządzenia.

82. Z orzecznictwa Trybunału wynika w tym zakresie, że choć zasada pewności prawa sprzeciwia się co do zasady temu, aby termin początkowy obowiązywania aktu wspólnotowego był oznaczony na dzień poprzedzający

50 — Zobacz pkt 31 i 50 powyżej.

51 — Zobacz wyroki: z dnia 1 grudnia 1965 r. w sprawie 16/65 Schwarze, Rec. s. 877 i 886; z dnia 3 lutego 1977 r. w sprawie 62/76 Strehl, Rec. s. 211, oraz z dnia 15 października 1980 r. w sprawie 145/79 Roquette Frères, Rec. s. 2917, pkt 6 i 7.

52 — Zobacz ww. w przypisie 51 wyrok w sprawie Roquette Frères, pkt 7.

53 — Sprawa T-115/94, Rec. s. II-39.

54 — Punkty 127–133. Zobacz również pkt 124 w ogólności w kwestii zasady pewności prawa, która wymaga w szczególności, aby przepisy obejmujące negatywne konsekwencje dla jednostek były jasne i precyzyjne, a ich stosowanie przewidywalne dla podmiotów im podlegających (zob. również w tym zakresie wyroki: z dnia 15 grudnia 1987 r. w sprawie 325/85 Irlandia przeciwko Komisji, Rec. s. 5041; ww. w przypisie 49 w sprawie Van Es Douane Agenten, pkt 27; z dnia 15 lutego 1996 r. w sprawie C-63/93 Duff i in., Rec. s. I-569, pkt 20, oraz z dnia 7 czerwca 2005 r. w sprawie C-17/03 VEMW i in. Zb.Orz. s. I-4983, pkt 80).

jego publikację, jest to jednak dopuszczalne „wyjątkowo", gdy wymaga tego zamierzony cel, a uzasadnione oczekiwania zainteresowanych podmiotów zostaną właściwie zabezpieczone [55]. W konsekwencji możliwość wywierania skutków prawnych przez wspólnotowe instrumenty prawne, jeśli są one nieopublikowane, jest ograniczona [56].

83. Sprawy te dotyczyły spóźnionej publikacji [57]. Natomiast w niniejszej sprawie załącznik nigdy nie miał zostać opublikowany. Zatem wydaje się, że stwierdzenie Sądu Pierwszej Instancji z wyroku w sprawie Opel Austria przeciwko Radzie miałoby w tym przypadku zastosowanie a fortiori. Ponadto gdy Trybunał dopuszcza retroaktywność, spełnione muszą być dwa warunki: cel, który ma zostać osiągnięty, musi tego wymagać oraz uzasadnione oczekiwania muszą być odpowiednio zabezpieczone [58]. Trudno jest zrozumieć, w jaki sposób można by w niniejszym przypadku uznać którykolwiek z tych warunków za spełniony.

84. Wyrok Trybunału w sprawie Sevince [59] nie daje odpowiednich wskazówek w niniejszej sprawie. W wyroku tym Trybunał orzekł, że nieopublikowanie decyzji nr 2/76 oraz 1/80 Rady Stowarzyszenia EWG — Turcja nie uniemożliwiło, aby przepisy te wywoływały skutek bezpośredni względem jednostek, które mogą się na nie powoływać [60]. Jednak ani art. 254 WE, ani układ stowarzyszeniowy EWG — Turcja [61] nie przewiduje obowiązku publikowania takich aktów [62].

85. Orzecznictwo dotyczące doręczania (indywidualnych) decyzji podmiotom, do których mają one zastosowanie, zgodnie z art. 254 ust. 3 WE może się jednak okazać pomocne, gdyż wymóg doręczenia może być postrzegany jako funkcjonalny odpowiednik wymogu publikacji zawartego w art. 254 ust. 1 i 2 WE. Istotą obu wymogów jest poinformowanie ich adresatów o zasadach prawnych zawartych w ich treści.

55 — Zobacz między innymi wyroki: z dnia 13 listopada 1990 r. w sprawie C-331/88 Fedesa i in., Rec. s. I-4023 pkt 45; z dnia 2 października 1997 r. w sprawie C-259/95 Parlament przeciwko Radzie, Rec. s. I-5303, pkt 21 oraz z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie C-413/04 Parlament przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-11221, pkt 75.

56 — Zobacz ww. w przypisie 49 wyrok w sprawie Racke, pkt 20, wyrok z dnia 25 stycznia 1979 r. w sprawie 99/78 Decker, Rec. s. 101, pkt 8 (oba dotyczyły kwot zadośćuczynienia pieniężnego w branży winiarskiej) oraz wyrok z dnia 21 lutego 1991 r. w sprawach połączonych C-143/88 i C-92/89 Zuckerfabrik, Rec. s. I-415, pkt 52 (opłata nałożona na producentów cukru za poprzedni rok obrotowy). Zobacz również „sprawę izoglukozy": wyroki z dnia 30 września 1982 r. w sprawie 108/81 Amylum przeciwko Radzie, Rec. s. 3107, z dnia 30 września 1982 r. w sprawie 110/81 Roquette Fréres przeciwko Radzie, Rec. s. 3159, oraz z dnia 30 września 1982 r. w sprawie 114/81 Tunnel Refineries przeciwko Radzie, Rec. s. 3189.

57 — Zobacz również wyrok z dnia 29 maja 1974 r. w sprawie 185/73 König, Rec. s. 607, w którym Trybunał orzekł, że spóźniona publikacja miała wpływ na datę, od której rozporządzenie mogło być stosowane i wywoływać skutki, jednakże nie na samą jego ważność (pkt 6).

58 — Zobacz podobną opinię rzecznika generalnego A. Tizzana w sprawie C-376/02 „Goed Wonen" (zakończonej wyrokiem z dnia 26 kwietnia 2005 r., Zb.Orz. s. I-3445), pkt 31 i 35, w której parafrazuje on wyroki wymienione w przypisie 55 powyżej.

59 — Wyrok z dnia 20 września 1990 r. w sprawie C-192/89, Rec. s. I-3461.

60 — Trybunał zadbał o dokonanie rozróżnienia między konsekwencjami dla państw członkowskich a konsekwencjami dla jednostki, wskazując, że „o ile brak publikacji tych decyzji może wykluczać ich stosowanie względem jednostki, o tyle nie jest ona z tego powodu pozbawiona prawa do powoływania się względem organu publicznego na prawa przyznawane jej w tych decyzjach", pkt 24.

61 — Dz.U. 1964, C 217, s. 3685 i 3686.

62 — Zobacz wyrok z dnia 23 listopada 1999 r. w sprawie C-149/96 Portugalia przeciwko Komisji, Rec. s. I-8395. Sporny w tej sprawie akt (decyzja 96/386/WE Rady z dnia 26 lutego 1996 r. dotycząca zawarcia protokołów ustaleń między Wspólnotą Europejską a Islamską Republiką Pakistanu oraz między Wspólnotą Europejską a Republiką Indii w sprawie uzgodnień w dziedzinie dostępu do rynku wyrobów włókienniczych (Dz.U. L 253, s. 47) nie miał konkretnego adresata. Zatem nie mieścił się on w kategorii aktów wymagających publikacji na podstawie art. 254 WE (odmiennie od tego, co będzie miało miejsce w świetle art. 297 traktatu w sprawie funkcjonowania Unii Europejskiej, jeśli traktat lizboński wejdzie w życie). Niemniej był to akt ewidentnie wymagający publikacji. W oparciu o powyższe ustalenia Trybunał miał w pełni rację, orzekając w pkt 54, że „spóźniona publikacja aktu wspólnotowego w *Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich* nie ma wpływu na jego ważność".

86. W wyroku w sprawie Hoechst Trybunał wyjaśnił, że „całkowity brak doręczenia nie może wywoływać innych skutków niż stwierdzenie nieistnienia lub stwierdzenie nieważności danego aktu" [tłumaczenie nieoficjalne]. Trybunał dodał, że „prawo wspólnotowe nie przyjmuje sytuacji pośredniej pomiędzy stwierdzeniem nieistnienia aktu a stwierdzeniem jego nieważności" oraz że „stwierdzenia tego nie podważa fakt, że zgodnie z art. 254 ust. 3 WE decyzje wywołują skutki z chwilą ich doręczenia i że w przypadku braku doręczenia decyzja nie wywołuje jakiegokolwiek skutku. Jeśli bowiem chodzi o doręczenie aktu jak i inne istotne wymogi proceduralne, wada jest tak poważna i oczywista, że skutkuje nieistnieniem kwestionowanego aktu bądź stanowi naruszenie istotnych wymogów proceduralnych, które może prowadzić do stwierdzenia jego nieważności" [63].

87. W wyroku w sprawie Hiszpania przeciwko Komisji [64] Trybunał orzekł, że brak doręczenia może w pewnych okolicznościach uzasadniać stwierdzenie nieważności aktu instytucji wspólnotowej [65]. Orzekając w ten sposób, Trybunał potraktował brak doręczenia nie tylko jako przeszkodę dla wejścia aktu w życie [66], lecz jako podstawową wadę mającą wpływ na jego ważność. Sądzić by można, iż podstawę intelektualną tego podejścia można bezpośrednio zastosować do przypadku nieopublikowania rozporządzenia.

88. Ostatnio w wyroku w sprawie Skoma-Lux [67] Trybunał musiał rozpatrzyć skutki prawne nieopublikowania w języku czeskim w Dzienniku Urzędowym w czasie wystąpienia okoliczności właściwych dla sprawy rozporządzenia wspólnotowego, którego naruszenie zarzucono Skoma-Lux. Orzekł on jednoznacznie, że [68] „z samego brzmienia art. 254 WE ust. 2 WE wynika, że rozporządzenie może wywoływać skutki prawne wyłącznie, jeśli zostało opublikowane w *Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej*". Gdyby je odczytać samodzielnie, stwierdzenie to mogłoby prowadzić do wniosku, że rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami), które nie zostało w pełni opublikowane, nie mogłoby wywoływać żadnych skutków prawnych. W samym wyroku w sprawie Skoma-Lux Trybunał zadbał o to, aby uniknąć takiego wniosku. Rozważał natomiast odrębnie, po pierwsze, czy na rozporządzenie to można było się powołać wobec jednostek (konkludując, że nie można) [69], a po drugie, czy niemniej rozporządzenie to było wiążące dla danych państw członkowskich z dniem ich akcesji (orzekając, iż było ono wiążące) [70]; następnie przystąpił do rozpatrzenia, po trzecie, konsekwencji, to znaczy kwestii, czy należało podważyć krajowe decyzje wydane na podstawie tego rozporządzenia, które stały się ostateczne zgodnie z właściwymi przepisami krajowymi (na co Trybunał odpowiedział przecząco, z wyjątkiem „środków administracyjnych lub […] orzeczeń sądowych, w szczególności o charakterze represyjnym, które naruszałyby prawa podstawowe") [71].

63 — Wyrok z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-227/92 P Hoechst przeciwko Komisji, Rec. s. I-4443, pkt 68, 71 i 72.

64 — Wyrok z dnia 18 czerwca 2002 r. w sprawie C-398/00, Rec. s. I-5643.

65 — W pkt 33, zob. również wyrok z dnia 2 lipca 2002 r. w sprawie T-323/00 SAT.1 przeciwko OHMI (SAT.2), Rec. s. II-2839, pkt 12, w którym Sąd Pierwszej Instancji orzekł, że w świetle przedstawionego mu stanu faktycznego nie nastąpiło faktyczne naruszenie.

66 — Zobacz wyrok z dnia 14 lipca 1972 r. w sprawie 48/69 Imperial Chemical Industries przeciwko Komisji, Rec. 619, pkt 39 i 40. Zobacz również wyrok Sądu z dnia 28 maja 1998 r. w sprawach połączonych T-78/96 i T-170/96 W przeciwko Komisji, Rec.FP. s. I-A-239 i II-745, pkt 183.

67 — Wyżej wymienionym w przypisie 34.

68 — W pkt 33.

69 — Zobacz pkt 32–51 i 60.

70 — Zobacz pkt 57–59.

71 — Zobacz pkt 67–73. Trybunał pozostawił właściwym organom krajowym ustalenie, czy warunek ten miał zastosowanie w konkretnych przypadkach.

89. Pełne niuansów podejście zaprezentowane przez Trybunał w wyroku w sprawie Skoma-Lux uzasadnia okoliczność, iż sprawa ta nie dotyczyła zupełnego braku publikacji rozporządzenia w jakimkolwiek języku, ale braku terminowej publikacji w języku urzędowym danego państwa przystępującego. Rozróżnienie pomiędzy skutkami dla państw członkowskich i jednostek wydawało się w związku z tym właściwe. Jednostki muszą mieć możliwość określenia swoich praw i obowiązków w języku urzędowym (lub w jednym z języków urzędowych) państwa członkowskiego, którego są obywatelami, a który prawdopodobnie jest ich językiem ojczystym. Jednakże państwo członkowskie znało już oraz w sposób wyraźny przyjęło dorobek wspólnotowy. Zatem racjonalne było, iż powinno być związane tym rozporządzeniem, które stanowiło część tego (opublikowanego) dorobku.

90. W niniejszej sprawie tekst załącznika nigdy nie został opublikowany. Ponadto brak publikacji nie był ani przypadkowy, ani też niezamierzony [72]. Komisja w sposób zamierzony opublikowała szereg nowych aktów (rozporządzenie nr 622/2003 oraz kolejne rozporządzenia, w tym w szczególności rozporządzenie nr 68/2004) i publikowała każde po kolei jedynie w części, utrzymując (zasadniczy) załącznik w tajemnicy. Innymi słowy istniała spójna i zamierzona praktyka niepublikowania.

91. Stwierdzam zatem, że całkowity brak publikacji rozporządzenia lub jego integralnej części z naruszeniem art. 254 WE stanowi naruszenie istotnego wymogu proceduralnego skutkującego w rezultacie co najmniej nieważnością.

72 — Zobacz pkt 113 poniżej.

— Ograniczenie w czasie

92. Jeśli Trybunał stwierdzi nieważność rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami), powstanie pytanie co do chwili, od której orzeczenie takie będzie wywoływało skutki. Na rozprawie rządy austriacki i polski oraz rząd Wielkiej Brytanii wniosły do Trybunału o stwierdzenie, iż wszystkie akty wydane na podstawie zaskarżonego rozporządzenia są ostateczne aż do chwili wydania przez Komisję nowego aktu. Jednakże nie zdołały one uzasadnić, które konsekwencje nieważności rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) uzasadniałyby ograniczenie skutku tego wyroku w czasie.

93. Prawdą jest, że Trybunał niekiedy podtrzymywał skutki nieważnych przepisów do czasu wydania nowych przepisów. W wyroku w sprawie Van Landschoot [73] Trybunał orzekł, że zaskarżone rozporządzenie było dyskryminujące w zakresie, w jakim przewidziane w nim zwolnienia od podatku nie obejmowały niektórych kategorii podmiotów wykonujących działalność gospodarczą. Bezpośrednie orzeczenie nieważności wywoływałoby taki skutek, że zanim nie zostałyby wydane nowe przepisy, wyłączone byłyby wszystkie zwolnienia. Trybunał zastosował w drodze analogii art. 174 ust. 2 traktatu EWG (obecnie art. 231 WE), zgodnie z którym Trybunał wskazuje, jakie skutki rozporzą-

73 — Wyrok z dnia 29 czerwca 1988 r. w sprawie 300/86, Rec. s. 3443.

dzenia, o którego nieważności orzekł, powinny być uważane za ostateczne [74]. Zatem stwierdził on, że do czasu wydania nowych przepisów właściwe organy były zobowiązane do dalszego stosowania zwolnienia oraz udzielenia go także podmiotom, których dotyczyła stwierdzona dyskryminacja [75].

94. Zatem grupa podmiotów uprawnionych do zwolnienia została poszerzona — skutek ten nie mógł zostać osiągnięty przez samo stwierdzenie nieważności zaskarżonego rozporządzenia [76].

95. Nie jestem przekonany, iż w niniejszej sprawie należałoby utrzymać skutki rozporządzenia nr 622/2003.

96. Stwierdzenie nieważności rozporządzenia nr 622/2003 nie narusza obowiązków już nałożonych na państwa członkowskie na podstawie rozporządzenia nr 2320/2002, polegających na podjęciu w ramach wykonywania kompetencji, które zostały im powierzone w prawie krajowym, niezbędnych środków w celu zapobiegania wnoszeniu zakazanych przedmiotów na obszar objęty ochroną bezpieczeństwa lub na pokład statku powietrznego, oraz w istocie w celu zastosowania się do innych przepisów ustanowionych lub powołanych w zakresie bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego. Dodatek do załącznika do rozporządzenia nr 2320/2002 stanowi, że „poniżej podane są wskazówki dotyczące możliwych kształtów broni i przedmiotów objętych ograniczeniami, jednakże zdrowy rozsądek powinien przeważać w ocenie, czy dany przedmiot daje powody sądzić, że może on być użyty jako broń". Na tej podstawie państwa członkowskie są w stanie zapewnić całkowicie, aby na podstawie prawa krajowego zostały przyjęte zasady służące zakazaniu wnoszenia potencjalnej broni na obszar objęty ochroną bezpieczeństwa lub na pokład statku powietrznego, zanim nie zostanie wydane nowe rozporządzenie (zawierające listę przedmiotów zakazanych), właściwie opublikowane.

97. Szczególne obowiązki nałożone już na państwa członkowskie rozporządzeniem nr 2320/2002 utwierdza bardziej ogólny obowiązek wynikający z art. 10 WE do podjęcia „wszelkich właściwych środki ogólnych lub szczególnych w celu zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z […] działań instytucji Wspólnoty" celem ułatwienia „Wspólnocie wypełniania jej zadań"

74 — Zobacz przykładowo wyroki: z dnia 10 marca 1992 r. w sprawach połączonych C-38/90 i C-151/90 Lomas i in., Rec. s. I-1781, pkt 23, oraz z dnia 8 listopada 2001 r. w sprawie C-228/99 Silos, Rec. s. I-8401, pkt 35–38.

75 — W pkt 22–24.

76 — Opinia rzecznika generalnego C. Stix-Hackl z dnia 14 marca 2006 r. w sprawie C-475/03 Banca Popolare di Cremona, Zb.Orz. s. I-9373, pkt 132–134 dostarcza użytecznego przeglądu sytuacji, w których Trybunał ograniczył w czasie skutek wyroku w trybie prejudycjalnym w przedmiocie ważności aktu wydanego przez instytucje wspólnotowe. Tytułem przykładu skargi o stwierdzenie nieważności, w następstwie której Trybunał utrzymał ważność części przepisu prawa wspólnotowego do chwili wydania nowego przepisu, zob. wyrok z dnia 18 października 2007 r. w sprawie C-299/05 Komisja przeciwko Parlamentowi i Radzie, Zb.Orz. s. I-8695, pkt 74 i 75. *W* wyroku tym zwykłe stwierdzenie nieważności wpisania brytyjskiego zasiłku na utrzymanie w przypadku niepełnosprawności („DLA") do wykazu zawartego w załączniku IIa do rozporządzenia Rady (EWG) nr 1408/71 z późn. zmianami zmusiłoby Zjednoczone Królestwo do przyznania elementu „mobilności" tego zasiłku nieokreślonej liczbie odbiorców w całej Unii Europejskiej, choć ta część zasiłku DLA stanowiła bezspornie świadczenie nieskładkowe, a zatem zgodnie z prawem mogła być wpisana do wykazu zawartego w załączniku IIa jako świadczenie niepodlegające przeniesieniu.

oraz powstrzymania się „od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrozić urzeczywistnieniu celów Wspólnoty". Z rozporządzenia nr 2320/2002 wynika jasno, jakie są te obowiązki i jak należy je wypełniać, a przy tym państwa członkowskie (oczywiście) posiadały wgląd do treści niepublikowanego załącznika do rozporządzenia nr 622/2003.

98. W okresie po przestawieniu niniejszej opinii w trakcie obrad Trybunału Komisja winna również poświęcić uwagę temu, w jaki sposób zapewnić, aby jakiekolwiek specjalne środki bezpieczeństwa lotnisk ustanowione wyłącznie w załączniku do rozporządzenia nr 622/2003 nie zostały wystawione na szwank w przypadku wydania przez Trybunał ogólnego orzeczenia w przedmiocie skutków prawnych tego rozporządzenia [77].

99. Ponadto Trybunał zawsze korzystał z możliwości ograniczenia skutku wyroku w czasie celem poszanowania wymogów pewności prawa. Jasne jest, że w niniejszej sprawie pewność prawa jednostek odnośnie do jedynego znanego elementu [78] załącznika do rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) przeciwnie, ucierpiałaby jaszcze bardziej wskutek utrzymania w mocy rozporządzenia do chwili wydania nowych przepisów całkowicie zastępujących rozporządzenie.

100. Wreszcie można by sądzić, że interes publiczny dotyczący reguł ochronnych podnoszących bezpieczeństwo lotnisk wymaga, aby Trybunał bądź to przymknął oko na wyraźne naruszenie wymogu obligatoryjnej publikacji, bądź też skorzystał ze szczególnej kompetencji w celu ostatecznego utrzymania skutków wadliwego aktu. Moim zdaniem argument ten jest fałszywy. Tak jak już wykazałam, nie ma potrzeby, aby Trybunał korzystał z tej kompetencji celem uniknięcia zagrożenia bezpieczeństwa publicznego na lotniskach. Podobne argumenty podnoszone są nierzadko w trudnych przypadkach, aby uzasadnić odstąpienie od powszechnej zasady państwa prawa — czy to poprzez zawieszenie gwarancji praw podstawowych, ograniczenie kontroli sądowej, czy też złagodzenie konsekwencji takiej kontroli. Nie ma dla nich miejsca w Unii Europejskiej, która rządzi się zasadą państwa prawa i w której Trybunał zobowiązany jest na podstawie traktatu do zapewnienia „poszanowania prawa" [79].

101. Zatem proponuję, aby wyrok w niniejszej sprawie nie był opatrzony ograniczeniem w czasie.

77 — W kwestii tego, co uczynić może Komisja, zob. pkt 111–120 poniżej.

78 — Choć treść listy przedmiotów zakazanych nie jest znana, pewne jest, że załącznik do rozporządzenia nr 622/2003 *zawiera* taką listę.

79 — Artykuł 220 WE (poprzednio art. 164). Porównaj opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura z dnia 16 stycznia 2008 r. w sprawie C-402/05 P Kadi przeciwko Radzie, pkt 35, „[…] gdy powstaje przekonanie, że zagrożenie dla bezpieczeństwa publicznego jest nadzwyczajnie poważne, występuje szczególnie silna presja prowadząca do podejmowania środków lekceważących prawa jednostki. […] [W] takich przypadkach sądy winny wypełniać swoje obowiązki w zakresie przestrzegania zasady państwa prawa ze wzmożoną czujnością".

— Czy Trybunał powinien posunąć się dalej i stwierdzić nieistnienie rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami)?

102. Sąd krajowy jest zdania, że nieopublikowanie rozporządzenia skutkuje jego nieistnieniem.

103. Trybunał kilkakrotnie orzekał, że co do zasady akty instytucji wspólnotowych korzystają z domniemania zgodności z prawem i wywołują skutki prawne do czasu ich uchylenia, stwierdzenia ich nieważności w wyniku skargi o stwierdzenie nieważności, pytania prejudycjalnego lub zarzutu niezgodności z prawem [80].

104. Wyjątkiem od tej zasady jest doktryna aktu nieistniejącego. Zgodnie z tą doktryną akty obarczone wadą, której powaga jest tak oczywista, że nie może być tolerowana przez wspólnotowy porządek prawny, uznawane są za niewywołujące żadnego, nawet tymczasowego skutku prawnego, to jest uznawane za prawnie nieistniejące. Doktryna ta służy zachowaniu równowagi pomiędzy dwoma podstawowymi i niekiedy przeciwstawnymi wymogami, które musi spełniać porządek prawny: stabilności stosunków prawnych i poszanowania zgodności z prawem [81].

105. Ze względów pewności prawa powaga skutków związanych ze stwierdzeniem nieistnienia aktu instytucji Wspólnoty wymaga, by takie stwierdzenie było ograniczone do skrajnych przypadków [82]. Część doktryny twierdzi, że nieopublikowanie rozporządzenia mieści się w tej kategorii [83].

106. Według mojej wiedzy Trybunał Sprawiedliwości tylko raz orzekł o nieistnieniu

80 — Zobacz w tym zakresie wyroki: z dnia 15 czerwca 1994 r. w sprawie C-137/92 P Komisja przeciwko BASF i in., Rec. s. I-2555, pkt 48; w ww. w przypisie 63 sprawie Hoechst, pkt 69; z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-245 P Chemie Linz przeciwko Komisji, Rec. s. I-4643, pkt 93 oraz z dnia 5 października 2004 r. w sprawie C-475/01 Komisja przeciwko Grecji, Zb.Orz. s. I-8923, pkt 18.

81 — Wyżej wymienione w przypisie 80 wyroki w sprawie Komisja przeciwko BASF i in., pkt 49; w sprawie Chemie Linz przeciwko Komisji, pkt 94; i w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 19, oraz ww. w przypisie 63 wyrok w sprawie Hoechst, pkt 70.

82 — Wyżej wymienione w przypisie 80 wyroki w sprawie Komisja przeciwko BASF i in., pkt 50; w sprawie Chemie Linz przeciwko Komisji, pkt 95; i w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 20; oraz ww. w przypisie 63 wyrok w sprawie Hoechst, pkt 76. Przypadki, w których Trybunał orzekł, że zaskarżony akt *nie* był nieistniejący, obejmują wyroki z dnia 12 lipca 1957 r. w sprawach połączonych 7/56, od 3/57 do 7/57, w sprawie Algera i in. przeciwko Zgromadzeniu Ogólnemu, Rec. s. 39 i 60; z dnia 21 lutego 1974 r. w sprawach połączonych od 15/73 do 33/73, 52/73, 53/73, od 57/73 do 109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 oraz od 135/73 do 137/73 Kortner i in. przeciwko Radzie, Komisji i Parlamentowi, Rec. s. 177, pkt 33; z dnia 26 lutego 1987 r. w sprawie 15/85 Consorzio Cooperative d'Abruzzo przeciwko Komisji, Rec. s. 1005, pkt 10 i 11 („przy czym nie ma nawet potrzeby rozpatrywania powagi wad zarzuconych przez Komisję, wystarczy stwierdzić, ze żadna z nich nie jest oczywista. Żadnej z nich nie można wykryć na podstawie tekstu decyzji"); z dnia 30 czerwca 1988 r. w sprawie 226/87 Komisja przeciwko Grecji, Rec. s. 3611, pkt 16; wyrok Trybunału z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-199/92 P Hüls przeciwko Komisji, Rec. s. I-4287, pkt 84–88; z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-200/92 P ICI przeciwko Komisji, Rec. s. I-4399, pkt 70–73; z dnia 8 lipca 1999 r. w sprawie C-235/92 P Montecatini przeciwko Komisji, Rec. s. I-4539, pkt 96–100; z dnia 30 stycznia 2002 r. w sprawie C-107/99 Włochy przeciwko Komisji, Rec. s. I-1091, pkt 45; ww. w przypisie 80 wyrok w sprawie Komisja przeciwko Grecji, pkt 18–21, oraz wyrok Sądu z dnia 25 października 2007 r. w sprawach połączonych T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 i T-98/03 SP i in. przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-4331, pkt 122.

83 — Zobacz przykładowo *Kommentar zum EU-/EG-Vertag*, red. H. Von der Groeben, J. Thiesing, C.-D. Ehlermann,, 6 Ausgabe, 2004,. vol. 4, Art. 189–314, s. 834, pkt 14.

aktu. W wyroku w sprawie Société des usines á tubes de la Sarre przeciwko Wysokiej Władzy [84]. W sprawie tej powstała kwestia, czy pismo wysłane do Wysokiej Władzy można uznać za opinię w rozumieniu art. 54 akapit czwarty traktatu EWWiS. Opinie takie muszą być między innymi uzasadnione. Pismo to nie było uzasadnione. Trybunał orzekł, że uzasadnienia opinii wymagały w sposób wyraźny art. 5, 15 i 54 EWWiS, a ponadto że stanowiło ono element podstawowy i konstytutywny. Bez uzasadnienia opinia nie mogła istnieć w sensie prawnym. Skoro akt, którego stwierdzenie nieważności było przedmiotem skargi, był prawnie nieistniejący, Trybunał uznał skargę za niedopuszczalną z uwagi na brak przedmiotu.

107. W wyroku w sprawie BASF i in. przeciwko Komisji [85] Sąd Pierwszej Instancji uznał decyzję Komisji za nieistniejącą. Trybunał obalił to orzeczenie w wyniku odwołania, ponieważ stwierdził, że powaga wad stwierdzonych przez Sąd Pierwszej Instancji w zakresie kompetencji i formy, niezależnie od tego, czy rozpatrywać je odrębnie, czy też łącznie, nie była tak oczywista, aby decyzję należało traktować jako nieistniejącą [86].

108. Wydaje mi się, że wada, którą obarczone jest rozporządzenie nr 622/2003 (z późn. zmianami) — stałe i umyślne nierespektowanie wymogów obligatoryjnego publikowania zawartych w art. 254 ust. 2 WE odnośnie do *całego* przedmiotu rozporządzenia — stanowi wadę, której powaga jest tak oczywista, że nie może być tolerowana przez wspólnotowy porządek prawny. Zatem skłaniam się ku uznaniu rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami) za nieistniejące. Wówczas kwestia ewentualnego ograniczenia wyroku w czasie przestaje mieć znaczenie.

109. Gdyby Trybunał nie chciał pójść tak daleko, jasne jest, że w każdym razie miało miejsce naruszenie istotnego wymogu proceduralnego. Zatem Trybunał winien przynajmniej stwierdzić nieważność rozporządzenia nr 622/3003 (z późn. zmianami).

110. Niezależnie od przyjętego rozwiązania jasne będzie, że nieopublikowanie rozporządzeń lub ich części — a fortiori w przypadku gdy jest umyślne — jest nie do przyjęcia w porządku prawnym Unii Europejskiej.

Co powinna była zrobić Komisja?

111. Na rozprawie zarówno Parlament Europejski, jak i Rada wyraziły pogląd, że art. 8 rozporządzenia nr 2320/2002 nie upoważnia Komisji do przyjęcia rozporządzenia wykonawczego z nieopublikowanym załącz-

84 — Wyrok z dnia 10 grudnia 1957 r. w sprawach połączonych 1/57 i 14/57, Rec. s. 201, pkt 112.

85 — Wyrok z dnia 27 lutego 1992 r. w sprawach połączonych T-79/89, T-84/89, T-85/89, T-86/89, T-89/89, T-91/89, T-92/89, T-94/89, T-96/89, T-98/89, T-102/89 i T-104/89 BASF i in. przeciwko Komisji, Rec. s. II-315.

86 — Wyżej wymieniony w przypisie 80 wyrok w sprawie Komisja przeciwko BASF i in., pkt 52.

nikiem zawierającym szczegółowe środki niezbędne do wprowadzenia w życie i przyjęcia wspólnych norm podstawowych dotyczących środków bezpieczeństwa lotnictwa. Komisja ze swej strony wskazała, że uznałaby za pomocne, gdyby Trybunał udzielił wskazówek co do tego, jaką formę instrumentów prawnych Komisja powinna zastosować celem spełnienia obowiązku podjęcia takich środków ciążącego na niej na mocy art. 4 ust. 2 rozporządzenia nr 2320/2002.

112. Choć odnoszę się krytycznie do publikacji przez Komisję rozporządzenia nr 622/2003 (z późn. zmianami), mam nieco zrozumienia dla kłopotliwej sytuacji, w której się znalazła. Zatem pragnę przedstawić następujące uwagi.

113. Artykuł 8 ust. 1 rozporządzenia nr 2320/2002 stanowi, że przepisy dotyczące funkcjonowania środków bezpieczeństwa lotniska [87] „są tajne i nie są publikowane". Stwierdza się, iż ma to miejsce „bez uszczerbku" dla rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów. Wnioskuję z tego, że ustawodawca nie przewidział, że środki takie kiedykolwiek stanowić będą część wspólnotowego aktu prawnego, który podlegałby obligatoryjnej publikacji w Dzienniku Urzędowym na podstawie art. 254 WE. Jego intencją było raczej, aby zawarte zostały w niepublikowanym dokumencie i aby dostęp do nich był możliwy wyłącznie poprzez rozporządzenie w sprawie publicznego dostępu do dokumentów (zgodnie z którym przypuszczalnie odmówiono by wówczas dostępu na tej podstawie, że dany dokument mieścił się w zakresie wyjątków wymienionych w art. 4 lub stanowił „dokument sensytywny" w rozumieniu art. 9).

114. Pragnę podkreślić, że art. 8 rozporządzenia nr 2320/2002 stanowi wyjątek od powszechnego obowiązku przejrzystości i dostępności informacji. Jako taki należy go interpretować w sposób zawężający. Wynika z tego, że jedynie te informacje, które postrzegane obiektywnie, naprawdę mieszczą się w zakresie różnych kategorii informacji tajnych określonych w art. 8 ust. 1 [88], powinny być traktowane w ten sposób. W szczególności informacje zastępujące informacje podane już do publicznej wiadomości z uwagi na to, że zostały opublikowane jako część rozporządzenia nr 2320/2002, powinny być nadal jawne.

115. Jeśli chodzi o listę przedmiotów zakazanych, jest dla mnie zupełnie jasne, że lista ta nie powinna być tajna, lecz powszechnie znana. Zarówno lista, jak i wszelkie inne środki, które postrzegane obiektywnie, nie muszą być utrzymywane w tajemnicy, powinny w związku z tym być opublikowane w Dzienniku Urzędowym jako załącznik do rozporządzenia.

87 — Są to przepisy dotyczące: a) kryteriów eksploatacyjnych i prób odbiorczych urządzeń; szczegółowych procedur zawierających informacje sensytywne oraz szczegółowych kryteriów wyłączających środki bezpieczeństwa; b) specyfikacji monitoringu zgodności, o których mowa w art. 7 ust. 1, oraz c) sprawozdania z kontroli i odpowiedzi odnośnie do monitoringu zgodności. Artykuł 8 ust. 2 i 3 również przewidują, „na ile jest to możliwe i zgodne z prawem krajowym", poufność informacji pochodzących ze sprawozdań z kontroli i odpowiedzi państw członkowskich dotyczących innego państwa członkowskiego.

88 — Zobacz przypis 87.

116. Zatem co stanowi informacje, które dotyczą rzeczywiście funkcjonowania środków bezpieczeństwa lotnisk i które w związku z tym należy utrzymać w tajemnicy?

117. Jeśli uznać, że właściwe będzie, iż wszystkie lub część takich informacji będzie zawarta w akcie prawnie wiążącym, Komisji teoretycznie przysługuje nieograniczony wybór instrumentów prawnych. Podstawą prawną rozporządzenia nr 2320/2002 jest art. 80 ust. 2 WE [89]. Choć Rada postanowiła zastosować rozporządzenie, nie była do tego zobowiązana.

118. Jednakże w praktyce ani rozporządzenie, ani dyrektywa skierowana do wszystkich państw członkowskich nie stanowią właściwego instrumentu prawnego dla informacji, które powinny być odpowiednio utrzymywane w tajemnicy. Oba rodzaje aktów podlegają obowiązkowej publikacji zgodnie z art. 254 ust. 2 WE.

119. Zatem bardziej naturalnym wyborem byłaby decyzja (w rozumieniu art. 249 WE) skierowana do wszystkich państw członkowskich. Artykuł 254 WE nie wymaga publikacji takiego aktu, lecz jedynie musi być on „notyfikowany [doręczony] adresatom” [90]. Decyzje „stają się skuteczne wraz z tą notyfikacją [tym doręczeniem]” [91]. Pragnę zauważyć, że art. 13 ust. 2 lit. c) rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów stanowi, że decyzje takie będą, „o ile to możliwe”, publikowane w Dzienniku Urzędowym. Gdyby treść decyzji miała się mieścić w art. 4 (wyjątki) lub w art. 9 (traktowanie dokumentów sensytywnych) rozporządzenia, odmowa dostępu do decyzji oraz a fortiori jej nieopublikowanie byłyby uzasadnione.

120. Komisja faktycznie przypomina w uwagach na piśmie, że przyjęła podobne rozwiązanie odnośnie do informacji poufnych i niepoufnych przy uchwalaniu rozporządzenia nr 1683/95 [92]. Opublikowany załącznik do tego rozporządzenia zawierał pewne

89 — „Rada, stanowiąc większością kwalifikowaną, może zadecydować, czy, w jakim zakresie i w jakim trybie właściwe przepisy mogą być przyjęte dla transportu morskiego i lotniczego”.

90 — Artykuł 254 ust. 3 WE.

91 — Tamże.

92 — Rozporządzenie Rady (WE) nr 1683/95 z dnia 29 maja 1995 r. ustanawiające jednolity formularz wizowy (Dz.U. L 164, s. 1) ostatnio zmienione rozporządzeniem Rady (WE) nr 1791/2006 z dnia 20 listopada 2006 r. dostosowującym niektóre rozporządzenia i decyzje w takich dziedzinach, jak swobodny przepływ towarów, swobodny przepływ osób, prawo spółek, polityka konkurencji, rolnictwo (w tym prawo weterynaryjne i fitosanitarne), polityka transportowa, opodatkowanie, statystyka, energia, środowisko naturalne, współpraca w zakresie wymiaru sprawiedliwości i spraw wewnętrznych, unia celna, stosunki zewnętrzne, wspólna polityka zagraniczna i bezpieczeństwa oraz instytucje w związku z przystąpieniem Bułgarii i Rumunii (Dz.U. L 363, s. 1).

specyfikacje dotyczące formatu wiz wydawanych przez państwa członkowskie. Artykuł 2 rozporządzenia stanowił, że dalsze techniczne specyfikacje dotyczące jednolitego formularza wizowego, które czynią wizę trudną do sfałszowania lub podrobienia, zostają ustanowione przez Komisję. Artykuł 3 przewidywał, że specyfikacje te są tajne. Zatem Komisja przyjęła decyzję wykonawczą skierowaną do wszystkich państw członkowskich, która nie została opublikowana [93]. Wydaje mi się, że Komisja może zgodnie z prawem przyjąć podobne rozwiązanie przy wykonaniu rozporządzenia nr 2320/2002 celem utrzymania w tajemnicy informacji, które obiektywnie wymagają takiej ochrony.

W przedmiocie pytania pierwszego

121. Jeśli Trybunał udzieli odpowiedzi na pytanie drugie zgodnie z moją sugestią, zbędne stanie się udzielanie odpowiedzi na pytanie pierwsze. Jednakże skoro pytanie pierwsze wywołało spory i brak porozumienia pomiędzy stronami zarówno w uwagach na piśmie, jak i ustnych [94], pragnę przedstawić następujące uwagi.

122. Poprzez pytanie pierwsze sąd krajowy zmierza do ustalenia, czy akty, które wymagają publikacji zgodnie z art. 254 WE, są „dokumentami" w rozumieniu art. 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów [95].

123. Zgodnie z celem rozporządzenia ustalonym w art. 1 [96] definicja zakresu art. 2 ust. 3 jest odpowiednio szeroka. Rozporządzenie „odnosi się do wszelkich dokumentów przechowywanych przez instytucje, to jest dokumentów sporządzanych lub otrzymywanych przez nie i pozostających w ich posiadaniu, na wszystkich obszarach działalności Unii Europejskiej". Zanim rozporządzenie w sprawie publicznego dostępu do dokumentów weszło w życie, instytucja nie była umocowana do ujawniania dokumentów pochodzących od osób trzecich, a od osoby wnioskującej o dostęp wymagano skierowania wniosku bezpośrednio do autora dokumentu (tzw. zasada autorstwa) [97]. Szeroka definicja

93 — Komisja cytuje w uwagach na piśmie niemieckich przedstawicieli doktryny, którzy uważają, że przeznaczeniem decyzji są jedynie indywidualne przypadki, zob. przykładowo *Kommentar zum EU-/EG-Vertag*, op.cit., s. 791, pkt 43. Jednakże inni autorzy prezentują pogląd odmienny, zob.: J. Bast, *On the Grammar of EU Law: Legal Instruments*, Jean Monnet Working Paper 9/03, Heidelberg 2003, s. 65 i 66, publikacja dostępna na stronie internetowej: http://jeanmonnetprogram.org/papers/03/030901-05.pdf. Zobacz również R. Greaves, The Nature and Binding Effect of Decisions under Article 189 EC, *European Law Review*, 1996, s. 3–16, który wskazuje, że decyzje skierowane do wszystkich państw członkowskich zwykle mają charakter quasi-legislacyjny. Dobrym przykładem w tym zakresie jest decyzja Rady 65/271/EWG z dnia 13 maja 1965 r. w sprawie harmonizacji niektórych przepisów. dotyczących konkurencji w ruchu drogowym, kolejowym oraz śródlądowym (Dz.U. 88, s. 1500), stanowiąca przedmiot wyroku z dnia 6 października 1970 r. w sprawie 9/70 Grad, Rec. s. 825.

94 — I tak rządy czeski, polski i fiński twierdziły, że rozporządzenie wyraźnie *nie* stanowi dokumentu w rozumieniu rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów, natomiast rządy austriacki, duński, francuski, grecki, węgierski, szwedzki i brytyjski, jak również Rada i Komisja podnosiły z równym przekonaniem, iż wyraźnie *stanowi* ono taki dokument.

95 — Zobacz pkt 49 powyżej, zwróciłam już uwagę na szerszy kontekst art. 254 oraz 255 WE, zob. pkt 54–60 powyżej.

96 — Zobacz pkt 58 powyżej.

97 — Zobacz przykładowo wyrok Sądu z dnia 26 kwietnia 2005 r. w sprawach połączonych T-110/03, T-150/03 i T-405/03 Sison przeciwko Komisji, Zb.Orz. s. II-1429, pkt 92.

zakresu art. 2 ust. 3 odwraca tę zasadę. Pod warunkiem, że dokument *znajduje się* w *posiadaniu* instytucji, można domagać się dostępu bez względu na autorstwo. Zatem instytucje mogą być zmuszone do ujawnienia dokumentów pochodzących od osób trzecich, w tym (w szczególności) państw członkowskich [98].

124. Definicja terminu „dokument" jest równie szeroka: „wszelkie treści bez względu na nośnik (zapisane na papierze, przechowywane w formie elektronicznej czy jako dźwięk, nagranie wizualne czy audiowizualne) dotyczące kwestii związanych z polityką, działalnością i decyzjami mieszczącymi się w sferze odpowiedzialności tych instytucji" [99].

125. Artykuły 4 („wyjątki") oraz 9 („traktowanie dokumentów sensytywnych") definiują granice prawa dostępu do dokumentów, wynikające z interesu prywatnego lub publicznego. Zachowują one strukturę art. 255 WE. Jako wyjątki przepisy te należy interpretować wąsko, zgodnie ze zwykłym kanonem wykładni prawa wspólnotowego [100]. Konieczność odczytywania ich w ten sposób jest uwydatniona okolicznością, że stanowią one wyjątki bezwzględne [101] od rozporządzenia, którego celem jest w pozostałym zakresie „zapewnić możliwie najszerszy dostęp do dokumentów" [102].

126. Artykuł 13 dotyczy „publikacji w Dzienniku Urzędowym". Artykuł 13 ust.1 wyjaśnia, że: „poza aktami określonymi w art. 254 ust. 1 i 2 traktatu WE" [103] następujące dokumenty „będą publikowane w Dzienniku Urzędowym zgodnie z [z zastrzeżeniem] art. 4 i 9". Wydaje mi się jasne poza wszelką wątpliwość, że ustawodawca definiuje tam niektóre dalsze kategorie tekstów (*poza* tekstami, które są publikowane na mocy art. 254 WE ust. 1 i 2) zasługujących systematycznie na szerokie rozpowszechnianie wynikające z publikacji w Dzienniku Urzędowym. Zatem kolejne kategorie dokumentów również należy, „o ile to możliwe", publikować [104].

127. Jedynie o dokumenty, które nie mieszczą się w zakresie ani art. 12, ani też art. 13, należy wnioskować indywidualnie [105].

98 — Zobacz motyw dziesiąty. Zobacz również wyrok z dnia 18 grudnia 2007 r. w sprawie C-64/05 P Szwecja przeciwko Komisji i in., Zb.Orz. s. I-11389, pkt 55 i 56 oraz opinię rzecznika generalnego M. Poiaresa Madura w tej sprawie, pkt 27 i 28.

99 — Artykuł 3 lit. a).

100 — Zobacz w odniesieniu do art. 4 wyrok z dnia 1 lutego 2007 r. w sprawie C-266/05 P Sison przeciwko Radzie, Zb.Orz. s. I-1233, pkt 63, oraz ww. w przypisie 98 wyrok w sprawie Szwecja przeciwko Komisji, pkt 66.

101 — I tak art. 4 ust. 1 stanowi, że instytucja odmówi dostępu do dokumentów mieszczących się w zakresie kategorii tam określonych. Po określeniu, które dokumenty stanowią „dokumenty sensytywne" (art. 9 ust. 1), art. 9 nie zawiera żadnego czasownika głównego, który nie stanowiłby obligatoryjnej instrukcji.

102 — Artykuł 1 lit. a)

103 — Wyróżnienie moje.

104 — Artykuł 13 ust. 2; na podstawie art. 13 ust. 3 instytucjom przyznane zostało dodatkowo uprawnienie do jeszcze szerszej publikacji.

105 — Zobacz ogólnie art. 6–8 i 10. Artykuł 12 wymaga, „jak tylko będzie to możliwe", aby instytucje udostępniły dokumenty bezpośrednio w formie elektronicznej lub poprzez rejestr zgodnie z regulaminem danej instytucji. W szczególności „dokumenty ustawodawcze, tj. dokumenty sporządzone lub otrzymane w związku z procedurami dotyczącymi przyjęcia aktów, które są prawnie wiążące dla lub w państwach członkowskich, będą dostępne bezpośrednio zgodnie z [zastrzeżeniem] art. 4 i 9".

128. W świetle powyższych rozważań odpowiedź na pytanie pierwsze staje się coraz jaśniejsza. Tekst rozporządzenia może mieścić się w niezwykle szerokiej definicji dokumentu zawartej w art. 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów. Tekst taki posiada „treści […] dotyczące kwestii związanych z […] decyzjami mieszczącymi się w sferze odpowiedzialności tych instytucji" oraz jest zapisany na nośniku określonym w art. 3 lit. a). Zatem definicja „dokumentu" zawarta w art. 3 lit. a) rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów jest wystarczająco szeroka, aby objąć instrumenty prawne podlegające publikacji zgodnie z art. 254 ust. 1 i 2 WE. Nie oznacza to jednak, że takie instrumenty prawne są objęte zakresem rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów, co oznaczałoby, że można powołać się na art. 4 lub art. 9 celem odmowy dostępu do nich. Moim zdaniem jest dokładnie odwrotnie.

129. Artykuł 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów stanowi, że rozporządzenie „odnosi się do wszelkich dokumentów *przechowywanych* przez instytucje, to jest dokumentów *sporządzanych lub otrzymywanych przez nie i pozostających w ich posiadaniu*, na wszystkich obszarach działalności Unii Europejskiej" [106]. Oczywiście prawdą jest, że instytucja prawdopodobnie może posiadać kopie ostatecznego tekstu rozporządzenia, który został definitywnie zatwierdzony. Jednakże tekst ten powinien również być już podany do publicznej wiadomości zgodnie z jego (obligatoryjną) publikacją w Dzienniku Urzędowym. Technicznie instytucja „posiada" tekst w formie „dokumentu". Jednakże odczytywanie tekstu rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów w sposób literalny pomija fakt, że celem rozporządzenia jest udzielenie dostępu do dokumentów, które w przeciwnym razie *nie* byłyby automatycznie dostępne. Wykładnia teleologiczna oraz zdrowy rozsądek podobnie przemawiają za wnioskiem, że jeśli tekst jest (lub powinien być) dostępny z tytułu obligatoryjnej publikacji na podstawie art. 254 ust. 1 i 2 WE, nie trzeba go (a zatem nie należy) uznawać za „dokument", który jest „posiadany" przez instytucję w rozumieniu (odpowiednio) art. 3 lit. a) i art. 2 ust. 3 rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów. Co więcej, art. 1 lit. a) definiuje cel rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów poprzez odwołanie się do zapewnienia „możliwie najszerszego dostępu do dokumentów". Już samo to implikuje, że prawo dostępu do dokumentów jest zbędne, gdy dokument i tak trzeba opublikować na podstawie art. 254 WE. Publikacja w Dzienniku Urzędowym gwarantuje już „możliwie najszerszy dostęp".

130. Artykuł 13 rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów potwierdza tę analizę. Gdyby nie odczytywać rozporządzenia jako akt uzupełniający art. 254 WE, lecz jako akt, który go podważa, art. 13 nie miałby sensu. Nie ma potrzeby zapewniania (dodatkowego) dostępu lub w istocie publikacji za pomocą rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów w przypadku dokumentu, który należy do tekstów wymienionych w art. 254 ust. 1 i 2 WE. Wręcz przeciwnie, jeśli dokument *nie* jest takim tekstem, istnieją podstawy do traktowania go jako mieszczącego się w zakresie rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów i wówczas do zbadania go pod kątem art. 13 celem ustalenia, czy podlega on publikacji na podstawie tego przepisu. Zatem rozporządzenie w sprawie publicznego dostępu do dokumentów należy odczytywać prawidłowo w ten sposób, że dotyczy ono dokumentów (w każdej postaci), które *nie* zostały już objęte art. 254 ust. 1 lub 2 WE.

106 — Wyróżnienie moje.

131. Może powstać pytanie, jaki jest status tekstu rozporządzenia pomiędzy datą jego wydania przez właściwą instytucję a datą publikacji w Dzienniku Urzędowym. Moim zdaniem rozporządzenie jako takie nie jest „dokumentem" w rozumieniu rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów (gdyż dotyczy go już obowiązek publikacji wynikający z art. 254 WE). Jednakże każdy *egzemplarz* tego rozporządzenia (przykładowo w formie drukowanej lub elektronicznej) znajdujący się w posiadaniu instytucji stanowiłby taki dokument; a zatem odpowiednio dostęp do niego można by uzyskać na podstawie rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów. W praktyce, jak sądzę, zawsze gdzieś będzie istniał taki egzemplarz. Zatem nie wystąpi luka, w trakcie której rozporządzenie nie byłoby dostępne czy to dzięki rozporządzeniu w sprawie publicznego dostępu do dokumentów, czy też z tytułu obligatoryjnej publikacji na podstawie art. 254 WE.

132. W konsekwencji rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów nie można wykorzystywać w celu ograniczenia publikacji dokumentu objętego zakresem art. 254 ust. 1 i 2 WE. Rozporządzenia stanowiącego prawo wtórne nie można odczytywać w sposób sprzeczny z prawem pierwotnym, którym jest postanowienie traktatowe. Zatem wyjątki od dostępu zawarte w art. 4 i 9 rozporządzenia w sprawie publicznego dostępu do dokumentów mają zastosowanie wyłącznie do dokumentów, do których dostęp jest możliwy na mocy rozporządzenia. W szczególności nie można się na nie powoływać celem wprowadzenia kuchennymi drzwiami wyjątku od obowiązku publikacji na podstawie traktatu.

133. Wynika z tego, że na pytanie pierwsze należy udzielić odpowiedzi, że akty, które wymagają publikacji w Dzienniku Urzędowym na podstawie art. 254 ust. 1 i 2 WE, nie stanowią dokumentów w rozumieniu art. 2 ust. 3 oraz art. 3 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 1049/2001, gdyż podlegają już traktatowemu wymogowi obligatoryjnej publikacji, a zatem są w pełni publicznie dostępne.

Wnioski

134. Ze względów podanych powyżej uważam, że na pytania przedłożone przez Verwaltungssenat im Land Niederösterreich należy udzielić następujących odpowiedzi:

— Rozporządzenia, które sprzecznie z wymogiem wynikającym z art. 254 ust. 2 WE nie zostały opublikowane w Dzienniku *Urzędowym Unii Europejskiej*, nie istnieją w sensie prawnym;

— Akty, które zgodnie z art. 254 WE podlegają publikacji w Dzienniku Urzędowym, nie stanowią dokumentów posiadanych przez instytucję w rozumieniu art. 2 ust. 3 oraz art. 3 lit. a) rozporządzenia (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji, gdyż podlegają już traktatowemu wymogowi obligatoryjnej publikacji, a zatem są w pełni publicznie dostępne.