

Direct Effect of Community Directives in National Courts – Some Remarks Concerning Recent Developments

Maciej Szpunar



Centrum Europejskie Natolin
Warszawa • 2003

Table of contents:

1. Introduction	3
2. Inapplicability of National Laws that Have not been Duly Notified Under Directive 83/189/EEC	6
3. Other Examples of the Horizontal Application of Directives	10
a) The Court does not rule on direct effect unless specifically asked to do this by the referring national court	12
b) “Sword” and “shield” argument	15
c) The existence of a public law element	15
d) “L’invocabilité de substitution” and “l’invocabilité d’exclusion”	16
e) Direct effect of directives in triangular situations	20
4. Conclusions	21

Spis treści

1. Zagadnienia wprowadzające	24
2. Wyłączenie zastosowania przepisów krajowych, które nie zostały notyfikowane komisji na podstawie Dyrektywy 83/189/EWG	28
3. Inne przykłady horyzontalnego zastosowania postanowień Dyrektyw	33
a) Trybunał podejmuje problematykę bezpośredniego skutku tylko wówczas, gdy pytanie sądu krajowego dotyczy tego wprost	37
b) Zastosowanie dyrektywy jako „tarczy” lub jako „miecza”	40
c) Istnienie „elementu publicznoprawnego”	41
d) Pozytywne i negatywne zastosowanie dyrektywy (<i>l’invocabilité de substitution i l’invocabilité d’exclusion</i>)	43
e) Bezpośredni skutek dyrektyw w relacjach „triangularnych”	47
4. Podsumowanie	48

1. Introduction

The debate on the direct effect of directives in so-called “horizontal situations” was not concluded by the ruling of the Court in the case *Faccini Dori*¹. The recent development of case law may lead to the conclusion that provisions of directives can, at least in certain circumstances, produce direct effect in disputes between two individuals. Cases such as *Kraaijeveld*², *CIA Security*³, *Unilever Italia*⁴, *Linster*⁵, *Bernáldez*⁶ and *Pafitis*⁷ have provoked discussion concerning not only the effect of Community directives in national courts, but also the concept and character of direct effect of Community legislation in general⁸.

The purpose of this article is to analyse the recent case law of the Court and to reflect the resulting reaction in academic writing. It is already well established in Community law that the provisions of a directive may, in certain circumstances, produce direct effect. The Court, however, ruled on several occasions that a directive cannot of itself impose obligations on individuals and, therefore, cannot be relied upon in proceedings against an individual. This means that if a Member State fails to implement a directive, its provisions cannot be invoked in domestic litigation even if they otherwise satisfy the conditions for direct effect. In consequence, a directive that has not been correctly implemented loses its practical importance and, as long as the Member State concerned does not amend its legislation (this usually happens as the result of infringement proceedings), then the harmonisation envisaged by the directive is not achieved.

This conclusion is not substantially altered either by the application of the doctrine of consistent interpretation or by the fact that the Court has adopted a very broad definition of a “state”. The obligation to interpret national law in the light of content of a directive must face significant limitations. First of all, such an interpretation cannot lead to results *contra legem*⁹. Moreover, it seems that in order to decide in a particular case which interpretation may be considered as *contra*

¹ Judgment of 14 July 1994, C-91/91, [1994] ECR I-3325.

² Judgment of 24 October 1996, C-72/95, [1996] ECR I-5403.

³ Judgment of 30 April 1996, C-194/94, [1996] ECR I-2201.

⁴ Judgment of 26 September 2000, C-443/98, [2000] ECR I-7535.

⁵ Judgment of 19 September 2000, C-287/98, [2000] ECR I-6917.

⁶ Judgment of 28 March 1996, C-129/94, [1996] ECR I-1829.

⁷ Judgment of 12 March 1996, C-441/93, [1996] ECR I-1347.

⁸ See for example S. Prechal, Does Direct Effect Still Matter?, 37 CMLRev. 2000, p. 1047.

⁹ This limitation seems to be recognised by the Court. The obligation imposed upon national courts to interpret national law in accordance with Community law applies only “as far as possible”. See also: Ch. Hilson, T. Downes, Making Sense of Rights in EC Law, 24 ELR 1999, p. 129 et seq.

legem, one should refer to national law rather than to Community law. Although an individual may ask the national court to interpret national law in the light of the directive and sometimes the national court is even under the obligation to do so, any particular result of that interpretation cannot be guaranteed under Community law. The right to demand consistent interpretation by a national court is, therefore, of a purely procedural nature. Secondly, the Court has recently adjudged that the doctrine of consistent interpretation reaches its limits also “where such an interpretation leads to the imposition on an individual of an obligation laid down by a directive which has not been transposed”¹⁰.

As far as the latter possibility is concerned, the fact that the Court interprets the notion of a state very broadly is of vital importance only in disputes involving public authorities of a Member State who failed to implement the directive. On the other hand, a large number of directives are capable of influencing legal relations between individuals either by regulating aspects of private law (ex. consumer protection) or by providing for a public law mechanism that may be invoked in such legal relations.

The third method of strengthening the effectiveness of directives comes from the principle of state liability. The fact that a state could be liable to an individual in damages for loss caused by its failure to implement a directive constitutes a very important tool of enforcing Community rights. Nevertheless, its practical importance is undermined by the fact that an individual claiming damages must bring appropriate proceedings in a national court and satisfy the conditions laid down by national law for this cause of action (even though the Court declared that Community law precludes the application of some procedural restraints arising from the national law¹¹). It seems that the requirement that a breach of Community law must be “sufficiently serious” may appear particularly burdensome in the case of directives. In fact, the only situation where a breach of Community law would clearly pass the ‘sufficiently serious’ test for liability is a when there is a complete failure to implement a directive on time¹². If, however, a Member State adopts certain measures in order to bring its legislation in conformity with a directive concerned, one could hardly plead that each time a wrong implementation occurs, a serious breach of Community law can be attributed to the Member State. It should be emphasised that, especially in private law, in the case where each country has its own, distinct tradition, the national legislatures should possess a very wide margin of discretion while implementing Community directives. Another reason why the principle of state liability does not considerably strengthen the effectiveness of directives is of a practical nature. Any proceedings in a national court involving the alleged liability of the state for its legislative activities requires a sophisticated legal analysis and, normally, the burden of proving that the conditions for liability are fulfilled lies with the plaintiff. These circumstances would, therefore, restrain individuals from initiating the appropriate proceedings, especially in small consumer cases.

¹⁰ See judgement of 26 September 1996, *Criminal proceedings against Luciano Arcaro*, C-168/95, [1996] ECR I-4705, par. 42.

¹¹ See judgment of 19 November 1991, *Francovich*, C-6/90, [1991] ECR I-5357 as well as the judgment of 5 March 1996, *Brasserie du Pecheur*, C-46/93, [1996] ECR I-1029.

¹² See judgment of 8 October 1996, *Dillenkofer*, C-178-9/94, 188-190/94, [1996] ECR I-4845.

According to settled case law, a directive cannot of itself impose obligations on individuals and, therefore, cannot be relied upon in proceedings against an individual¹³. It was understood that the denial of horizontal direct effect of directives is not limited to situations where an individual invokes a particular right stemming from a directive, but extends also to situations where an individual relies on a directive in order to refute a claim based on national law that is contrary to a directive. Some recent decisions of the Court, however, may suggest that this principle is no longer accurate or, at least, that its application is subject to many exceptions. Particular uncertainty arises when considering the possibility for an individual, in proceedings against another individual, to exclude the application of national law that is contrary to a directive.

In the present article I would like to analyse several judgments that could be understood as a modification of the Court's case law. It seems plausible to distinguish from the group of the controversial judgments those concerning the application of Directive 83/189/EEC laying down a procedure for the provision of information in the field technical standards and regulations.

¹³ See especially the case of *Faccini Dori*.

2. Inapplicability of National Laws that Have not been Duly Notified Under Directive 83/189/EEC

The problem of horizontal application of national regulations that have not been duly notified under Directive 83/189/EEC was dealt with by the Court in cases like *CIA*, *Unilever* and *Eco-Emballages*¹⁴. In all three cases, one party invoked against the other the inapplicability of national law adopted in breach of Directive 83/189/EEC. This Directive obliges Member States to notify to the Commission all drafts of technical regulations before they are adopted. The purpose of this instrument is to restrain the Member States from introducing legislation that would create obstacles to the free movement of goods within the meaning of Article 28 EC.

The first two cases, i.e. *CIA* and *Unilever*, are the first examples of the application of the said Directive to horizontal situations. In both cases the Court ruled that national technical regulations adopted in breach of Directive 83/189/EEC were inapplicable and, accordingly, cannot be enforceable against individuals. The outcome of the two cases was that the parties to the proceedings in national courts (the plaintiff in *CIA* and the defendant in *Unilever*) could invoke Directive 83/189/EEC against individuals in order to render the national legislation at issue inapplicable.

The two cases by no means imply that the Court has recognised the horizontal direct effect of directives. First of all, in the case of *Unilever* the Court *obiter dictum* upheld the rule that a directive could not be relied upon when the defendant was an individual. However, the Court pointed out that the same reasoning could not be applied to the proceedings of the case. According to the Court, Directive 83/189/EEC creates neither rights nor obligations for individuals and, furthermore, does not define the substantive scope of the legal rule on the basis of which a national court must decide the case before it. Consequently, a breach of this Directive constitutes a substantial procedural defect and renders a technical regulation inapplicable¹⁵. Another explanation of a “particular nature” of Directive 83/189/EEC comes from the opinion of Advocate General Jacobs in the case of *Unilever*¹⁶. His reasoning is based on a comparison of the procedure provided for in

¹⁴ Judgment of 6 June 2002, C-159/00, [2002] ECR I-5031.

¹⁵ This explanation of the two cases based on the argument that the Directive at issue does not impose any obligations on individuals seems to be accepted in the legal writings, see: M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What? Back to basics*, 25 ELR 2000, p. 512; Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, p. 125; P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, Oxford 2003, p. 221 and 222. On the other hand, P.J. Slot considers that this argumentation is not entirely convincing (see note on the case *CIA*, 33 CMLRev. 1996, p. 1049 and 1050).

¹⁶ [2000] ECR I-7535.

the Directive with the procedures contained in Regulation No 17 (competition law) and in Regulation No 659/1999 (state aid)¹⁷. The purpose of all these measures is not the approximation of laws, but the establishment of a preventive control mechanism¹⁸. Advocate General rightly observes that Directive 83/189/EEC might have been adopted in the form of a regulation rather than a directive and, consequently, he formulates the question whether the case law on the consequences of non-implementation of directives is of any relevance in proceedings involving a breach of notification procedure under the said Directive. Even though the Court did not make any reference to that argument, in any event the wording of the judgment implies that Directive 83/189/EEC must be distinguished from other (traditional) directives.

This way of thinking, however, is not entirely convincing in the light of the judgement in the case *Lemmens*¹⁹. Mr. Lemmens, charged with driving a car under the influence of alcohol, sought to rely on the fact the national regulation on breathalyser apparatus was adopted in breach of Directive 83/189/EEC. The Court distinguished this case from *CIA* and ruled that a failure to notify makes such a regulation inapplicable only in so far as it creates obstacles to the free movement of goods. For that reason it could not render unlawful the use of a product which conformed to national regulations, where the use of that product had no impact on trade.

The Court's reasoning seems to exclude the idea of *absolute* inapplicability of national legislation enacted in breach of Directive 83/189/EEC. The Court observes that a failure to notify regulations "renders such regulations inapplicable inasmuch as they hinder the use or marketing of a product which is not in conformity therewith". The judgment, however, does not contain any indications that would delimit the precise scope of inapplicability of national regulations. The most conceivable explanation could be to argue that a directive can be invoked only by those persons whose interests are intended to be protected by the directive²⁰. This kind of *Schutznorm* requirement would not be in harmony with the main stream of the Court's case law. In cases dealing with Directive 85/337/EEC providing for an obligatory environmental impact assessment, the Court expressly refused all arguments based on the fact that the Directive did not aim to grant any individual rights²¹. In the case *Kraaijeveld* the Court stated:

"[W]here the Community authorities have, by directive, imposed on Member States the obligation to pursue a particular course of conduct, the useful effect of such an act would be weakened if individuals were prevented from relying on it before their national courts, and if the latter were prevented from taking it into consideration as an element of

¹⁷ Paragraphs 79 et seq. of the opinion.

¹⁸ With respect to this, it seems that the mechanism provided for in Regulation No 659/1999 is particularly similar to that contained in Directive 83/189/EEC.

¹⁹ Judgement of 16 June 1998, C-226/97, [1998] ECR I-3711.

²⁰ See S. Prechal, *Does Direct Effect...*, p. 1056.

²¹ See for example the judgment in *Kraaijeveld* and the judgment of 19 September 2000, *Linster*, C-287/98, [2000] ECR I-6917.

Community law in order to rule whether the national legislature, in exercising the choice open to it as to the form and methods for implementation, has kept within the limits of its discretion set out in the directive.”

One could easily transfer the same principle to the case of *Lemmens*: Why should an individual be prevented from relying on the fact that the national regulation on breathalyser apparatus was adopted in breach of Directive 83/189/EEC?

The reasoning of *Lemmens* that is based on the *Schutznorm* requirement could hardly be reconciled with the similar decision in *Unilever*²². Assuming that the purpose of the Directive 83/189/EEC is to eliminate the obstacles to the free movement of goods between Member States, why should an individual be allowed to invoke the provisions of this directive in order to claim that goods delivered by him were in conformity with the contractual obligations? After all, the Directive in question aims neither at regulating standards of evidence in criminal procedure nor does it intend to interfere with purely contractual relationships between the parties.

The recent judgement of the Fifth Chamber in the case *Eco-Emballages* suggests that the Court has slightly modified its jurisprudence on the effect of Directive 83/189/EEC. Although the facts of the case were quite complex, it suffices to say that “Sapod Audic” was granted a non-exclusive licence to affix the “Green Dot” logo on its products as a means of identifying waste for collection. “Sapod Audic” chose one of the two systems of waste disposal provided by the French decree implementing the Directive 75/442. In 1996 “Sapod Audic” ceased to pay an annual fee to its licensor “Eco-Emballages”. In its defence “Sapod Audic” argued *inter alia* that the decree was a technical regulation under Directive 83/189/EEC and was not duly notified to the Commission.

The Court agreed that some provisions of the decree fell within the scope of Directive 83/189/EEC. As far as the consequences are concerned, in one part of the judgment that Court recalled its earlier principle of inapplicability of national law which was not notified according to the required procedure. Nevertheless, paragraph 52 of the judgment reads:

“It should, however, be observed that the question of the conclusions to be drawn in the main proceedings from the inapplicability of the second paragraph of Article 4 of Decree No 92-377 as regards the severity of the sanction under the applicable national law, such as nullity or unenforceability of the contract between Sapod and Eco-Emballages, is a question governed by national law, in particular as regards the rules and principles of contract law which limit or adjust that sanction in order to render its severity proportionate to the particular defect found. However, those rules and principles may not be less favourable than those governing similar domestic actions (principle of equivalence) and may not be framed in such a way as to render impossible in practice the exercise of rights conferred by Community law (principle of effectiveness).”

²² See S. Weatherill, Breach of directives and breach of contract, 26 ELR 2001, p. 182.

The reference to the principle of procedural autonomy means that the Court distinguishes the inapplicability of a national regulation from the effect of that inapplicability on contractual relationships between the parties. Relying on the facts of the case, one could easily imagine that even though the French decree should be considered inapplicable, the contract between the parties could be fully enforceable under French law. This distinction may lead to substantial uncertainty in practice. In many instances, it would be extremely difficult to identify whether specific contractual obligations result purely from the national technical regulations or whether they were voluntarily undertaken by the parties²³. Certainly, these issues will require further clarification in subsequent case law, especially where it relates to the scope of the application of the principle of *effet utile*.

²³ See interesting analysis of M. Dougan, 40 CMLRev. 2003, pp. 203 and 204; see also S. Weatherill, *Breach of Directives...*, p. 182.

3. Other Examples of the Horizontal Application of Directives

The recognition of horizontal direct effect of directives may possibly be implied from the Court's decisions in cases like *Pafitis*, *Bernáldez* and *Smithkline*²⁴. Unlike the cases discussed above, in these proceedings the Court was called upon to interpret provisions of "traditional" directives and, therefore, the possible explanations provided through the Court's reasoning in *CIA* and *Unilever* are of no relevance here.

In the case of *Pafitis* a Greek court asked for the interpretation of Directive 77/91/EEC that deals *inter alia* with the capital of public limited liability companies. The proceedings in the national court involved a claim brought by original shareholders of a Greek bank against the bank and its new shareholders. The applicants contested the decision of the Governor of the Bank of Greece (and of the temporary administrator of the bank designated by the Governor) to increase the capital. They successfully pleaded that under the relevant Directive such an increase required a general meeting of shareholders. Although the Court did not make any reference to horizontal direct effect, it did interpret the directive in such a way as to rule in favour of the applicants.

The second case concerned the interpretation of Directive 72/166/EEC and Directive 84/5/EEC relating to insurance against civil liability in respect of the use of motor vehicles. Mr. Bernáldez was prosecuted for causing a road accident while driving a car under the influence of alcohol. The criminal Court of Seville ordered him to make reparation for the damage to property that he had caused to a third person. At the same time, the Court absolved Mr. Bernáldez's insurance company from any liability since under Spanish law an insurer is not obliged to pay damage caused by an intoxicated driver. On appeal, a higher Spanish court doubted whether the exclusion was compatible with the relevant Directives. The Court of Justice ruled that the Directives must be interpreted as precluding an insurer from being able to rely on statutory provisions or contractual clauses in order to refuse to compensate third-party victims of an accident caused by the ensured vehicle. Similarly to the case of *Pafitis*, the Court did not make any reference to horizontal direct effect of directives.

Another case that may suggest the analogous approach of the Court is the judgment in *Smithkline*. The defendant, "Smithkline", was marketing toothpastes in Austria, which were manufactured in Germany. In statements appearing on the tubes and in television advertisements, "Smithkline" claimed that the toothpaste helped to prevent parodontosis and removed or prevented the formation of tartar. Its competitor, "Unilever", sought an injunction restraining the making of such

²⁴ Judgment of 28 January 1999, C-77/97, [1999] ECR I-431.

statements as contrary to the provisions of the applicable Austrian legislation. The national court referred to the Court of Justice one question for the interpretation of Article 28 EC and Directive 76/768/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to cosmetic products. The Court ruled that Article 6(3) of the said Directive precluded the application of national law restricting certain forms of toothpaste marketing. Although the Court did not make any statement on direct effect, it is understood that the only outcome of the ruling for the referring court is that “the plaintiff would be disabled from relying on the national law and the defendant would thereby gain the benefit of the prohibition in the directive”²⁵.

One cannot argue that in these three judgments the Court recognised horizontal direct effect of directives. As it was already mentioned above, in the judgment of nine judges in *Unilever* (that was delivered almost two years after *Pafitis* and *Bernáldez*) the Court *obiter dictum* confirmed that a directive could not be relied as such against an individual. Moreover, in the case of *El Corte Ingles* which was decided at almost the same time as *Pafitis* and *Bernáldez*, the Court clearly stated that an individual cannot base a right of action against a private party using only the directive as its legal basis. The latter case concerned proceedings brought by a finance company against a consumer, Mrs. Blazquez Rivero, for re-payment of credit loans. Mrs. Blazquez Rivero entered into a contract with a travel agency, but due to shortcomings in the service provided to her, she ceased to pay instalments on the loan. At that time, Directive 87/102/EEC on Consumer Credit was not implemented into Spanish law, but the defendant, nevertheless, tried to invoke Article 11 (2) of that Directive in order to pursue remedies to compensate for the shortcomings against the grantor of the credit (plaintiff in the proceedings). The Court also confirmed its refusal to recognise horizontal direct effect of directives in a recent judgment in the case of *Centrosteeel*²⁶. An Italian court asked for the interpretation of Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents, even though the Court had already ruled on the same issue in another case²⁷. However, the Italian court was not sure whether the interpretation stemming from the earlier case could be applicable in relations between individuals. The Court reaffirmed that the national court was only bound to apply the consistent interpretation of Community Law²⁸. Another decision which clearly confirms the denial of horizontal direct effect of directives is the order of 24 October 2002 in the case *Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (RAS)*²⁹. Here an Italian court referred several questions on the interpretation of some provisions of Directive 73/239/EEC concerning the take-up and pursuit of the business of direct insurance other than life assurance. It was apparent from the facts of the case that the Italian legislation providing for a maximum amount in insurance premiums in respect of third-party liability for motorists was contrary to Article 8(3) of the said Directive. The result of the refusal to apply national law in the main proceedings would be to impose on the defendant

²⁵ P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, p. 223.

²⁶ Judgment of 13 July 2000, C-456/98, [2000] ECR I-6007.

²⁷ Judgment of 30 April 1998, *Bellone*, C-215/97, [1998] ECR I-2191.

²⁸ See also the judgement of 14 September 2000, *Collino and Chiappero*, C-343/98, [2000] ECR I-6659.

²⁹ C-233/01, [2002] ECR I-9411.

(the insured person) an obligation to pay the full amount of the insurance premium to the insurance company. Having pointed out that the answer to the questions referred could be clearly deduced from the existing case-law, the Court reaffirmed its position on direct effect of directives:

“With a view to replying to the national court, it should be recalled that, in accordance with settled case-law, when applying national law, whether adopted before or after the directive, the national court having to interpret that law must do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive so as to achieve the result it has in view and thereby comply with the third paragraph of Article 249 EC, but a directive may not of itself impose obligations on a private individual and may not therefore be relied on as such against such a person.”

Referring to the facts of the case, the Court emphasised:

“In this case it is apparent from the information provided by the referring court and from the observations submitted to the Court of Justice that the purpose of the main proceedings is to ask the national court to disapply the Decree-Law in favour of previous national legislation, on the ground that the Decree-Law is incompatible with Directives 73/239 and 92/49, in order to obtain judgment against Mr. Lo Bue for the payment of an insurance premium in an amount greater than that which would result from the application of the Decree-Law.

However, in accordance with the case-law mentioned in paragraph 19 of this order, interpretation of Article 8(3) of Directive 73/249 and Articles 29 and 39 of Directive 92/49, which has been requested by the national court, cannot, in any event, enable judgment to be given against Mr. Lo Bue for the payment of an increase in premium which is not based on the national law applicable to the main proceedings, namely the Decree-Law.”

If the Court still refuses the horizontal direct effect of directives, what then are possible ways of explaining the approach presented in Pafitis, Bernáldez and Smithkline?³⁰:

a) The Court does not rule on direct effect unless specifically asked to do this by the referring national court

The first and the most obvious explanation could be that in all those cases the Court was not asked to rule whether relevant provisions of directives could be relied

³⁰ Another case that raises similar doubts is the case of *Draehmpaehl* (judgement of 22 April 1997, C-180/95, [1997] ECR I-2195). An applicant in the proceedings before the national court invoked Directive 76/207 on equal treatment in order to prove that the national law did not provide him with a real and effective judicial protection. See interesting comments on that case: M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, p. 515.

upon against private parties³¹. The questions put forward by the national courts concerned only the interpretation of Community law and, thus, the Court could not consider the issue of direct effect. In other words, the decision on the consequences of the interpretation given by the Court to the outcome of the main proceedings was entirely left for the national courts. This reasoning is supported by the judge Moitinho de Almeida who has recently stated:

“Quant aux arrêts *Bernáldez* et *Bellone* [...] il y a lieu d’observer que la Cour s’est limitée à répondre aux questions posées, sans attirer l’attention des juridictions nationales sur l’exclusion de l’effet direct horizontal.”³²

It is important to note that in all cases in which the Court was specifically asked to rule on horizontal direct effect of directives (ex. *Faccini Dori* and *El Corte Ingles*), this issue was resolved in the negative.

On the other hand, in *Pafitis*, *Bernáldez* and *Smithkline*, it was clear from the facts that the disputes in the main proceedings involved two individuals. This means that the Court must have been aware that the application of interpreted provisions of directives by the national courts would result in imposing obligations on one of the parties. Some authors doubt whether one could reasonably expect the Court to give a ruling that would not have any influence on the main proceedings before the national jurisdiction due to the lack of horizontal direct effect³³.

In response to the last argument one should refer to the nature of the preliminary ruling procedure. The Court should not refuse to interpret the directive on the basis that the interpretation – due to the lack of horizontal direct effect – is not necessary for the national court to give the judgment. The recent case law on Article 234 confirms that:

“[I]t is solely for the national court before which the dispute has been brought, and which must assume responsibility for the subsequent judicial decision, to determine in the light of the particular circumstances of the case both the need for a preliminary ruling in order to enable it to deliver judgment and the relevance of the questions which it submits to the Court”³⁴.

In principle, therefore, the Court should reply to the questions relating to the interpretation of directives, even if a dispute in the main proceedings involves two individuals. A national judge may need the interpretation of directive provisions for several reasons, not only if he envisages the direct application thereof. Usually, the

³¹ See W. van Gerven, *Of Rights and Remedies in the Enforcement of European Community Law before National Courts: From the Communitarization of Domestic Law towards the Europeanization of Community Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, Volume VIII, Book 1, Kluwer Law International 2001, p. 259 and 260.

³² J. C. Moitinho de Almeida, *L'effet direct des directives, l'interprétation conforme du droit national et la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice portugaise [w:] Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, (Hrsg.) N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissechet, D. Ruiz-Jarabo Colomer, Berlin 2003, s. 237.

³³ P. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of “Horizontal” Direct Effect of Directives*, Jean Monnet Working Papers 7/02, NYU School of Law, p. 14.

preliminary ruling procedure aims at providing a national court with the tools as to how to interpret national legislation implementing the directive concerned or, where it deals with lack of implementation, how to interpret existing national law in order to achieve the result sought by the directive (the doctrine of consistent interpretation). Under no circumstances is the Court of Justice competent to interpret national law and to decide on the limits of the consistent interpretation stemming from national law. These issues belong exclusively to the national courts. In *Pafitis*, *Bernáldez* and *Smithkline* the Court provided the national judges with the interpretation of the relevant directive provisions, but left them without any assistance with the problem whether existing national law could be interpreted in such a way as to achieve the result prescribed by the directives. This conclusion seems to be supported by the above-mentioned rulings on the interpretation of Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents. In *Bellone* the Court gave an interpretation of the Directive without any reference to its direct effect, even though the dispute involved two individuals. In a subsequent case relating to the same issue, *Centrosteeel*, another Italian court expressed doubts whether the application of the judgement of *Bellone* could result in imposing obligations on individuals. The Court clearly stated that a directive cannot of itself impose obligations on individuals and that the task of the national court was limited to apply the doctrine of consistent interpretation:

“[T]he national court that has to interpret that law must do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive so as to achieve the result it has in view and thereby comply with the third paragraph of Article 189 of the EC Treaty (now the third paragraph of Article 249 EC.”

Similar reasoning could explain the approach of the Court in the recent cases of *Oceano*³⁵ and *Heininger*³⁶. Both judgments concerned the interpretation of directives on consumer protection and involved disputes between individuals. Nevertheless, it was not evident from the facts whether referring courts could interpret applicable national laws in such a way as to achieve the result sought by the directives. Accordingly, the case of *Daihatsu*³⁷ illustrates that the Court does not refuse to rule on horizontal direct effect if the national court requires this information.

To my knowledge, the only case in which the Court raised the problem of horizontal direct effect of directives, of its own motion, is *Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (RAS)*. Even though the referring court sought only the interpretation of the Directive 73/239/EEC, the Court pointed out that it was apparent from the facts that “the purpose of the main proceedings” was to “disapply the Decree-Law in favour of previous national legislation on the ground that the Decree-Law was incompatible with the Directive”. The Court recalled the principle of the denial of horizontal direct effect of directives.

³⁴ Judgment of 1 December 1998, *Ecotrade*, C-200/97, [1998] ECR I-7907.

³⁵ Judgment of 27 June 2000, C-244/98, [2000] ECR I-4941.

³⁶ Judgment of 13 December 2001, C-481/99, [2001] ECR I-9945.

³⁷ Judgment of 4 December 1997, C-97/96, [1997] ECR I-6843.

One could conclude that, while interpreting directives, the Court rules on the direct effect provided that:

- it is specifically asked to rule on that issue by the national court;
- or
- it is apparent from the information provided by the referring court or from the observations submitted to the Court of Justice that the purpose of the main proceedings is give direct effect to a provision of directive in order impose obligations on an individual.

There is also another argument presented in academic writings³⁸ that may support the above explanation of the inconsistencies of the Court's case law. Even though Community law does not allow individuals to rely on the provision of directives against other individuals, it does not prevent national law (substantive or procedural) from generating such effects. For that reason, a national judge may, even in proceedings between individuals, ask the Court to interpret a directive and uphold the rights stemming from this directive, provided that the national law so allows.

b) “Sword” and “shield” argument

Other commentators³⁹ try to explain the reasoning of the Court by distinguishing two different circumstances in which a directive may potentially be invoked, i.e. as a “sword” and as a “shield”. In horizontal situations, a directive cannot be used as a “sword”, which means that an individual cannot rely upon the application of this directive in order to enforce his rights against the other party. On the other hand, an individual may use the directive as a “protective screen against contrary national law” (as a “shield”). Nonetheless, this kind of reasoning is not convincing and even the same commentators admit that it does not clarify the approach taken by the Court in *Bernáldez*, *Pafitis* and *Smithkline*⁴⁰. Furthermore, the criteria used in distinguishing these two circumstances are by no means precise in so far as it depends upon the definitions chosen for “shield” and “sword”⁴¹.

c) The existence of a public law element

The Court's differential approach in the above cases may be also justified by reference to the existence of a public law element. Some authors⁴² emphasise the fact that in *Bernáldez*, the proceedings were brought by the public prosecutor, and in *Pafitis*, the decision to increase the capital was of quasi-administrative nature.

³⁸ See J. Stuyck, Note on the cases of *El Corte Ingles*, *Bernáldez* and *Pafitis*, 33 CMLRev. 1996, p. 1272.

³⁹ See Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, p. 125.

⁴⁰ See Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, p. 126.

⁴¹ See M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, p. 516.

⁴² See Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, p. 126 and 127; J. Stuyck, *supra*, p. 1269.

It does not seem correct to argue that the theory of a “public law element” had any impact on the outcome of the controversial cases and could lead the Court to the recognition of horizontal direct effect of directives. Indeed, the delimitation of public law may vary from one state to another and, in any case, the criteria for distinction between the two branches of law are unclear⁴³. The inconsistencies of this approach may be easily illustrated by reference to the case law. Referring to the case of *Bernáldez*, one cannot argue that the only factor that would justify the eventual direct effect of the Directive was the fact that the proceedings were brought by the public prosecutor. It would have been illogical if a victim of a car accident had been allowed to rely upon a directive in criminal proceedings, where the same victim had been precluded from enforcing the right in civil proceedings brought directly against the insurer⁴⁴.

It must also be noted that some commentators⁴⁵ elaborated upon the theory of a “public law element” in their reasoning aiming to explain the approach of the Court in cases concerning the effect of Directive 83/189/EEC. For them, these cases illustrate the principle that resolution of a preliminary public law issue, such as the incompatibility of national regulations with a superior rule of law, may have certain indirect consequences for the subsequent settlement of private law relations between individuals. Directive 83/189/EEC determines, as a matter of public law, that national legislation must be rendered unenforceable for the lack of notification, what constitutes the preliminary issue that must be settled before addressing the private law liabilities of two individuals within a contractual dispute. Those liabilities are finally determined according to domestic principles of private law alone and have nothing to do with the horizontal direct effect of directives.

Despite its obvious shortcomings⁴⁶, this reasoning correctly points out the particular nature of Directive 83/189/EEC and emphasises the difference between the inapplicability of a national regulation and its effect on contractual relationships between the parties. Nevertheless, it does not help to explain the doubts stemming from the rulings in the cases of *Bernáldez*, *Pafitis* and *Smithkline*.

d) “L’invocabilité de substitution” and “l’invocabilité d’exclusion”

A very interesting explanation of the above case law has been proposed in more recent legal writings⁴⁷. Here the authors suggest that cases traditionally classified under the single heading of direct effect should be divided into two categories. In

⁴³ See the interesting analysis of M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, p. 515.

⁴⁴ For the detailed analysis on the relations between the nature of proceedings and the direct effect of directives: D. Colgan, *Triangular Situations: The Coup de Grâce for the Denial of Horizontal Direct Effect of Community Directives*, 8 EPL 2002, p. 554 et seq.

⁴⁵ See M. Dougan, 40 CMLRev. 2003, p. 206 and his reference to the publications of J. Betlem and S. Prechal. See also P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, p. 222.

⁴⁶ See M. Dougan, 40 CMLRev. 2003, pp. 207.

⁴⁷ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, p. 516 et seq.; P. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution...*, p. 27 et seq.

the first category, individuals invoke Community law instead of the less favourable national provision (“l’invocabilité de substitution”). The second category includes the situations of individuals seeking the mere refusal of the application of a national provision without an accompanying request for corresponding application of a Community measure (“l’invocabilité d’exclusion”)⁴⁸. In this respect, the authors argue that the cases in which the Court seemed to recognise direct effect of directives belonged to the second category (*Bernaldez*, *Pafitis* and *Draehmpaehl*). As a result, directives can be relied upon in horizontal situations provided that the party is not asking for a direct and immediate application of Community law, but merely for the exclusion of an incompatible national law. It is submitted that this division corresponds to the fundamental doctrines of Community law, that is the concept of direct effect (“l’invocabilité de substitution”) and the concept of supremacy (“l’invocabilité d’exclusion”)⁴⁹.

The two methods of application of Community law correspond to the almost traditional division of the “objective” and the “subjective” direct effect⁵⁰, the second being conditional upon the existence of an individual right. The case law on the environmental impact Directive (*Kraaijeveld* or *Linster*) particularly proves that this distinction is of vital importance for the proper understanding of Community law. Nonetheless, the usefulness of the same reasoning in explaining the inconsistencies of the case law on the horizontal direct effect of directives is controversial.

One cannot deny that the advantage in this kind of reasoning is that it seems to be consistent with the fundamental concepts of Community law and it may provide for a comprehensive explanation of the approach of the Court in some cases. Nevertheless, the main reservations to the theory come from the difficulties arising in its application in practice. Indeed, the delimitation of “l’invocabilité de substitution” and “l’invocabilité d’exclusion” is almost as difficult a task as that of distinguishing between using Community law as a “sword” and as a “shield”.

One author, P. Figueroa Regueiro⁵¹, argues that the case of *Ingmar*⁵² shows a clear distinction between “l’invocabilité de substitution” and “l’invocabilité d’exclusion”. This case concerned the interpretation of Articles 17 and 18 of Directive 86/653/EEC on self-employed commercial agents, which specify the circumstances under which the commercial agent is entitled, upon termination of the contract, to claim indemnity for the damage he suffers from the termination of the agency contract. This Directive was implemented in the UK. Do you need this? In 1989 Ingmar and Eaton concluded a contract under which Ingmar was appointed as Eaton’s commercial agent in the United Kingdom. One clause of the contract stipulated that

⁴⁸ The authors refer to the arguments as well as the vocabulary which were presented by Advocate General Léger in the opinion to the case of *Lister* (the opinion of 11 January 2000, [2000] ECR I-6917, paragraphs 57 et seq.).

⁴⁹ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, p. 521.

⁵⁰ See M. Ruffert, *Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View*, 34 CMLRev. 1997, p. 320 et seq.; S. Prechal, *Does Direct Effect...?*, p. 1053; P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, p. 181 et seq.

⁵¹ P. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution...*, p. 32 et seq.

⁵² Judgment of 9 November 2000, C-381/98, [2000] ECR I-9305.

the contract was governed by the Laws of the State of California. After the termination of the contract, Ingmar instituted proceedings before an English court seeking compensation for damage suffered as a result of the termination of its relations with Eaton. The question referred to the Court of Justice was whether Articles 17 and 18 of the Directive must be applied where the commercial agent carried on his activity in a Member State, but a clause of the contract stipulates that the contract was to be governed by the law of that country. Despite the fact that the main proceedings involved two individuals, the Court ruled that:

“Articles 17 and 18 of Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents, which guarantee certain rights to commercial agents after termination of agency contracts, must be applied where the commercial agent carried on his activity in a Member State although the principal is established in a non-member country and a clause of the contract stipulates that the contract is to be governed by the law of that country.”

According to the author, the outcome of the judgment is that the Directive imposed an obligation on one of the parties through the exclusion of application of national law (“l’invocabilité d’exclusion”):

“[T]he national provisions according to which the parties to the agency contract may agree for it to be governed by the law of a non-member State should be disapplied. The contract would be ruled by the British transposing measures and as a consequence the national court could comply with the directive by granting damages on the basis of national legislation.”⁵³

This way of reasoning is not only unfounded, but also misses the core issue of the case of *Ingmar*. In fact, the Court ruled in this case that Articles 17 and 18 of the Directive must be considered as “internationally mandatory rules” (*lois d’application nécessaire*), i.e. they must be applicable irrespective which legal system governs the contractual relations between the parties⁵⁴. In that case, the parties agreed to submit their contract to the Law of California, but due to the fact that the agent carried on his activity in a Member State, the Court stated that Articles 17 and 18 of the Directive must, nonetheless, be applied. The outcome of that ruling for the referring court was that Ingmar could rely on the provisions of the English legislation implementing the relevant Articles of the said Directive. The referring court did not need to grant direct effect to Articles 17 and 18 of the Directive, but instead, it was under a duty to interpret the national law in such a way as to conform to the ruling of the Court of Justice.

The possibility for parties to choose the law applicable to their contract stems from the basic principle of contractual autonomy which is protected even on a Community level⁵⁵. The argument that “the national provisions, according to which the parties to the agency contract may agree for it to be governed by the law of a

⁵³ P. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution...*, p. 34.

⁵⁴ See Article 7 of the 1980 Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations.

⁵⁵ *Idem*.

non-member State, should be disapplied” is unfounded for several reasons. First of all, one can hardly understand which provision of national law should be disapplied: Is it the principle of contractual autonomy itself? What if under English conflict of law rules, Californian Law would be applicable to the contract even in the absence of the choice (ex. as the law most closely connected with the contract or as the law where the principal has its place of business)? Secondly, nothing in the judgment suggests that the Court denied the parties autonomy to choose the law applicable to the contract. In fact, according to Article 19 of the Directive the parties may only not derogate from Articles 17 and 18. It means that other rights and obligations of the parties that arise out of the contract are still governed by the Law of California.

Other authors⁵⁶ referring to the case of *Bernaldez*, argue that it concerned the mere exclusion of the application of the national law which was in conflict with the relevant directive (“l’invocabilité d’exclusion”). The facts of this case, however, can be also analysed from another perspective. The victim of a car accident was entitled to claim damages from the driver under general rules of tort liability. On the other hand, the liability of the insurer was subsidiary and its scope was precisely defined by the contract concluded between the company and the driver as well as by statutory provisions on compulsory insurance. In the proceedings in question, the liability of the insurer did not arise and, accordingly, under national law the victim did not have any right to claim damages against the insurer. In these circumstances, the fact that the victim invokes the directive conferring on him such a right must be considered as a direct application of Community law (“l’invocabilité de substitution”).

The two cases show that the distinction between “l’invocabilité de substitution” and “l’invocabilité d’exclusion” becomes purely formalistic. Depending on how we would proceed to the analysis of a particular case, we can classify the method of giving effect to Community Law either as “l’invocabilité de substitution” or “l’invocabilité d’exclusion”. One should bear in mind that, especially in cases relating to contractual disputes, it is sometimes almost impossible to identify whether a specific right or obligation results from the national legislation or from the contractual terms and conditions. This can be easily illustrated by the facts of the case *Eco-Emballages*, where the approved undertaking and its client were obliged to enter into a contract in accordance with standard terms that had to fulfil the requirements of the national legislation⁵⁷. It is obvious that the sanction of inapplicability (“l’invocabilité d’exclusion”) could only refer to national legislation and cannot of itself extend to freestanding contractual obligations. Each time the Community Law, through the doctrine of direct effect, modifies rights of obligations stemming from the contract, we are rather facing “l’invocabilité de substitution”.

Other arguments put forward by the authors of the theory in question are not convincing either. First of all, the thesis that “the classic test for direct effect” does not have to be fulfilled if the party is asking for the mere exclusion of an incompatible national law⁵⁸ does not justify the conclusion that the two ways of

⁵⁶ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, p. 519.

⁵⁷ See interesting analysis of M. Dougan, 40 *CMLRev.* 2003, p. 203 et seq.

⁵⁸ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, p. 518.

giving effect to Community Law should be treated differently⁵⁹. Finally, one cannot ignore the fact that the Court refused the suggestions of Advocates-General Saggio⁶⁰ and Alber⁶¹ who called for the horizontal application of directives provided that this would result in a duty not to apply national law which is contrary to the directive (“l’invocabilité d’exclusion”).

e) Direct effect of directives in triangular situations

Another plausible explanation is to argue that cases like *Pafitis* should be examined together with cases on so-called “triangular effect of directives”⁶². These situations occur when individuals invoke the provisions of directives that impose specific obligations on the state, but the compliance by the state with these obligations has negative consequences for the legal position of other individuals. It can be simply illustrated by directives on public procurement. An undertaking whose tender for a public contract has been rejected on grounds inconsistent with a directive challenges that rejection, even if the public contract has been awarded to a third party. In these situations the Court recognizes horizontal direct effect of directives⁶³.

Referring this argumentation to *Pafitis*, one could argue that what the old shareholders contested was in fact an administrative act (the decision of the temporary administrator of the bank on behalf of the Governor of the Bank of Greece), the annulment of which had adverse consequences for the bank and its new shareholders. The fact that the proceedings were brought before a civil court is of little importance. One could easily imagine that in another legal system the same question could be dealt with by an administrative court in the proceedings for annulment of the decision of the temporary administrator⁶⁴. This explanation, however, does not help to clarify the Court’s approach in the cases of *Bernaldez*⁶⁵ and *Smithkline*.

⁵⁹ It is true that the traditional requirement that the provision of Community must be “unconditional and sufficiently precise” loses its importance. It is also correctly observed in the recent legal writings that the conditions for direct effect cannot be separated from the context of the concrete case (S. Prechal, *Does Direct Effect...*, p. 1064).

⁶⁰ Opinion to the case *Oceano*, [2000] ECR I-4961, point 38.

⁶¹ Opinion to the case *Collino and Chiappero*, [2000] ECR I-6670, point 30.

⁶² See K. Lackhoff, H. Nyssens, *Direct Effect of Directives in Triangular Situations*, 23 ELR 1998, p. 397; D. Colgan, *Triangular Situations...*, p. 545; A. Arnulf, A. Dashwood, M. Ross, D. Wyatt, *European Union Law*, London 2000, p. 102 et seq.; W. van Gerven, *Of Rights and Remedies...*, p. 263 and 264.

⁶³ See for example: judgment of 12 November 1994, *R. v The Medicines Control Agency*, C-201/94, [1996] ECR I-5819; judgment of 22 June 1989, *Fratelli Constanzo*, C-103/88, [1989] ECR I-1839; judgment of 16 September 1999, *WWF*, C-435/97, [1999] ECR I-5613. It must be noted that the situations in which the triangular effect may occur are divided into three categories, see K. Lackhoff, H. Nyssens, *Direct Effect...*, p. 401 and 402.

⁶⁴ It must be noted, however, that in the case of *Daihatsu* that – similarly to *Pafitis* – could be analysed from the perspective of “triangular effect”, the Court expressly refused horizontal direct effect of directives.

⁶⁵ Nonetheless, according to M. Colgan (*Triangular Situations...*, p. 556), the theory of “non-classical” triangular effect could also provide for the explanation to the decision in *Bernaldez*.

4. Conclusions

The analysis shows the difficulty in distinguishing *Bernaldez*, *Pafitis* and *Smithkline* from other cases in which the Court refused horizontal direct effect of directives. Each of the arguments discussed has its substantial shortcomings. Perhaps, the most reasonable solution is to argue that in all those cases the Court was not specifically asked to rule on direct effect. It follows that we should assume that the Court of Justice accepts the large discretion enjoyed by national courts for the purpose of the application of Community directives. This discretion covers equally the scope of consistent interpretation of national law⁶⁶ as well as the possibility to derive the horizontal direct effect of directives from the national law. In any case, it is desirable that the Court of Justice expressly clarify these issues in its case law. Otherwise, the denial of the horizontal effect of directives will continue to produce significant legal uncertainties across Europe.

⁶⁶ The scope of the consistent interpretation should also refer to the possibility for the national courts to go beyond the Community meaning of an “emanation of a state” within the meaning of the Court’s ruling in *Foster* (see judgment of 12 July 1990, C-188/89, [1990] ECR I-3313). Thus for example, referring the case of *Bernaldez*, one could argue that a company acting in the field of compulsory motor insurance could be considered as a body responsible for “providing a public service under the control of the state and which has for that purpose special powers beyond those which result from the normal rules applicable in relations between individuals”.

**Bezpośredni
skutek dyrektyw
wspólnotowych
w postępowaniu
przed sądem
krajowym:
uwagi na tle
najnowszego
orzecznictwa**

1. Zagadnienia wprowadzające

Zgodnie z treścią art. 249 traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE), „dyrektywa wiąże każde państwo członkowskie, do którego jest kierowana, w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków”. Dyrektywa jako źródło prawa nie ma swojego odpowiednika w systemach prawnych państw członkowskich. Jej istota sprowadza się do dwustopniowego procesu stanowienia prawa. Uchwalona przez instytucje wspólnotowe dyrektywa określa rozwiązania legislacyjne, które w ściśle określonym terminie powinny zostać wprowadzone (implementowane) do prawa krajowego¹. Pełna realizacja celu dyrektywy wymaga zatem, aby akt prawny przyjęty przez ustawodawcę wspólnotowego był wsparty odpowiednim działaniem ustawodawcy krajowego².

Jeżeli dyrektywa nie zostanie implementowana bądź zostanie implementowana w sposób nieprawidłowy, pojawia się pytanie, czy organy stosujące prawo w państwach członkowskich³ mogą bezpośrednio zastosować postanowienia dyrektyw. Już w pierwszej połowie la siedemdziesiątych Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich dopuścił bezpośredni skutek dyrektywy. Jednakże zdaniem Trybunału, dyrektywa nie może nakładać obowiązków na podmioty indywidualne i tym samym, strona w postępowaniu przed organem krajowym nie może powołać się na przepis dyrektywy przeciwko podmiotowi indywidualnemu (wykluczenie tak zwanego „bezpośredniego skutku horyzontalnego dyrektywy”)⁴. Oznacza to, że jeżeli państwo członkowskie naruszy obowiązek implementacji dyrektywy, jej postanowienia nie mogą być stosowane przez organy krajowe, nawet jeżeli spełniają one ogólne kryteria bezpośredniego skutku. Brak prawidłowej implementacji powoduje, że cel dyrektywy nie zostaje osiągnięty.

Powyższego wniosku nie zmienia fakt, że skuteczność nieprawidłowo implementowanej dyrektywy może być zapewniono także przy wykorzystaniu innych instrumentów prawnych. Na plan pierwszy wysuwa się zasada „prowspólnotowej wykładni prawa”⁵, która – w odniesieniu do nieprawidłowo implementowanej dyrektywy – po-

¹ Na temat charakteru prawnego dyrektywy w piśmiennictwie polskim por. S. Biernat [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, (red.) J. Barcz, Warszawa 2002, s. 185 i n. ; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, tom I, Warszawa 2000, s. 498; M. Ahlt, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Warszawa 2002, s. 25 i n.

² R. Kovar, *Observations sur l'intensité normative des directives* [w:] *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, (Hrsg.) F. Capotorti, C.-D. Ehlermann, J. Frowein, F. Jacobs, R. Joliet, T. Koopmans, R. Kovar, Nomos, Baden-Baden 1987, s. 360 i n.

³ Stoję na stanowisku, że obowiązek uwzględniania dyrektyw wspólnotowych dotyczy w równym stopniu sądów, jak i organów administracji.

⁴ Por. przede wszystkim wyrok z 14 lipca 1994 r. w sprawie C-91/91, *Faccini Dori*, [1994] ECR, s. I-3325.

⁵ Por. S. Biernat, *Wykładnia prawa krajowego zgodnie z prawem Wspólnot Europejskich* [w:] *Implementacja prawa integracji europejskiej w krajowych porządkach prawnych*, red. C. Mik, Toruń 1998, s. 123 i n.

lega na dokonywaniu przez organy krajowe takiej wykładni prawa wewnętrznego, która zapewni osiągnięcie celu wynikającego z danej dyrektywy. Trzeba jednak podkreślić, że zasada prowspólnotowej wykładni napotyka na istotne ograniczenia natury praktycznej. Po pierwsze, zasada ta nie może nakładać na organy krajowe obowiązku interpretacji *contra legem*⁶. Co więcej, wydaje się, że dla oceny tego co stanowi interpretację *contra legem* w konkretnym przypadku, należy odnieść się do prawa krajowego, a nie do prawa wspólnotowego. To prawo krajowe wyznacza granice dopuszczalności prowspólnotowej wykładni prawa. Nawet jeżeli strona postępowania może domagać się od sądu krajowego dokonania prowspólnotowej wykładni prawa wewnętrznego (w większości przypadków na takim organie spoczywa tego rodzaju obowiązek), z prawa wspólnotowego nie wynika konieczność uzyskania ściśle określonego rezultatu takiej wykładni. Obowiązek dokonywania prowspólnotowej wykładni jest zatem obowiązkiem o charakterze proceduralnym. Inne ograniczenie omawianej zasady wynika z wyroku Trybunału w sprawie *Luciano Arcaro*⁷, w którym stwierdzono, że zasada prowspólnotowej wykładni prawa „nie może prowadzić do nakładania na podmioty indywidualne obowiązków wynikających z nieprawidłowo implementowanej dyrektywie”⁸.

Innym sposobem zapewnienia skuteczności dyrektyw jest odpowiednio szeroka wykładnia pojęcia państwa⁹. W ten sposób dopuszcza się możliwość bezpośredniego powołania się na dyrektywę w postępowaniach przeciwko podmiotom, które tylko w nieznacznym zakresie są powiązane z administracją państwową lub samorządową. Trzeba jednak pamiętać, że znaczna część dyrektyw wspólnotowych dotyczy stosunków prawnych pomiędzy podmiotami indywidualnymi. Mogą to być albo dyrektywy regulujące wprost stosunki prywatnoprawne (np. dotyczące ochrony konsumenta), albo dyrektywy zawierające takie mechanizmy prawa publicznego, które mogą być przedmiotem postępowania w sporach pomiędzy podmiotami prywatnymi (np. decyzje administracyjne wpływające na ważność umowy).

Istotny wpływ na skuteczność dyrektyw wywiera zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państw członkowskich z tytułu naruszenia prawa wspólnotowego. Fakt, że każda osoba, która poniosła szkodę w wyniku braku prawidłowej implementacji dyrektywy może domagać się odszkodowania od państwa członkowskiego, stanowi bez wątpienia jeden z fundamentów wspólnotowego systemu ochrony prawnej. Trzeba jednakże pamiętać, że realizacja tego uprawnienia wymaga, aby osoba poszkodowana wszczęła odpowiednie postępowanie przed sądem krajowym i spełniła

⁶ Wydaje się, że orzecznictwo Trybunału w pełni akceptuje takiego rodzaju ograniczenie. Obowiązek dokonywania prowspólnotowej wykładni stosuje się „o ile to możliwe” (ang. *as far as possible*). Por. na ten temat: Ch. Hilson, T. Downes, Making Sense of Rights in EC Law, 24 ELR 1999, s. 129 i n. Por. także ciekawe rozważania na temat granic „prowspólnotowej wykładni” – G. Betlem, The Doctrine of Consistent Interpretation – Managing Legal Uncertainty, „Oxford Journal of Legal Studies”, Vol. 22, No. 3 (2002), s. 402 i n.

⁷ Wyrok z 26 września 1996 w sprawie C-168/95, [1996] ECR, s. I-4705.

⁸ Par. 42 powołanego wyroku. Por. jednak odosobniony pogląd G. Betlema (The Doctrine of Consistent Interpretation..., s. 402), wedle którego wyrok w sprawie *Luciano Arcaro* ogranicza się wyłącznie do „odpowiedzialności karnej”.

⁹ Por. N. Póltorak, Pojęcie państwa w prawie Wspólnot Europejskich (zarys problemu) [w:] Studia z prawa Unii Europejskiej, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 93 i n.

przesłanki, zarówno formalne, jak i merytoryczne, właściwe dla tego rodzaju powództwa¹⁰. Jedną z takich przesłanek – zaakceptowaną w orzecznictwie Trybunału – jest wykazanie, że naruszenie prawa wspólnotowego jest „wystarczająco kwalifikowane” (ang. *sufficiently serious*). Jej wykazanie może być znacznie utrudnione w przypadku dochodzenia roszczeń wynikłych z nieprawidłowej implementacji dyrektyw. W rzeczywistości, jedyną sytuacją, w której z pewnością dochodzi do „wystarczająco kwalifikowanego” naruszenia prawa wspólnotowego jest całkowite zaniechanie implementacji dyrektywy¹¹. Jeżeli jednak państwo członkowskie podejmuje pewne działania w celu implementacji dyrektywy, trudno byłoby twierdzić, że każda nieprawidłowość skutkuje „wystarczająco kwalifikowanym” naruszeniem prawa wspólnotowego. Szczególnie w prawie prywatnym, w zakresie którego każde państwo członkowskie ma swą własną i odrębną tradycję, należy dopuścić znaczny margines swobody legislacyjnej w procesie implementacji dyrektyw. Inny argument wskazujący na fakt, że zasada odpowiedzialności odszkodowawczej państwa członkowskiego nie zawsze prowadzi do zapewnienia pełnej skuteczności dyrektywom wspólnotowym jest natury czysto praktycznej. Każde powództwo przeciwko skarbowi państwa oparte na wykazywaniu tak zwanej „bezprawności legislacyjnej” wymaga skomplikowanych analiz prawnych a ciężar udowodnienia materialnoprawnych przesłanek takiego roszczenia spoczywa na poszkodowanym. Okoliczności te mogą powstrzymać wiele osób od dochodzenia swoich roszczeń, szczególnie w drobnych sprawach konsumenckich.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, dyrektywa nie może nakładać obowiązków na podmioty indywidualne i tym samym, strona w postępowaniu przed organem krajowym nie może powołać się na przepis dyrektywy przeciwko podmiotowi indywidualnemu¹². Sformułowanie to rozumiano w ten sposób, że obejmuje ono nie tylko zakaz powoływania się na przepis dyrektywy w celu dochodzenia wynikających w niego praw, lecz także wyłączenie możliwości powołania się na przepis dyrektywy w celu kwestionowania roszczenia strony przeciwnej opartego na prawie krajowym sprzecznym z dyrektywą.

Wyrok z 14 lipca 1994 roku w sprawie *Faccini Dori* z pewnością nie doprowadził do zakończenia debaty dotyczącej bezpośredniego skutku dyrektywy w relacjach horyzontalnych. Najnowsze orzecznictwo Trybunału może sugerować, że dyrektywy mogą, przynajmniej w niektórych sytuacjach, odznaczać się bezpośrednim skutkiem w postępowaniach, którego stronami są podmioty indywidualne. Wyroki w sprawach *Kraaijeveld*¹³, *CIA Security*¹⁴, *Unilever Italia*¹⁵, *Linster*¹⁶, *Bernaldez*¹⁷ czy *Pafitis*¹⁸ spowo-

¹⁰ Zdaniem Trybunału, niektóre spośród tych przesłanek mogą naruszać zasadę efektywności prawa wspólnotowego. Por. wyrok z 19 listopada 1991 w sprawie C-6/90, *Francovich*, [1991] ECR, s. I-5357 oraz wyrok z 5 marca 1996 w sprawie C-46/93, *Brasserie du Pecheur*, [1996] ECR, s. I-1029.

¹¹ Por. wyrok z 8 października 1996 w sprawie C-178-9/94, 188-190/94, *Dillenkofer*, [1996] ECR, s. I-4845.

¹² Por. w doktrynie polskiej C. Mik, Europejskie prawo wspólnotowe, s. 566 i n.

¹³ Wyrok z 24 października 1996 r. w sprawie C-72/95, [1996] ECR, s. I-5403.

¹⁴ Wyrok z 30 kwietnia 1996 r. w sprawie C-194/94, [1996] ECR, s. I-2201.

¹⁵ Wyrok z 26 września 2000 r. w sprawie C-443/98, [2000] ECR, s. I-7535.

¹⁶ Wyrok z 19 września 2000 r. w sprawie C-287/98, [2000] ECR, s. I-6917.

¹⁷ Wyrok z 28 marca 1996 r. w sprawie C-129/94, [1996] ECR, s. I-1829.

¹⁸ Wyrok z 12 marca 1996 r. w sprawie C-441/93, [1996] ECR, s. I-1347.

dowały żywą dyskusję w literaturze przedmiotu, która nie ogranicza się tylko do problematyki stosowania dyrektyw wspólnotowych, lecz podejmuje ważne zagadnienia związane z ogólną definicją bezpośredniego skutku prawa wspólnotowego.

W przedstawionych poniżej rozważaniach zamierzam odnieść się do kontrowersyjnych orzeczeń oraz do wysuwanych w doktrynie teorii, które mają uzasadnić stanowisko Trybunału. Wydaje się, że w pierwszej kolejności należy ustosunkować się do orzeczeń wydanych na tle dyrektywy 83/189/EWG ustanawiającej procedurę udzielania informacji w zakresie norm i przepisów technicznych¹⁹.

¹⁹ Dz.U. L 109 z 26 kwietnia 1983 r., str. 8. Dyrektywa ta została zastąpiona dyrektywą 98/34/WE (Dz. U. L 204 z 21 lipca 1998 r., s. 37).

2. Wyłączenie zastosowania przepisów krajowych, które nie zostały notyfikowane komisji na podstawie Dyrektywy 83/189/EWG

Problematyka dotycząca stosowalności regulacji państw członkowskich, które nie były notyfikowane Komisji na podstawie dyrektywy 83/189/EWG była przedmiotem między innymi takich spraw, jak *CIA Security*, *Unilever* oraz *Eco-Emballages*²⁰. W każdej z nich, jedna ze stron w postępowaniu przed sądem krajowym powołała się na fakt, że znajdujące zastosowanie przepisy prawne nie było należycie notyfikowane. Wypada w tym miejscu przypomnieć, że omawiana dyrektywa przewiduje obowiązek notyfikowania Komisja przez państwa członkowskie projektów wszelkich aktów prawnych dotyczących norm i przepisów technicznych. Komisja może się domagać, aby państwa członkowskie – przed wejściem w życie takich regulacji – wprowadziły do nich niezbędne poprawki. Celem takiego instrumentu jest zapobieżenie uchwalaniu przepisów, które powodowałyby utrudnienia w swobodnym przepływie towarów i naruszały zakaz wynikający z art. 28 TWE.

Dwa pierwsze z powołanych wyroków, to znaczy *CIA Security* oraz *Unilever Italia*, zostały wydane jeszcze w latach dziewięćdziesiątych. W obu sprawach Trybunał stwierdził, że sądy krajowe powinny odmówić zastosowania przepisów krajowych przyjętych z naruszeniem dyrektywy 83/189/EWG, i tym samym, wynikające z takich przepisów uprawnienia nie mogły być realizowane kosztem innych stron postępowania. W wyniku obu wyroków, strony w postępowaniu przed sądem krajowym mogły powołać się na dyrektywę 83/189/EWG przeciwko innym podmiotom indywidualnym w celu wyłączenia stosowalności przepisów krajowych.

Szczególnie interesujący wydaje się stan faktyczny sprawy *Unilever Italia*. Dwie spółki włoskie, „Unilever” i „Central Food”, zawarły umowę sprzedaży oliwy z oliwek. „Central Food” odmówił przyjęcia towaru i zapłaty powołując się na fakt, że umieszczone na towarze etykiety naruszały obowiązujące w tym zakresie przepisy krajowe. „Unilever” wniósł przeciwko „Central Food” pozew domagając się zapłaty za towar. Powód podnosił, że odmowa przyjęcia towaru była bezzasadna, albowiem przepisy krajowe, na które powołał się pozwany zostały przyjęte z naruszeniem dyrektywy 83/189/EWG (brak notyfikacji).

Błędem było twierdzenie, że w obu orzeczeniach Trybunał zaakceptował bezpośredni skutek dyrektyw w aspekcie horyzontalnym. W uzasadnieniu wyroku w sprawie *Unilever Italia* Trybunał powtórzył, że na przepis dyrektywy nie można powołać się przeciwko podmiotowi indywidualnemu. Tym niemniej, zasada ta nie znalazła zastosowania w rozpatrywanej sprawie. Zdaniem Trybunału, dyrektywa 83/189/EWG

²⁰ Wyrok z 6 czerwca 2002 r. w sprawie C-159/00, [2002] ECR, s. I-5031.

nie formułuje żadnych praw ani obowiązków stron, a ponadto, nie określa zawartości normy prawnej, na podstawie której sędzia krajowy rozstrzyga spór (fr. *ne définit nullement le contenu matériel de la règle de droit sur le fondement de laquelle le juge national doit trancher le litige*)²¹. Naruszenie dyrektywy skutkuje istotnym uchybieniem proceduralnym (fr. *constitue un vice de procédure substantiel*), które czyni krajową regulację niestosowalną.

Inne wytłumaczenie „szczególnego charakteru” dyrektywy 83/189/EWG jest zawarte w opinii rzecznika generalnego Jacobsa wydanej do sprawy *Unilever Italia*²². Rzecznik wskazuje na podobieństwa pomiędzy procedurą notyfikacji określoną w dyrektywie 83/189/EWG a procedurami zawartymi w rozporządzeniu nr 17 (dotyczącym prawa konkurencji)²³ oraz w rozporządzeniu 659/1999/WE (dotyczącym pomocy publicznej)²⁴. Celem wszystkich trzech aktów prawnych nie jest harmonizacja ustawodawstwa państw członkowskich, lecz wprowadzenie prewencyjnego mechanizmu kontrolnego²⁵. Rzecznik generalny słusznie zauważył, że dyrektywa 83/189/EWG mogłaby równie dobrze być przyjęta w formie rozporządzenia, a tym samym, zasadne jest pytanie, czy orzecznictwo dotyczące bezpośredniego skutku dyrektywy może mieć jakiegokolwiek znaczenie w przypadku naruszenia obowiązku notyfikacji wynikającego z teje dyrektywy. Należy żałować, że Trybunał w uzasadnieniu wyroku w żaden sposób nie odniósł się do tej części opinii rzecznika generalnego.

Stanowisko zaprezentowane przez Trybunał w sprawach *CIA Security* i *Unilever Italia* nie wydaje się być konsekwentne w świetle wyroku w sprawie *Lemmens*²⁶. Pan Lemmens, który został oskarżony o prowadzenie samochodu pod wpływem alkoholu, powołał się w postępowaniu karnym na fakt, że regulacje krajowe dotyczące norm technicznych alkomatów zostały przyjęte z naruszeniem dyrektywy 83/189/EWG. Trybunał rozróżnił rozpatrywaną sprawę od wcześniejszego wyroku w sprawie *CIA Security* stwierdzając, że krajowe regulacje przyjęte z naruszeniem dyrektywy 83/189/EWG są niestosowalne jedynie w takim zakresie, w jakim powodują utrudnienia w swobodnym przepływie towarów. Z tego względu, naruszenie dyrektywy nie może czynić bezprawnym samego wykorzystywania towarów wyprodukowanych zgodnie z regulacją krajową, pod warunkiem, że korzystanie takie nie ma wpływu na obrót gospodarczy.

Wskazany argument nie jest do końca przekonujący. Trybunał zdaje się wykluczać całkowitą niestosowalność regulacji krajowych przyjętych z naruszeniem dyrektywy 83/189/EWG. Trybunał zauważa, że brak notyfikacji powoduje, że regulacje krajowe są niestosowalne w zakresie, w jakim utrudniają wykorzystywanie lub wprowadzanie na rynek towarów, które nie spełniają określonych w takich regulacjach

²¹ Argument odwołujący się do okoliczności, że omawiana dyrektywa nie formułuje żadnych praw ani obowiązków znajduje zrozumienie w wypowiedziach znacznej części doktryny. Por.: M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What? Back to basics*, 25 ELR 2000, s. 512; Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, s. 125; P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, Oxford 2003, s. 221 i 222. Z drugiej strony, P.J. Slot uważa, że tego typu argument nie jest przekonujący (por. komentarz do wyroku *CIA Security*, 33 CMLRev. 1996, s. 1049 i 1050).

²² [2000] ECR, s. I-7535.

²³ Rozporządzenie to zostało zastąpione rozporządzeniem 1/2003/WE i wejdzie w życie w dniu 1 maja 2004 r.

²⁴ Par. 79 i n. opinii.

wymogów (fr. *l'absence de notification de règles techniques, constituant un vice de procédure dans leur adoption, rend ces dernières inapplicables en tant qu'elles entravent l'utilisation ou la commercialisation d'un produit non conforme à ces règles*). Uzasadnienie wyroku nie zawiera jednak żadnych wskazówek, w jaki sposób określić „zakres niestosowalności” regulacji krajowych, innymi słowy, kiedy mamy do czynienia z „utrudnieniami w wykorzystywaniu towarów lub wprowadzaniu na rynek”. Być może, najważniejszym uzasadnieniem wyroku w sprawie *Lemmens* byłoby twierdzenie, że na dyrektywę mogą powoływać się tylko takie osoby, które wykażą, że dyrektywa służy ochronie ich interesów²⁷. Trzeba jednak pamiętać, że wprowadzanie tego rodzaju ograniczeń (na wzór niemieckiej *Schutznormtheorie* – teorii normy ochronnej) stoi w sprzeczności z zasadniczą linią orzeczniczą Trybunału. W sprawach dotyczących dyrektywy 85/337/EWG w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko naturalne²⁸, Trybunał zakwestionował wszelkie argumenty odwołujące się do faktu, że dyrektywa nie nadaje żadnych praw podmiotom indywidualnym a jedynie określa sposób postępowania władz publicznych²⁹. W wyroku w sprawie *Kraaijeveld* Trybunał stwierdził:

„W zakresie, w jakim organy Wspólnoty, w drodze dyrektywy, nałożyły na państwa członkowskie obowiązek przeprowadzenia określonego postępowania, praktyczny skutek takiej dyrektywy byłby osłabiony, gdyby podmioty indywidualne nie mogły powoływać się tę na dyrektywę przed sądem krajowym oraz, jeżeli sądy krajowe nie mogłyby tego uwzględnić – jako elementu prawa wspólnotowego – przy dokonywaniu oceny, czy władze krajowe w zakresie pozostawionej im swobody wyboru formy i środków implementacji, nie wykroczyły poza pozostawioną im w dyrektywie swobodę decydowania.”

Te same argumenty można by łatwo odnieść do sprawy *Lemmens*: Dlaczego strona postępowania karnego nie mogłaby się powołać na fakt, że krajowe regulacje norm technicznych w stosunku do alkomatów zostały przyjęte z naruszeniem dyrektywy 83/189/EWG? Trudno pogodzić rozstrzygnięcie w sprawie *Lemmens* – oparte na swego rodzaju *Schutznormtheorie* – z późniejszym rozstrzygnięciem w sprawie *Unilever Italia*³⁰. Zakładając, że celem dyrektywy 83/189/EWG jest eliminacja utrudnień w swobodnym przepływie towarów pomiędzy państwami członkowskimi, na jakiej podstawie strona w postępowaniu cywilnym – w sporze przeciwko podmiotowi z tego samego państwa – może powołać się na tę dyrektywę w celu uzasadnienia twierdzenia, że w sposób należyty wykonała ciężące na niej zobowiązanie umowne (dostarczenie oliwy z oliwek)? W gruncie rzeczy, celem omawianej dyrektywy nie jest ani określanie standardów dowodowych w procesie karnym, ani ingerowanie w stosunki prawne wynikające z umowy stron.

²⁵ Szczególnie zauważalne są podobieństwa pomiędzy rozporządzeniem 659/1999/WE a dyrektywą 83/189/EWG.

²⁶ Wyrok z 16 czerwca 1998 r. w sprawie C-226/97, [1998] ECR, s. I-3711.

²⁷ Por. szerzej na ten temat S. Prechal, *Does Direct Effect...*, s. 1056.

²⁸ Dz.U. L 175 z 5 lipca 1985 r., s. 40.

²⁹ Por. cytowany powyżej wyrok w sprawie *Kraaijeveld*.

³⁰ Por. na ten temat S. Weatherill, *Breach of directives and breach of contract*, 26 ELR 2001, s. 182.

Niedawny wyrok Piątej Izby Trybunału w sprawie *Eco-Emballages* może sugerować, że Trybunał modyfikuje swoje wcześniejsze stanowisko w zakresie skutków naruszenia dyrektywy 83/189/EWG³¹. Chociaż stan faktyczny sprawy był bardzo komplikowany, na potrzeby niniejszych rozważań wystarczy ograniczyć się do najważniejszych informacji. „Eco-Emballages” udzielił „Sapod Audic” licencji na umieszczenie na produkowanych towarach logo „Point vert” jako identyfikacji uczestnictwa w systemie utylizacji opakowań prowadzonym przez licencjodawcę. W ten sposób „Sapod Audic” wybrał jeden z obowiązkowych systemów utylizacji opakowań przewidzianych przez ustawodawstwo francuskie (dekret nr 92-377), które implementowało dyrektywę 75/442/EWG w sprawie odpadów³². Postanowienia dekretu nr 92-377 zostały włączone do ogólnych warunków umowy licencji, którymi posługiwał się licencjodawca. W 1996 roku „Sapod Audic” zaprzestał uiszczania opłaty licencyjnej, a w postępowaniu sądowym wszczętym przez „Eco-Emballages”, powołał się między innymi na fakt, że dekret nr 92-377 stanowi regulację norm technicznych i nie został notyfikowany Komisji na podstawie dyrektywy 83/189/EWG.

Odpowiadając na pytanie postawione przez sąd francuski rozpatrujący sprawę, Trybunał przyznał, że dekret nr 92-377 jest regulacją norm technicznych w rozumieniu dyrektywy 83/189/EWG. Gdy chodzi o konsekwencje braku notyfikacji, w pierwszej części uzasadnienia Trybunał powtórzył sformułowaną we wcześniejszych wyrokach zasadę niestosowalności ustawodawstwa krajowego przyjętego z naruszeniem dyrektywy 83/189/EWG. Niemniej jednak, w paragrafie 52 uzasadnienia czytamy:

„Należy jednak zauważyć, że w zakresie konsekwencji niestosowalności drugiego ustępu art. 4 dekretu nr 92-377, gdy chodzi o rodzaj sankcji przewidzianej przez prawo krajowe, takich jak nieważność lub niewykonalność (fr. *l'inopposabilité*) umowy pomiędzy „Sapod” i „Eco-Emballages”, to kwestia ta należy do prawa krajowego, w szczególności, gdy chodzi o zasady prawa umów ograniczające lub modyfikujące taką sankcję proporcjonalnie do rodzaju wadliwości. Tym niemniej, zasady te nie mogą być mniej korzystne aniżeli w przypadku podobnych roszczeń opartych na prawie krajowym (zasada niedyskryminacji) oraz nie mogą być kształtowane w taki sposób, aby czynić niemożliwym wykonywanie uprawnień wynikających z prawa wspólnotowego (zasada efektywności).”

Odwołanie się do zasady autonomii proceduralnej państw członkowskich oznacza, że Trybunał rozróżnia niestosowalność regulacji krajowych od skutków niestosowalności w odniesieniu do umownych stosunków zobowiązaniowych. Odnosząc się do stanu faktycznego omawianej sprawy, można sobie łatwo wyobrazić, że pomimo niestosowalności francuskiego dekretu, umowa łącząca strony jest – w świetle prawa francuskiego – w całości ważna a wynikające z niej prawa i obowiązki stron mogą być dochodzone w postępowaniu sądowym. Wprowadzone przez Trybunał rozróżnienie może zatem prowadzić do istotnych komplikacji w praktyce. W wielu przypadkach, niezwykle ciężko będzie ocenić, czy konkretne zobowiązanie

³¹ Wyrok z 6 czerwca 2002 r. w sprawie C-159/00, [2002] ECR, s. I-5031.

³² Dz. U. L 194 z 25 lipca 1975 r., s. 39.

umowne wynika z ustawodawstwa krajowego dotyczącego norm technicznych, czy też strony w pełni świadomie ukształtowały w podobny sposób stosunek umowny opierając się na zasadzie swobody umów³³. Z pewnością wskazane wątpliwości powinny być wyjaśniane w judykaturze, przede wszystkich, gdy chodzi o zakres zastosowania zasady efektywności (*effet utile*) w podobnych przypadkach.

³³ Por. interesujące rozważania M. Dougana, 40 CMLRev. 2003, s. 203 i 204; por. także S. Weatherill, *Breach of Directives...*, s. 182.

3. Inne przykłady horyzontalnego zastosowania postanowień Dyrektyw

Dopuszczenie przez Trybunał bezpośredniego skutku dyrektyw w aspekcie horyzontalnym mogą sugerować rozstrzygnięcia w sprawach *Pafitis*, *Bernáldez* oraz *Smitkline*³⁴. W odróżnieniu od wyroków omówionych powyżej, sprawy te dotyczyły wykładni „tradycyjnych” dyrektyw – służących harmonizacji ustawodawstwa państw członkowskich.

W sprawie *Pafitis* sąd grecki zwrócił się do Trybunału o wykładnię dyrektywy 77/91/EWG, która dotyczyła między innymi zmian w zakresie kapitału zakładowego spółek publicznych³⁵. W postępowaniu przed sądem krajowym, poprzedni akcjonariusze jednego z greckich banków wytoczyli powództwo przeciwko bankowi i jego aktualnym akcjonariuszom. Powodowie kwestionowali decyzję podjętą przez preza Narodowego Banku Grecji, na mocy której podniesiony został zakładowy spółki. Ich zdaniem, podniesienie kapitału wymagało zwołania walnego zgromadzenia akcjonariuszy. Chociaż Trybunał dokonał wykładni dyrektywy korzystnej dla powodów, w uzasadnieniu wyroku nie znalazła się żadna wzmianka co do możliwego zastosowania dyrektywy w aspekcie horyzontalnym.

Drugi z wyroków dotyczył wykładni dyrektywy 72/166/EWG³⁶ w sprawie odpowiedzialności cywilnej za szkody powstałe w związku z ruchem pojazdów mechanicznych. Pan Bernáldez został oskarżony o spowodowanie wypadku drogowego w trakcie prowadzenia samochodu pod wpływem alkoholu. Sąd karny w Sewilli, rozpoznając powództwo adhezyjne, nakazał mu naprawienie wszelkich szkód spowodowanych w majątku osoby trzeciej. Równocześnie, sąd oddalił powództwo w stosunku do ubezpieczyciela oskarżonego, albowiem w świetle prawa hiszpańskiego, ubezpieczyciel nie odpowiada za szkody spowodowane przez pijanego kierowcę. Rozpatrujący apelację sąd wyższej instancji powziął wątpliwości, czy tego rodzaju ograniczenie odpowiedzialności jest zgodne ze wspomnianą dyrektywą i zwrócił się w tej sprawie do Trybunału Sprawiedliwości w Luksemburgu. Trybunał orzekł, że dyrektywę należy interpretować w ten sposób, że ubezpieczyciel nie może powoływać się ani na ustawodawstwo krajowe, ani na postanowienia umowne, w celu wyłączenia odpowiedzialności za szkody wyrządzone osobom trzecim w związku z ruchem pojazdu mechanicznego. Podobnie jak w sprawie *Pafitis*, Trybunał nie odniósł się do kwestii bezpośredniego skutku dyrektywy w aspekcie horyzontalnym.

³⁴ Wyrok z 28 stycznia 1999 r. w sprawie C-77/97, [1999] ECR, s. I-431.

³⁵ Dz. U. L 26 z 31 stycznia 1977 r., s. 1.

³⁶ Dz. U. L 103 z 2 maja 1972 r., s. 1.

Kolejną sprawą, która wpisuje się w omawianą linię orzecniczą, to sprawa *Smithkline*. Pozwany – „Smithkline” wprowadzał na rynek austriacki pasty do zębów produkowane w Niemczech. W reklamach telewizyjnych oraz na opakowaniach towarów wykorzystywano informację, że pasta zapobiega parodontozie oraz przeciwdziała powstawaniu kamienia nazębnego. Przedsiębiorca konkurencyjny – „Unilever”, domagał się wydania zakazu posługiwania się taką informacją, gdyż było to sprzeczne z obowiązującym ustawodawstwem austriackim. Rozpatrujący sprawę sąd krajowy zwrócił się do Trybunału o wykładnię art. 28 TWE oraz dyrektywy 76/768/EWG³⁷ dotyczącej zbliżania ustawodawstwa państw członkowskich w odniesieniu do produktów kosmetycznych. Trybunał orzekł między innymi, że art. 6 ust. 3 teże dyrektywy wyłącza zastosowanie przepisów krajowych ograniczających wskazane sposoby reklamy pasty do zębów. Chociaż w uzasadnieniu wyroku brak jakiegokolwiek wzmianki co do bezpośredniego skutku, można przyjąć, że skutek wyroku dla sądy krajowego jest taki, że „powód nie może opierać swoich roszczeń na prawie krajowym a pozwany może powołać się na zarzut, który bezpośrednio wynika z przepisu dyrektywy”³⁸.

Twierdzenie, że w przedstawionych wyrokach Trybunał zaakceptował bezpośredni skutek horyzontalny dyrektyw byłoby z pewnością zbyt daleko idące. Jak wspomniano powyżej, w wyroku w sprawie *Unilever Italia*, wydanym po upływie dwóch lat od wyroków *Pafitis i Bernáldez*, Trybunał (w składzie 9-osobowym) potwierdził *obiter dictum*, że nie można opierać na dyrektywie roszczeń skierowanych przeciwko podmiotowi indywidualnemu. Co więcej, w wyroku w sprawie *El Corte Ingles*³⁹, który został wydany niemal w tym samym czasie co *Pafitis i Bernáldez*, Trybunał jednoznacznie wykluczył możliwość zastosowania dyrektywy przeciwko stronie będącej podmiotem indywidualnym. Ostatnia ze spraw dotyczyła powództwa, wniesionego przez instytucję finansującą przeciwko konsumentowi – pani Blazquez Riviero, o zapłatę rat kredytowych. Pani Blazquez Riviero zawarła umowę z biurem podróży, lecz wskutek nienależytego świadczenia usług, zaprzestała spłaty rat kredytowych. W owym czasie dyrektywa 87/102/EWG⁴⁰ o kredycie konsumenckim nie została jeszcze implementowana w Hiszpanii. Tym niemniej, pozwana usiłowała powołać się na art. 11 ust. 2 dyrektywy i zażądała od powoda odszkodowania za szkodę wynikłą z nienależytego wykonania umowy przez biuro podróży (usługodawcę).

Trybunał potwierdził swoje stanowisko co do odmowy przyznania dyrektywie bezpośredniego skutku horyzontalnego również w wyroku w sprawie *Centrosteeel*⁴¹. Sąd włoski zwrócił się do Trybunału o wykładnię dyrektywy 86/653/EWG⁴² o niezależnych agentach handlowych, pomimo, że identyczne zagadnienie było już przedmiotem wcześniejszego orzeczenia wydanego w innej sprawie⁴³. Zwracający się z pytaniem sąd krajowy miał jednak wątpliwość, czy zastosowana przez Trybunał w po-

³⁷ Dz. U. L 262 z 27 września 1976 r., s. 169.

³⁸ P. Craig, G. de Burca, EU Law, s. 223.

³⁹ Wyrok z 7 marca 1996 r. w sprawie C-192/94, [1996] ECR, s. I-1281.

⁴⁰ Dz. U. L 42 z 12 lutego 1987 r., s. 48.

⁴¹ Wyrok z 13 lipca 2000 r. w sprawie C-456/98, [2000] ECR, s. I-6007.

⁴² Dz. U. L 382 z 31 grudnia 1986 r., s. 17.

⁴³ Wyrok z 30 kwietnia 1998 r. w sprawie C-215/97, *Bellone*, [1998] ECR, s. I-2191.

przedniej sprawie wykładnia dyrektywy może być zastosowana w sporze pomiędzy podmiotami prywatnymi. Trybunał po raz kolejny potwierdził, że w takiej sytuacji sąd krajowy może jedynie ograniczyć się do dokonania „prowspólnotowej wykładni” prawa krajowego, a wykluczone jest bezpośrednie zastosowanie dyrektywy.

W omawianą linię orzecznictwa wpisuje się również postanowienie Trybunału wydane 24 października 2002 roku w sprawie *Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (RAS)*⁴⁴. Sąd włoski zadał Trybunałowi kilka pytań dotyczących wykładni dyrektywy 73/239/EWG⁴⁵ w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do podejmowania i prowadzenia działalności w dziedzinie ubezpieczeń bezpośrednich innych niż ubezpieczenia na życie. Z okoliczności sprawy wynikało niezbicie, że ustawodawstwo włoskie w zakresie, w jakim wprowadzało maksymalną wysokość składki ubezpieczeniowej z tytułu odpowiedzialności za szkody spowodowane ruchem pojazdów mechanicznych, było sprzeczne z art. 8 ust. 3 teżej dyrektywy (w wersji znowelizowanej dyrektywą 92/49/EWG). Skutkiem wyłączenia zastosowania przedmiotowej regulacji włoskiej byłoby nałożenie na pozwanego (osoby ubezpieczonej) obowiązku zapłaty składki ubezpieczeniowej w pełnej wysokości. Wskazując na fakt, że odpowiedź na postawione przez sąd krajowy pytania wynika w sposób oczywisty w dotychczasowego orzecznictwa, Trybunał potwierdził swoje stanowisko w zakresie bezpośredniego skutku dyrektywy:

„Odpowiadając na pytania sądu krajowego należy przypomnieć, że z ugruntowanego orzecznictwa wynika, że sąd krajowy stosując prawo wewnętrzne, uchwalone przed lub po wydaniu dyrektywy, ma obowiązek dokonywania takiej jego wykładni, aby – o ile to możliwe – uczynić zadość brzmieniu i celom postanowień dyrektywy i w ten sposób dostosować się do dyspozycji art. 249 TWE. Tym niemniej, dyrektywa sama w sobie, nie może nakładać obowiązków na osoby prywatne, ani nie może być podstawą roszczeń przeciwko takim osobom.”

Ustosunkowując się do stanu faktycznego sprawy, Trybunał zwrócił uwagę:

„W niniejszej sprawie w sposób oczywisty wynika z informacji przedstawionych przez sąd krajowy, jak i z pisemnych stanowisk stron, że celem powództwa jest żądanie skierowane do sądu krajowego, aby nie zastosował regulacji krajowej na tej podstawie, że narusza ona dyrektywę 73/239 oraz 92/49, i wydał wyrok nakazujący panu Lo Bue zapłatę składki ubezpieczeniowej w wysokości przewyższającej tę, która wynika z ustawodawstwa krajowego.

Jednakże, w związku z orzecznictwem powołanym w paragrafie 19 niniejszego postanowienia, wykładnia art. 8 ust. 3 dyrektywy 73/249 oraz art. 29 i 39 dyrektywy 92/49, o którą zwrócił się sąd krajowy, nie może w żadnym wypadku umożliwić wydanie wyroku zasądzającego od pana Lo Bue za-

⁴⁴ C-233/01, [2002] ECR, s. I-9411.

⁴⁵ Dz. U. L 228 z 16 sierpnia 1973 r., s. 3.

płatę składki ubezpieczeniowej w wysokości przewyższającej wysokość składki, która wynika z ustawodawstwa krajowego.”

Jeżeli zatem Trybunał jednoznacznie wyklucza bezpośredni skutek horyzontalny dyrektyw, jak wytłumaczyć rozstrzygnięcia w takich sprawach, jak *Pafitis*, *Bernáldez* oraz *Smithkline*?⁴⁶:

⁴⁶ Podobne wątpliwości powoduje orzecznictwo dotyczące równouprawnienia płci. Por. np. wyrok z 22 kwietnia 1997 r. w sprawie *Draehmpaehl* ([1997] ECR, s. I-2195). Powód w postępowaniu przed sądem krajowym powołał się na dyrektywę 76/207/EWG o równouprawnieniu w celu wykazania, że w prawie krajowym brak „rzeczywistej i efektywnej ochrony sądowej”. Por. interesujące rozważania na ten temat: M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, s. 515; G. Betlem, *The Doctrine of Consistent Interpretation...*, s. 401 i 402.

a) Trybunał podejmuje problematykę bezpośredniego skutku tylko wówczas, gdy pytanie sądu krajowego dotyczy tego wprost

Pierwszym wytłumaczeniem, jak się nasuwa, polega na tym, że we wskazanych wyrokach Trybunał nie odpowiadał na pytania dotyczące bezpośredniego skutku dyrektyw⁴⁷. Pytania sądów krajowych dotyczyły wyłącznie interpretacji postanowień dyrektyw i tym samym, Trybunał nie mógł z urzędu rozważać problematyki bezpośredniego skutku. Innymi słowy, decyzja co do konsekwencji wykładni Trybunału dla postępowania głównego, została pozostawiona wyłącznej kompetencji sądu krajowego. Taki pogląd znajduje potwierdzenie w niedawnej wypowiedzi sędziego Trybunału Moitinho de Almeida, który stwierdził:

„Gdy chodzi wyroki *Bernaldez* i *Bellone* [...] należy zauważyć, że Trybunał ograniczył się do udzielenia odpowiedzi na postawione pytania i nie zwracał sądowi krajowemu uwagi na fakt, że dyrektywa nie wywiera bezpośredniego skutku horyzontalnego.”⁴⁸

Należy przy tym podkreślić, że we wszystkich sprawach, w których pytania sądów krajowych dotyczyły wprost bezpośredniego skutku dyrektyw w aspekcie horyzontalnych (np. *Faccini Dori* czy *El Corte Ingles*), odpowiedź Trybunału była negatywna.

Z drugiej strony, w sprawach *Pafitis*, *Bernaldez* oraz *Smithkline* było oczywiste dla Trybunału, że stronami w postępowaniach przed sądami krajowymi były podmioty indywidualne. Trybunał miał więc świadomość tego, że uwzględnienie przez sądy krajowe dokonanej przez niego wykładni dyrektyw może skutkować nałożeniem zobowiązań na jedną ze stron postępowania. Niektórzy autorzy wątpią, czy rzeczywiście Trybunał wydawałby wyrok mając świadomość tego, że i tak nie wpłynie on na wynik postępowania przed sądem krajowym z uwagi na brak bezpośredniego skutku horyzontalnego⁴⁹.

Odnosząc się do tego ostatniego argumentu, należy wskazać na istotę postępowania o wydanie orzeczenia prejudycjalnego w trybie art. 234 TWE. Trybunał nie powinien odmówić dokonania wykładni dyrektywy tylko na tej podstawie, że wykładnia ta nie może posłużyć sądowi krajowemu do wydania wyroku z uwagi na brak bezpośredniego skutku w aspekcie horyzontalnym. Potwierdza to najnowsze orzecznictwo:

„Do wyłącznej kompetencji sądu krajowego, przed którym toczy się postępowanie główne, i który samodzielnie ponosi odpowiedzialność za rozstrzygnięcie sprawy, należy dokonanie – w świetle całokształtu okoliczno-

⁴⁷ Por. W. van Gerven, *Of Rights and Remedies in the Enforcement of European Community Law before National Courts: From the Communitarization of Domestic Law towards the Europeanization of Community Law*, Collected Courses of the Academy of European Law, Volume VIII, Book 1, Kluwer Law International 2001, s. 259 i 260.

⁴⁸ J. C. Moitinho de Almeida, *L'effet direct des directives, l'interprétation conforme du droit national et la jurisprudence de la Cour Suprême de Justice portugaise [w:] Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, (Hrsg.) N. Colneric, D. Edward, J.-P. Puissechet, D. Ruiz-Jarabo Colomer, Berlin 2003, s. 237.

⁴⁹ P. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution and Invocability of Exclusion: Bringing Legal Realism to the Current Developments of the Case-Law of "Horizontal" Direct Effect of Directives*, Jean Monnet Working Papers 7/02, NYU School of Law, s. 14.

ści – oceny konieczności bądź potrzeby zwrócenia się z wnioskiem o wydanie orzeczenia prejudycjalnego.⁵⁰

Co do zasady zatem, Trybunał powinien dokonać wykładni dyrektywy, nawet wówczas, jeżeli postępowanie przed sądem krajowym toczy się pomiędzy podmiotami indywidualnymi. Sędzia krajowy może potrzebować wykładni dyrektywy z kilku powodów, nie tylko wówczas, gdy zamierza bezpośrednio zastosować przepis dyrektywy. Zwykle, instytucja orzeczenia prejudycjalnego jest instrumentem, którego celem jest ułatwienie sądowi krajowemu dokonania wykładni ustawodawstwa krajowego implementującego dyrektywę bądź też, w przypadku braku implementacji, istniejącego uprzednio ustawodawstwa krajowego, tak aby uzyskać rezultat zbieżny z celami dyrektywy (zasada „prowspólnotowej wykładni”). W żadnym wypadku Trybunał w Luksemburgu nie może dokonywać samodzielnie wykładni prawa krajowego, ani też określać granic obowiązku dokonywania „prowspólnotowej wykładni” przez sąd krajowy. Te kwestie należą wyłącznie do prawa krajowego. W sprawach *Pafitis*, *Bernáldez* oraz *Smithkline* Trybunał wskazał sądom krajowym wykładnię postanowień dyrektyw, lecz pozostawił do ich samodzielnego uznania, czy obowiązujące prawo krajowe pozwala na taką interpretację, która byłaby zbieżna z wykładnią dyrektywy dokonaną przez Trybunał⁵¹. Taki wniosek zdają się potwierdzać, powołane wyżej, orzeczenia wydane na tle dyrektywy 86/653/EWG o niezależnych agentach handlowych. W sprawie *Bellone* Trybunał dokonał wykładni niektórych postanowień tej dyrektywy, pomimo że stronami postępowaniu głównego były podmioty indywidualne. W późniejszym wyroku w sprawie *Centrosteel*, która dotyczyła tego samego zagadnienia, inny sąd tego samego państwa członkowskiego wyraził wątpliwość, czy zastosowanie wykładni dyrektywy z wyroku *Bellone*, może prowadzić do nałożenia obowiązków na podmioty indywidualne. Trybunał stwierdził jednoznacznie, że dyrektywa nie może prowadzić do nałożenia tego rodzaju obowiązków, a zatem rola sądu krajowego ogranicza się do dokonania „prowspólnotowej wykładni” prawa krajowego:

„Sąd krajowy powinien dokonać takiej wykładni prawa wewnętrznego, aby – o ile to możliwe – uczynić zadość brzmieniu i celom postanowień dyrektywy i w ten sposób dostosować się do dyspozycji art. 249 ust. 3 TWE.”

Taka argumentacja zdaje się tłumaczyć niedawne rozstrzygnięcia Trybunału w sprawach *Oceano*⁵² i *Heininger*⁵³. Obie sprawy dotyczyły wykładni dyrektyw konsumenckich a stronami postępowań głównych były podmioty indywidualne. Z okoliczności obu spraw nie wynikało jednak, czy sądy krajowe będą mogły dokonać takiej wykładni prawa wewnętrznego, aby uczynić zadość celom odpowiednich dyrektyw. Trybunał ograniczył się zatem do udzielenia odpowiedzi na postawione przez sądy

⁵⁰ Wyrok z 1 grudnia 1998 r. w sprawie C-200/97, *Ecotrade*, [1998] ECR, s. I-7907.

⁵¹ Prawdą jest, że wielu przypadkach różnica pomiędzy bezpośrednim zastosowaniem dyrektywy a „prowspólnotową wykładnią” prawa krajowego może być wątpliwa. Problematyka ta wykracza jednak poza ramy niniejszych rozważań. Por. na ten temat G. Betlem, *The Doctrine of Consistent Interpretation...*, s. 399 i n.

⁵² Wyrok z 27 czerwca 2000 r. w sprawie C-244/98, [2000] ECR, s. I-4941.

⁵³ Wyrok z 13 grudnia 2001 r. w sprawie C-481/99, [2001] ECR, s. I-9945.

krajowe pytania. Z kolei w wyroku w sprawie *Daihatsu Deutschland*⁵⁴, Trybunał dokonał zarówno wykładni przepisu dyrektywy, jak i – odpowiadając na wyraźne pytanie sądu krajowego – wykluczył jego bezpośredni skutek w aspekcie horyzontalnym.

Wedle mojej wiedzy, Trybunał tylko w jednym przypadku, to znaczy w sprawie *Riunione Adriatica di Sicurtà SpA (RAS)*, z własnej inicjatywy wskazał sądowi krajowemu na brak bezpośredniego skutku dyrektywy w aspekcie horyzontalnym. Trybunał zauważył, że „z informacji przedstawionych przez sąd krajowy, jak i z pisemnych stanowisk stron” w sposób oczywisty wynika, że „celem powództwa jest żądanie skierowane do sądu krajowego, aby nie zastosował regulacji krajowej” na tej podstawie, że narusza ona odpowiednią dyrektywę.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że Trybunał – dokonując interpretacji dyrektywy – odnosi się do problematyki bezpośredniego skutku, jeżeli:

— pytanie sądu krajowego dotyczy tego właśnie zagadnienia;

lub

— z informacji przedstawionych przez sąd krajowy, jak i z pisemnych stanowisk stron w sposób oczywisty wynika, że celem postępowania głównego jest zastosowanie dyrektywy w celu nałożenia obowiązków na podmiot indywidualny.

W literaturze pojawił się jeszcze inny argument, który idzie naprzeciw sugerowanemu wyjaśnieniu rozbieżności w orzecznictwie Trybunału⁵⁵. Pomimo, że prawo wspólnotowe wyłącza możliwość bezpośredniego powoływania się na przepis dyrektywy przeciwko podmiotowi indywidualnemu, nie można wykluczyć, że taka możliwość wynika z prawa krajowego (materialnego lub procesowego). Z tego względu, sędzia krajowy może zwrócić się do Trybunału, nawet w postępowaniu pomiędzy podmiotami indywidualnymi, w celu dokonania wykładni przepisu dyrektywy, który zamierza bezpośrednio zastosować, pod warunkiem, że prawo wewnętrzne na to zezwala.

⁵⁴ Wyrok z 4 grudnia 1997 r., w sprawie C-97/96, [1997] ECR, s. I-6843.

⁵⁵ J. Stuyck, Komentarz do wyroków *El Corte Ingles, Bernáldez and Pafitis*, 33 CMLRev. 1996, s. 1272.

b) Zastosowanie dyrektywy jako „tarczy” lub jako „miecza”

Orzecznictwo Trybunał skłoniło niektórych przedstawicieli doktryny⁵⁶ do sformułowania teorii opartej na rozróżnieniu zastosowania dyrektywy „jako tarczy” i „jako miecza”. Twierdzi się, na dyrektywę nie można się powołać w celu dochodzenia praw w stosunku do podmiotu prywatnego (jako „miecz”). Z drugiej strony, wykorzystanie dyrektywy będzie dopuszczalne, jeżeli służy to odparciu roszczenia opartego na sprzecznym z dyrektywą prawie krajowym (jako „tarcza” – ang. *protective screen against contrary national law*).

Tego rodzaju argumentacja jest mało przekonująca i nawet sami jej autorzy przyznają, że nie wyjaśnia ona kontrowersji związanych z wyrokami w sprawach *Pafitis*, *Bernáldez* oraz *Smithkline*⁵⁷. Ponadto, kryteria służące rozróżnieniu obu sposobów zastosowania dyrektywy są nazbyt ogólnikowe⁵⁸.

⁵⁶ Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, s. 125.

⁵⁷ Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, s. 126.

⁵⁸ Por. M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, s. 516

c) Istnienie „elementu publicznoprawnego”

Wątpliwości wynikające z orzecznictwa Trybunału są wyjaśniane poprzez odwołanie się do elementów publicznoprawnych, które mają decydować o możliwości bezpośredniego zastosowania dyrektywy w aspekcie horyzontalnym. Niektórzy autorzy⁵⁹ zwracają uwagę na fakt, że sprawa *Bernáldez* dotyczyła postępowania karne- go, a w sprawie *Pafitis* – decyzja o podwyższeniu kapitału zakładowego miała charakter quasi-administracyjny.

Nie można twierdzić, że istnienie „elementu publicznoprawnego” mogło mieć jakikolwiek wpływ na rozstrzygnięcie kontrowersyjnych orzeczeń i może prowadzić do uchylecia zakazu bezpośredniego stosowania dyrektywy w aspekcie horyzontalnym. Rozgraniczenie sfery prawa publicznego i prywatnego jest różnie pojmowane w poszczególnych państwach członkowskich, a ponadto – nawet w ramach jednego systemu prawnego – kryteria takiego rozgraniczenia są niejasne⁶⁰.

Wady omawianej argumentacji łatwo przedstawić na przykładzie orzecznictwa. Odwołując się do stanu faktycznego sprawy *Bernáldez*, nie można twierdzić, że jedynym czynnikiem, który uzasadniałby możliwość bezpośredniego zastosowania dyrektywy było toczące się postępowanie karne. Nielogiczne byłoby, gdyby poszkodowany w wypadku drogowym mógł oprzeć się na dyrektywie w sytuacji, gdy dochodzi swoich roszczeń w postępowaniu adhezyjnym, a nie mógł tego uczynić, jeżeli sam wyta- cza powództwo przeciwko ubezpieczycielowi przed sądem cywilnym⁶¹.

Należy zauważyć, że niektórzy autorzy⁶² – odwołując się do teorii „elementu publicznoprawnego” – sformułowali argumentację, która uzasadnia stanowisko Trybunału w sprawach dotyczących wykładni dyrektywy 83/189/EWG. Ich zdaniem, sprawy te ilustrują zasadę, zgodnie z którą rozpoznawanie niektórych kwestii publicznoprawnych o charakterze wstępnym (ang. *preliminary public law issue*), takich jak sprzeczność regulacji krajowych z normami prawa wyższego rzędu, może mieć pośredni wpływ na rozstrzygnięcie sporów prywatnoprawnych. Dyrektywa 83/189/EWG określa – w granicach prawa publicznego – które regulacje krajowe nie mogą być stosowane z uwagi na brak notyfikacji. Kwestia ta musi zostać rozstrzygnięta zanim sąd krajowy rozpozna istotę sporu – czyli prawa i obowiązki stron stosunku cywilnoprawnego, które z kolei zależą wyłącznie od obowiązującego prawa prywatnego i nie mają nic wspólnego z bezpośrednim stosowaniem dyrektyw.

⁵⁹ Por.: Ch. Hilson, T. Downes, *Making Sense of Rights...*, s. 126 i 127; J. Stuyck, *Komentarz do wyroków El Corte Ingles, Bernáldez and Pafitis*, s. 1269.

⁶⁰ Por. interesujące rozważania M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, s. 515.

⁶¹ Por. szczegółową analizę rodzajów postępowań, w których potencjalnie może dojść do zastosowania dyrektywy: D. Colgan, *Triangular Situations: The Coup de Grâce for the Denial of Horizontal Direct Effect of Community Directives*, 8 EPL 2002, s. 554 i n.

⁶² M. Dougan, 40 CMLRev. 2003, s. 206, który odwołuje się do poglądów S. Prechal; G. Betlem, *The Doctrine of Consistent Interpretation...*, s. 409 i n.; P. Craig, G. de Burca, *EU Law*, s. 222.

Pomimo pewnych braków⁶³, zaprezentowana teoria w sposób zasadny wskazuje na szczególny charakter dyrektywy 83/189/EWG i zwraca uwagę na istotną różnicę pomiędzy niestosowalnością regulacji krajowej a jej wpływem na stosunki prawa cywilnego. Niemniej jednak, nie wyjaśnia ona zasadniczych wątpliwości wynikających z wyroków w sprawach *Pafitis*, *Bernáldez* oraz *Smithkline*.

⁶³ Por. M. Dougan, 40 CMLRev. 2003, s. 207 i n. Należy również zadać pytanie, czy zaprezentowana argumentacja nie prowadzi de facto do kwestionowania charakteru prawnego dyrektywy 83/189/EWG, co sugerował rzecznik generalny Jacobs w opinii do *Unilever Italia* (p. wyżej).

d) Pozytywne i negatywne zastosowanie dyrektywy (l'invocabilité de substitution i l'invocabilité d'exclusion)

Niezwykle interesująca argumentacja została zaprezentowana w najnowszej literaturze⁶⁴. Jej autorzy podnoszą, że sprawy tradycyjnie analizowane z punktu widzenia teorii „skutku bezpośredniego” należy podzielić na dwie kategorie. W pierwszej z nich, chodzi o powoływanie się na prawo wspólnotowe w celu uzyskania uprawnień, które nie wynikają z prawa krajowego (fr. *l'invocabilité de substitution*, tzw. „zastosowanie pozytywne”). Druga kategoria obejmuje natomiast te sytuacje, w których powołanie się na prawo wspólnotowe zmierza jedynie do wyłączenia zastosowania prawa krajowego (fr. *l'invocabilité d'exclusion*, tzw. „zastosowanie negatywne”)⁶⁵. W tym kontekście, powołani autorzy twierdzą, że sprawy, w których Trybunał zdaje się akceptować bezpośredni skutek dyrektyw w aspekcie horyzontalnym (*Bernaldez*, *Pafitis* oraz *Draehmpaehl*) należą do tej drugiej kategorii. Tym samym, dopuszczalne jest powołanie się na dyrektywę, nawet w stosunku do podmiotu indywidualnego, jeżeli strona nie wywodzi swych roszczeń z samej dyrektywy, lecz jedynie domaga się wyłączenia sprzecznego z dyrektywą przepisu krajowego. Podnosi się, że podział na dwie wskazane kategorie, odpowiada fundamentalnym zasadom stosowania prawa wspólnotowego, to znaczy zasadzie bezpośredniego skutku – gdy chodzi o zastosowanie pozytywne (*l'invocabilité de substitution*) oraz zasadzie pierwszeństwa – gdy chodzi o zastosowanie negatywne (*l'invocabilité d'exclusion*)⁶⁶.

Trzeba podkreślić, że wskazany podział nawiązuje do – obecnego w doktrynie od kilku lat – podziału na skutek bezpośredni w znaczeniu obiektywnym i subiektywnym⁶⁷. Ten drugi rodzaj bezpośredniego skutku jest uzależniony od tego, czy norma prawa wspólnotowego nadaje stronie prawa podmiotowe. Orzeczenia Trybunału wydane na tle dyrektywy 85/337/EWG w sprawie oceny skutków wywieranych przez niektóre przedsięwzięcia publiczne i prywatne na środowisko naturalne⁶⁸ (np. *Kraaijeveld* lub *Linster*) wykazują, że taki podział ma niezwykle istotne znaczenia dla prawidłowego rozumienia zasad stosowania prawa wspólnotowego. Tym niemniej, przydatność takiego podziału dla wyjaśnienia wątpliwości związanych z bezpośrednim skutkiem horyzontalnym dyrektyw wydaje się kontrowersyjna.

Nie sposób zaprzeczyć, że zaletą omawianej teorii jest jej ściśle powiązanie z ugruntowanymi koncepcjami prawa wspólnotowego. Wyjaśnia ona także niektóre z orzeczeń Trybunału. Zastrzeżenia dotyczą przede wszystkim trudności z jej zasto-

⁶⁴ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, Horizontal What?..., s. 516 i n.; P. Figueroa Regueiro, Invocability of Substitution..., s. 27 i n.

⁶⁵ Powoływani autorzy odwołują się do argumentów oraz terminologii zawartej w opinii rzecznika generalnego Légera wydanej do sprawy *Linster* (opinia z 11 stycznia 2000 r., [2000] ECR I-6917, paragrafy 57 i n.).

⁶⁶ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, Horizontal What?..., s. 521.

⁶⁷ Por. M. Ruffert, Rights and Remedies in European Community Law: A Comparative View, 34 CMLRev. 1997, s. 320 i n.; S. Prechal, Does Direct Effect..., s. 1053; P. Craig, G. de Burca, EU Law, s. 181 i n.

⁶⁸ Dz. U. L 175 z 5 lipca 1985 r., s. 40.

sowaniem w praktyce. Rozgraniczenie pojęcia „zastosowania pozytywnego” i „zastosowania negatywnego” jest niemal tak samo skomplikowane, jak rozróżnienie zastosowania dyrektywy „jako tarczy” i „jako miecza”.

Jeden z autorów – P. Figueroa Regueiro⁶⁹ twierdzi, że sprawa *Ingmar*⁷⁰ stanowi typowy przykład „zastosowania negatywnego” dyrektywy. Sprawa ta dotyczyła wykładni art. 17 i art. 18 dyrektywy 86/653/EWG o niezależnych agentach handlowych, które określają przesłanki roszczenia odszkodowawczego agenta przeciwko mocodawcy w przypadku rozwiązania umowy agencji. Dyrektywa ta została prawidłowo implementowana w Wielkiej Brytanii. W 1989 roku dwoje przedsiębiorców – „Ingmar” i „Eaton” – zawarło umowę agencyjną, na podstawie której „Ingmar” działał jako agent „Eaton” w Wielkiej Brytanii. Jedno z postanowień umownych przewidywało właściwość prawa stanu Kalifornia. Po rozwiązaniu umowy, „Ingmar” wszczął postępowanie sądowe domagając się odszkodowania za szkodę wynikłą z rozwiązania umowy. Pytanie sądu krajowego dotyczyło tego, czy art. 17 i art. 18 dyrektywy należy zastosować, jeżeli agent działał na terytorium państwa członkowskiego a kontrakt zawierał klauzulę wyboru prawa państwa trzeciego. Pomimo, że stronami postępowania były podmioty indywidualne, Trybunał orzekł:

„Artykuły 17 i 18 dyrektywy Rady 86/653/EWG w sprawie zbliżania ustawodawstwa państw członkowskich dotyczącego niezależnych agentów handlowych, które gwarantują agentom uprawnienia po rozwiązaniu umowy agencyjnej, powinny być zastosowane, jeżeli agent działał na terytorium państwa członkowskiego, pomimo że mocodawca ma siedzibę w państwie trzecim i umowa zawiera klauzulę wyboru prawa tego państwa.”

Zdaniem P. Figueroa Regueiro, skutkiem wyroku Trybunału jest wyłączenie możliwości zastosowania prawa angielskiego („zastosowanie negatywne”), a konkretnie – przepisu który „umożliwił stronom umowy agencyjnej dokonanie wyboru prawa państwa trzeciego”⁷¹. Stanowisko takie jest nie tylko bezpodstawne, lecz także pomija najważniejsze aspekty sprawy *Ingmar*. W rzeczywistości Trybunał orzekł, że artykuły 17 i 18 dyrektywy powinny być potraktowane przez sądy państw członkowskich jako „przepisy wymuszające swojej zastosowanie”, to znaczy, że powinny być zastosowane niezależnie od tego, jakiemu systemowi prawnemu podlegają umowne stosunki zobowiązaniowe⁷². W omawianej sprawie, strony poddały umowę prawu stanu Kalifornia, lecz skutek tego, że agent działał na terytorium państwa członkowskiego, przepisy gwarantujące agentowi szczególne uprawnienia winny być zastosowane. Oznacza to, że „Ingmar” mógł powołać się na odpowiednie przepisy prawa angielskiego, które implementowały artykuły 17 i 18 dyrektywy 86/653/EWG.

⁶⁹ P. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution...*, s. 32 i n.

⁷⁰ Wyrok z 9 listopada 2000 r. w sprawie C-381/98, [2000] ECR, s. I-9305.

⁷¹ “[T]he national provisions according to which the parties to the agency contract may agree for it to be governed by the law of a non-member State should be disappplied. The contract would be ruled by the British transposing measures and as a consequence the national court could comply with the directive by granting damages on the basis of national legislation.” (P. Figueroa Regueiro, *Invocability of Substitution...*, s. 33).

⁷² Por. art. 7 konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych.

Sąd krajowy nie musiał zatem przyznać skutku bezpośredniego przepisom dyrektywy, lecz spoczywał na nim obowiązek dokonania takiej wykładni prawa krajowego, aby dostosować się do orzeczenia Trybunału⁷³.

Dopuszczalność wyboru prawa dla umownych stosunków zobowiązaniowych wynika z zasady autonomii woli, która jest obecna także w prawie wspólnotowym⁷⁴. Argument, że „przepis krajowy, na podstawie którego strony umowy agencyjnej wybrały prawo państwa trzeciego, jest niestosowalny” jest błędny z kilku powodów. Po pierwsze, nie wiadomo, o jaki przepis chodzi: Czy jest to zasada autonomii woli? Co w sytuacji, jeżeli właściwość prawa stanu Kalifornia wynikałaby z norm kolizyjnych mających zastosowanie w braku wyboru prawa (np. jako prawo najściślej związane lub jako prawo miejsca siedziby mocodawcy)? Po drugie, nic w wyroku Trybunału nie sugeruje, że strony umowy nie mogły wybrać prawa państwa trzeciego. Z art. 19 dyrektywy 86/653/EWG wynika, że strony nie mogą wyłączyć zastosowania jedynie art. 17 i art. 18, a tym samym, prawa i obowiązki stron mogą w pozostałym zakresie podlegać prawu stanu Kalifornia.

Inni autorzy⁷⁵, wskazując na wyrok w sprawie *Bernáldez*, uważają, że dotyczy on jedynie wyłączenia zastosowania prawa krajowego sprzecznego w dyrektywą („zastosowanie negatywne”). Na ten wyrok można jednak spojrzeć z innej perspektywy. Poszkodowany w wypadku samochodowym może żądać odszkodowania od sprawcy na podstawie przepisów o odpowiedzialności deliktowej, które obowiązują w Hiszpanii. Odpowiedzialność ubezpieczyciela natomiast, ma charakter uzupełniający a jej zakres określa umowa ubezpieczenia zawarta pomiędzy ubezpieczycielem a sprawcą szkody oraz obowiązujące w Hiszpanii ustawodawstwo w zakresie odpowiedzialności cywilnej. W omawianej sprawie, odpowiedzialność ubezpieczyciela nie powstała, a zatem poszkodowanemu nie przysługiwało przeciwko niemu roszczenie. W tych okolicznościach fakt, że poszkodowany mógł powołać się na dyrektywę, aby powstało jego roszczenie w stosunku do ubezpieczyciela, musi być potraktowany jako „pozytywne zastosowanie” prawa wspólnotowego.

Obie sprawy, zarówno *Ingmar*, jak i *Bernáldez*, ilustrują, że rozróżnienie zastosowania „pozytywnego” i „negatywnego” dyrektywy ma charakter wyłącznie formalny. W zależności od tego, w jaki sposób będziemy analizować konkretną sprawę, możemy dojść do oczekiwanego rezultatu. Należy pamiętać, że szczególnie, gdy chodzi o spory na tle umów cywilnoprawnych, może okazać się niezwykle trudne określenie, które elementy stosunku cywilnoprawnego wynikają z obowiązującego ustawodawstwa, a które są rezultatem autonomii woli stron. Dobitnie ilustruje to stan faktyczny sprawy *Eco-Emballages*. Strony zawarły umowę, której elementem były również ogólne warunki umów – wzorowane na obowiązującym we Francji ustawodawstwie⁷⁶. Jest oczywiste, że sankcja niestosowalności prawa krajowego („zastosowanie negatywne”) może dotyczyć jedynie ustawodawstwa i nie może obejmować praw i obowiązków

⁷³ Skutek bezpośredni należałoby rozważyć tylko wówczas, jeżeli okazałoby się, że art. 17 i 18 dyrektywy nie zostały implementowane w Wielkiej Brytanii.

⁷⁴ Por. art. 3 konwencji rzymskiej o prawie właściwym dla zobowiązań umownych.

⁷⁵ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, s. 519.

⁷⁶ Por. interesujące rozważania M. Dougana, 40 CMLRev. 2003, s. 203 i n.

stron mających swe źródło w umowie cywilnoprawnej. W każdym przypadku, gdy prawo wspólnotowe, poprzez zasadę skutku bezpośredniego, modyfikuje prawa i obowiązki stron, które zostały określone w umowie, mamy raczej do czynienia z „zastosowaniem pozytywnym” prawa wspólnotowego.

Inne argumenty podnoszone przez zwolenników omawianego podziału również nie są w pełni przekonujące. Po pierwsze twierdzenie, że „tradycyjne przesłanki skutku bezpośredniego” nie muszą być spełnione jeżeli mamy do czynienia jedynie z wyłączeniem zastosowania prawa krajowego⁷⁷ nie oznacza, że obie kategorie stosowania prawa wspólnotowego należy traktować odmiennie⁷⁸.

Nie można jednak zapominać, że argumentacja oparta na omawianym rozróżnieniu sposobów stosowania prawa wspólnotowego znajduje coraz więcej zwolenników. Rzecznicy generalni Saggio⁷⁹, Alber⁸⁰ i Ruiz-Jarabo Colomer⁸¹ opowiedzieli się za przyznaniem bezpośredniego skutku dyrektyw w aspekcie horyzontalnym, pod warunkiem, że ograniczałoby się to do wyłączenia zastosowania prawa krajowego sprzecznego z dyrektywą („zastosowanie negatywne”).

⁷⁷ M. Lenz, D.S. Tynes, L. Young, *Horizontal What?...*, s. 518.

⁷⁸ Prawdą jest, że tradycyjne przesłanki bezpośredniego skutku („bezwarunkowość” i „wystarczająca precyzyjność”) tracą swe znaczenie. Ponośi się, że przesłanki bezpośredniego skutku muszą być rozpatrywane w zależności od kontekstu, w jakim dojdzie do zastosowania przepisów wspólnotowych (S. Prechal, *Does Direct Effect...*, s. 1064).

⁷⁹ Opinia do sprawy C-244/98, *Oceano*, [2000] ECR I-4961, par. 38.

⁸⁰ Opinia do sprawy C-343/98, *Collino and Chiappero*, [2000] ECR I-6670, par. 30.

⁸¹ Opinia do sprawy C-397 i 403/01, *Pfeiffer* (jeszcze niepublikowana).

e) Bezpośredni skutek dyrektywy w relacjach „triangularnych”

Inne wyjaśnienie rozbieżności w orzecznictwie Trybunału polega na rozpatrywaniu kontrowersyjnych wyroków w kontekście tak zwanego „triangularnego skutku” dyrektyw⁸². Dotyczy to sytuacji, w których podmiot indywidualny powołuje się na uprawnienia wynikające z dyrektywy w stosunku do państwa, lecz realizacja tych uprawnień narusza prawa innego podmiotu indywidualnego. Można to łatwo zilustrować na przykładzie dyrektyw z zakresu zamówień publicznych. Przedsiębiorca powołując się na dyrektywę, kwestionuje procedurę przetargową, w wyniku której organ władzy publicznej zawarł umowę z przedsiębiorcą konkurencyjnym. Mamy wówczas do czynienia z konfliktem dwóch przeciwstawnych interesów: z jednej strony – konieczność nadania bezpośredniego skutku dyrektywie (w aspekcie wertykalnym), z drugiej strony natomiast – ochrona praw nabytych przez podmiot, który w żaden sposób nie może ponosić konsekwencji braku implementacji dyrektywy przez państwo członkowskie. W takich sytuacjach Trybunał przyznaje bezpośredni skutek postanowieniom dyrektyw⁸³.

Odnosząc omawianą argumentację do sprawy *Pafitis* można twierdzić, że poprzedni akcjonariusze w rzeczywistości kwestionowali decyzję administracyjną (wydaną przez prezesa Narodowego Banku Grecji), której uchylenie naruszałoby interes banku i jego aktualnych akcjonariuszy. Fakt, że postępowanie zostało wszczęte przed sądem cywilnym ma niewielkie znaczenie. Można sobie wyobrazić, że w innym systemie prawnym podobna kwestia byłaby przedmiotem postępowania administracyjnego, w którym domagano by się stwierdzenia nieważności decyzji administracyjnej⁸⁴. Argumentacja oparta na „skutku triangularnym” nie wyjaśnia jednak w żadnym wypadku kontrowersji wynikających z wyroków *Bernaldez*⁸⁵ i *Smithkline*.

⁸² Por: K. Lackhoff, H. Nyssens, Direct Effect of Directives in Triangular Situations, 23 ELR 1998, s. 397; D. Colgan, Triangular Situations..., s. 545; A. Arnall, A. Dashwood, M. Ross, D. Wyatt, European Union Law, London 2000, s. 102 i n.; W. van Gerven, Of Rights and Remedies..., s. 263 i 264. W doktrynie polskiej por. C. Miłk, Europejskie prawo wspólnotowe, s. 566 i n.

⁸³ Por. np.: wyrok z 12 listopada 1994 r. w sprawie C-201/94, *R. v The Medicines Control Agency*, [1996] ECR, s. I-5819; wyrok z 22 czerwca 1989 r. w sprawie C-103/88, *Fratelli Constanzo*, [1989] ECR, s. I-1839; wyrok z 16 września 1999 r. w sprawie C-435/97, *WWF*, [1999], s. ECR I-5613. Sytuacje, w których może dojść do „triangularnego bezpośredniego skutku” dyrektyw dzieli się na trzy kategorie, por. K. Lackhoff, H. Nyssens, Direct Effect..., s. 401 i 402.

⁸⁴ Należy jednak podkreślić, że w sprawie *Daihatsu Deutschland*, która podobnie jak sprawa *Pafitis* mogłaby być rozpatrywana z perspektywy „skutku triangularnego”, Trybunał wykluczył wprost bezpośredni skutek horyzontalny dyrektywy.

⁸⁵ Odmienne M. Colgan, Triangular Situations..., s. 556.

4. Podsumowanie

Zaprezentowane rozważania wskazują na trudności związane z usiłowaniami uporządkowania orzecznictwa Trybunału w zakresie bezpośredniego skutku dyrektyw. Każda z zaprezentowanych teorii jest obciążona pewnymi wadami. Być może, najbardziej przekonujące wytłumaczenie opiera się na twierdzeniu, że Trybunał – co do zasady – podejmuje problematykę bezpośredniego skutku dyrektywy tylko wówczas, jeżeli pytanie sądu krajowego dotyczy tej właśnie kwestii. Należy w związku z tym założyć, że Trybunał akceptuje szeroką swobodę decyzyjną sądów krajowych w zakresie stosowania dyrektyw. Obejmowałaby ona nie tylko kwestię „prowspółnotowej wykładni” prawa wewnętrznego⁸⁶, lecz także możliwość poszukiwania podstaw bezpośredniego skutku horyzontalnego dyrektyw w prawie wewnętrznym. W każdym razie wypada mieć nadzieję, że Trybunał w najbliższych latach podejmie w swoim orzecznictwie próbę rozwiązania przynajmniej niektórych spośród wskazanych wątpliwości. W przeciwnym wypadku, problematyka bezpośredniego skutku dyrektyw będzie powodowała istotne komplikacje w praktyce sądów krajowych 25 państw członkowskich.

⁸⁶ Zakres „prowspółnotowej wykładni” może także odnosić się do szerszego rozumienia pojęcia „emancypacji państwa”, aniżeli wynika to z orzeczenia w sprawie *Foster* (wyrok z 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89, [1990] ECR, s. I-3313). I tak np. na podstawie wyroku w sprawie *Bernaldez* można twierdzić, że podmiot świadczący usługi w zakresie obowiązkowych ubezpieczeń odpowiedzialności cywilnej jest traktowany jako „podmiot wyposażony przez państwo w szczególne uprawnienia, które nie wynikają z normalnych stosunków pomiędzy podmiotami prawa”.