

Małgorzata Anna Nesterowicz

Pomoc państwowa dla przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym w prawie wspólnotowym

Kwartalnik Prawa Publicznego 3/1, 113-138

2003

Artykuł został zdigitalizowany i opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

*Małgorzata Anna Nesterowicz**

**POMOC PAŃSTWOWA
DLA PRZEDSIĘBIORSTW ŚWIADCZĄCYCH USŁUGI
W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM
W PRAWIE WSPÓLNOTOWYM****

**1. POJĘCIE USŁUG
ŚWIADCZONYCH W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM**

Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym są ważnym elementem wspólnego rynku. Społeczeństwo oczekuje, w imię zasady solidarności i równego traktowania, dostępu do wysokiej jakości usług po dostępnych cenach. Pojęcie to zawiera tak usługi rynkowe, jak i nierynkowe, które są klasyfikowane przez organy publiczne jako służące interesowi ogólnemu i poddane określonym obowiązkom służby publicznej¹. Zostało ono po raz pierwszy użyte w art. 86 ust. 2 Traktatu rzymskiego. Przewiduje się tam, że „przedsiębiorstwa, zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym lub mające charakter monopolu skarbowego podlegają normom niniejszego Traktatu, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich stosowanie tych norm nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu szczególnej misji, która została im powierzona. Roz-

* Dr Małgorzata Nesterowicz – adiunkt w Katedrze Prawa Cywilnego i Międzynarodowego Obrotu Gospodarczego, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu.

** Artykuł powstał podczas praktyki autorki w Europejskim Trybunale Sprawiedliwości. Autorka pracowała bezpośrednio nad sprawą omówioną w artykule, C-280/00 *Altmark*. Remerciements sincères à Hubert Monnet, le référendaire au sein du cabinet de M. Léger.

¹ *European Commission: Competition – Liberalisation / Services of general interest in Europe*, (O.J. 1996, C 281/3).

wój wymiany handlowej nie powinien być naruszony w zakresie sprzecznym z interesem Wspólnoty². W 1997 r. Traktat amsterdamski³ wprowadził do TWE artykuł 16, który mówi, że „bez uszczerbku dla art. 73, 86 i 87 oraz zważywszy na miejsce, jakie usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym zajmują wśród wspólnych wartości Unii, jak również rolę, jaką odgrywają w promowaniu spójności społecznej i terytorialnej Unii, Wspólnota i państwa członkowskie, każde w granicach swych kompetencji i w granicach stosowania niniejszego Traktatu, czuwają, aby usługi te funkcjonowały na podstawie zasad i na warunkach, które pozwolą im wypełniać ich misję⁴. Ze względu na wagę tego rodzaju usług Komisja Europejska⁵, Rada Unii Europejskiej⁶ i Rada Europejska⁷ podjęły szereg inicjatyw zmierzających do wypracowania spójnej polityki w zakresie usług interesu ogólnego⁸.

Pojęcie „usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym” jest pojęciem prawa wspólnotowego, niemniej państwa członkowskie mają swobodę w zakresie określania, które usługi należą do tej kategorii⁹. Swoboda ta nie jest jednakże nieograniczona, gdyż podlega kontro-

² Tłumaczenie E. Wojtaszek-Mik, C. Mik, *Traktaty europejskie*, Kraków 2000.

³ Traktat amsterdamski wszedł w życie 1.5.1999 r.

⁴ S. Rodrigues, *Les services publics et le traité d'Amsterdam*, „Revue du Marché commun et de l'Union européenne” 1998, s. 37 i n.

⁵ *Communication from the Commission – Services of general interest in Europe*, COM/2000/0580 final (O.J. 2001, C 17/4); *European Commission: Report to the Laeken European Council, Services of general interest*, Brussels, 17.10.2001, COM(2001) 598 final; *Communication de la Commission concernant l'application aux services publics de radiodiffusion des règles relatives aux aides d'État*, 15.11.2001, (2001/C 320/4) oraz *Rapport de la Commission, relative à l'état des travaux concernant les lignes directrices relatives aux aides d'État liées aux services d'intérêt omique général*, COM (2002) 280 final.

⁶ *Council of the European Union: Statement on services of general interest*, 28.9.2000 oraz *Conclusions on services of general interest*, 4.12.2001.

⁷ *Presidency conclusions*, Nice European Council Meeting 7–9.12.2000 (point 47), *Presidency conclusions*, European Council Meeting in Laeken 14–15.12.2001 (point 26), *Presidency conclusions*, European Council Meeting in Barcelone 15–16.3.2002 (point 42), *Charter of the Fundamental Rights of the EU* (O.J. 2000, C 364/1).

⁸ Więcej o pojęciu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym i usług publicznych [w:] R. Kovar, *Droit communautaire et service public: esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée*, „Revue trimestrielle de droit européen” 1996, s. 215–242 i E. M. Milanese, *Les „services d'intérêt économique général”, les entreprises publiques et les privatisations*, „Revue du droit de l'Union européenne” 2000, s. 121 i n.

⁹ S. Dudzik, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w prawie Wspólnoty Europejskiej* [w:] *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, pod red. C. Mika, Toruń 2002, s. 292.

¹⁰ Zob. m. in. orzeczenia 155/73 *Sacchi* [1974] ECR 409; 172/80 *Gerhard Zucker v. Bayerische Vereinsbank AG* [1981] ECR 2021; C–41/90 *Höfner & Elser v. Marcotroni*

li Komisji i Trybunału Sprawiedliwości¹⁰. W praktyce Komisja i ETS uznały za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym: działalność portu rzecznego obsługującego najważniejszą w państwie drogę wodną, działalność w zakresie tworzenia i zarządzania sieciami telekomunikacyjnymi, dostawę wody, działalność w zakresie radia i telewizji, dystrybucję energii elektrycznej, świadczenie określonych usług transportowych, prowadzenie pośrednictwa pracy, podstawowe usługi pocztowe, utrzymywanie sieci usług pocztowych na wsi, wykonywanie zobowiązań wynikających z Powszechnej Konwencji Pocztowej, działalność nakierowaną na rozwój regionalny w ramach danego państwa członkowskiego, usługi w zakresie gospodarki odpadami, usługi cumowania w porcie świadczone celem zapewnienia bezpieczeństwa na wodach portowych oraz usługi w zakresie uzupełniających ubezpieczeń emerytalnych dla danego sektora gospodarki¹¹.

2. FINANSOWANIE USŁUG ŚWIADCZONYCH W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM

Powierzenie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym przedsiębiorstwu przez organ władzy publicznej (centralnej, lokalnej, regionalnej) odbywa się w formie „aktu władzy publicznej” (ustawy i innych aktów normatywnych lub koncesji) albo umowy.¹² W obu wypadkach świadczeniu usług towarzyszy zazwyczaj wynagrodzenie pieniężne. W pierwszym przypadku administracja publiczna nakłada na przedsiębiorstwo określony obowiązek, ale może również przewidzieć wynagrodzenie. W drugim przypadku umowa pomiędzy przedsiębiorstwem a organem administracji publicznej precyzuje tak obowiązki przedsiębiorstwa w zakresie świadczonych usług, jak i wynagrodzenie, jakie w zamian za to otrzyma¹³.

[1991] ECR I-1979; C-179/90 *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA v. Siderurgia Gabrielli SpA* [1991] ECR I-5889. Por. również E. Delacour, *Services publics et concurrence communautaire*, „Revue du Marché commun et de l'Union européenne” 1996, s. 503 i n.

¹¹ S. Dudzik, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym...*, s. 297 i n.

¹² S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Kraków 2002, s. 357 i n.

¹³ M. Dony, *Aides d'État et sauvegarde du service public* [w:] *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, vol. II, Bruksela 1999, s. 892 i n.; D. Triantafyllou, *L'encadrement communautaire du financement du service public*, „Revue trimestrielle de droit européen” 1999, s. 21 i n. oraz J. P. Spitzer, *Transports et notion de service public en droit communautaire* [w:] *L'Europe des transports: regulation, dérégulation, impact*

Szczególny problem, przed którym stanęła ostatnio judykatura jest zagadnienie, czy wynagrodzenie przekazane przez państwo lub ze środków państwowych przedsiębiorstwu świadczącemu usługi w ogólnym interesie gospodarczym powinno być zakwalifikowane jako pomoc państwowa zdefiniowana w art. 87¹⁴. Art. 87 stanowi, że „jest niezgodna ze wspólnym rynkiem, w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi, pomoc przyznawana przez państwa lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji, sprzyjając niektórym przedsiębiorstwom lub gałęziom produkcji”. Na pierwszy rzut oka wynagrodzenie przyznawane przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym wydaje się spełniać kryteria wymienione w art. 87: jest to środek przyznawany przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych, jest przyznawany selektywnie, czyli tylko określonemu przedsiębiorstwu i, w zależności od rodzaju działalności i rozmiaru przedsiębiorstwa, może wpływać na sytuację innych przedsiębiorstw na rynku, jak również na wymianę handlową między państwami. Natomiast nawet jeśli uznać taki środek za pomocą publiczną, będzie on prawdopodobnie zgodny ze wspólnym rynkiem według art. 86 § 2.

Dla zastosowania art. 86 ust. 2 spełnione muszą zostać określone warunki. Po pierwsze artykuł dotyczy przedsiębiorstw, tak publicznych, jak prywatnych. Po drugie, przedsiębiorstwom tym państwo musiało w sposób rzeczywisty powierzyć świadczenie określonych usług. Po trzecie, muszą to być to tzw. usługi publiczne lub inaczej świadczone w ogólnym interesie gospodarczym. Po czwarte, działalność tych przedsię-

du passage à l'Euro, Bruxelles 1999, s. 35 i n. Przykładem mogą być obowiązki służby publicznej nałożone na przewoźników lotniczych w Rozporządzeniu 2408/92 o dostępie przewoźników lotniczych do wewnątrzspółnotowych tras lotniczych (O.J. 1992, L 240/8), obowiązki nałożone na przewoźników morskich w Rozporządzeniu 3577/92 dotyczącego zastosowania zasady swobodnego świadczenia usług do transportu morskiego wewnątrz Państw Członkowskich (kabotaż morski), O.J. 1992, L 364/7 oraz obowiązki nałożone na przewoźników w transporcie kolejowym, drogowym i śródlądowym w Rozporządzeniu 1191/69 o działaniach Państw Członkowskich dotyczących obowiązków zawartych w koncepcji służby publicznej w transporcie kolejają, drogą i rzekami (O.J. 1969, L 156/1 i O.J. 1991, L 169/1). Por. również propozycję Parlamentu i Rady dotyczącą działań Państw Członkowskich w zakresie wymogów służby publicznej i przyznawania kontraktów służby publicznej w dziedzinie transportu pasażerów kolejają, drogą lub drogą śródlądową (COM/2002/0107 final, O.J. 2002, C 151/146).

¹⁴ Por. A. Pappalardo, *State Measures and Public Undertakings: Article 90 of the EEC Treaty Revisited*, „European Competition Law Review” 1991, nr 1, s. 29 i n.

biorstw musi podlegać normalnie przepisom traktatowym, których zastosowanie może być ograniczone tylko w dwóch wypadkach: gdyby to zastosowanie uniemożliwiłoby przedsiębiorstwom spełnianie powierzonych misji oraz jeżeli nie jest to sprzeczne z interesem wspólnotowym¹⁵.

Zdaniem Komisji, w szczególności według Komunikatu z 2000 r., stosowanie art. 86 powinno być poddane trzem zasadom: zasadzie neutralności, zasadzie swobody definiowania i zasadzie proporcjonalności. Pierwsza z nich dotyczy swobody państw członkowskich w wyborze, czy przedsiębiorstwa publiczne lub prywatne będą świadczyć określone usługi, druga – odpowiedzialności państw za zdefiniowanie tego, co uważają za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, a trzecia wymaga, aby środki użyte w celu realizacji misji w interesie ogólnym nie tworzyły niepotrzebnych zakłóceń w handlu¹⁶.

Z drugiej strony, tego rodzaju środek możnaby uznać nie za pomoc publiczną, ale za wynagrodzenie, które przedsiębiorstwo otrzymuje w celu pokrycia kosztów poniesionych w wyniku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Na poparcie tej tezy można wystosować argument, że w rzeczywistości przedsiębiorstwo nie odnosi żadnej korzyści, otrzymuje jedynie zwrot kosztów, jakie poniosło. Gdyby nie zostało obciążone obowiązkiem świadczenia tych usług, nie poniosłoby żadnych kosztów, tak więc dzięki wynagrodzeniu otrzymanemu od państwa, jego sytuacja zostaje „wyzerowana”.

W obu przypadkach, czy środek zostanie uznany za pomoc państwową zgodną ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 86 ust. 2, czy też za nie stanowiący pomocy państwowej, rezultat będzie taki sam: takie wynagrodzenie można przedsiębiorstwu przyznać. Zasadniczą różnicę będzie stanowić procedura jego przyznania. Jeżeli środek jest pomocą państwową, państwo musi zawiadomić Komisję o jego projekcie zgodnie z obowiązkiem przewidzianym w art. 88 ust. 3. Pomoc można wprowadzić w życie po decyzji Komisji, że jest ona zgodna ze wspólnym rynkiem¹⁷. Jeśli środek nie jest pomocą państwową, nie ma potrzeby zawiadamiania Komisji i można go natychmiast wprowadzić w życie.

¹⁵ Por. opinię Rzecznika Generalnego Légera w sprawie C-309/99 *Wouters, Savelbergh et Price Waterhouse Belastingadviseurs v. Algemene Raad van Nederlandse Orde van Advocaten* [2002] ECR I-1577, par. 155-167.

¹⁶ S. Dudzik, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym...*, s. 309 i n.

¹⁷ Por. C. D. Ehlermann, *Les entreprises publiques et le contrôle des aides d'État*, „Revue du Marché commun et de l'Union européenne” 1992, s. 613 i n. oraz L. Hancker, *State Aids and Judicial Control in the European Community*, „European Competition Law Review” 1994, s. 134 i n.

3. ORZECZNICTWO EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI

3.1. ORZECZNICTWO W LATACH 1985–2000

Po raz pierwszy kwestia finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym została poruszona w sprawie *ADBHU* w 1985 r.¹⁸ Sprawa dotyczyła zgodności ze wspólnym rynkiem ustawodawstwa francuskiego, które wymagało, aby odpady olejowe były dostarczane określonym przedsiębiorstwom w celu ich przetworzenia. Procesu przetworzenia mogły podjąć się jedynie przedsiębiorstwa, które otrzymały zezwolenie od państwa. Mogły one otrzymać od państwa wynagrodzenie za usługi zbierania i przetwarzania olejów. Pomiędzy innymi kwestiami, ETS uznał, że wsparcie tego rodzaju nie stanowiło pomocy państwowej w rozumieniu art. 87–88, było natomiast wynagrodzeniem za świadczone usługi. Wynagrodzenie musiało jednak być w takiej wysokości, aby nie powodować znaczących zakłóceń konkurencji. Należy jednak podkreślić, że kwestia finansowania usług była dla sprawy raczej marginalna, a ETS wspomniał o niej tylko w jednym zdaniu, tak więc trudno uznać orzeczenie za rzeczywiście wiążące.

Kolejne sprawy charakteryzowały się zmianą pozycji ETS. Od 1994 r. Trybunał uznawał tego rodzaju wsparcie za stanowiące pomoc publiczną. Pierwszym był wyrok wydany w 1994 r. w sprawie *Banco Exterior de España*¹⁹, która dotyczyła hiszpańskiej ustawy zwalniającej od podatku publiczne instytucje kredytowe. ETS uznał, że zwolnienie od podatku grupy przedsiębiorstw, nawet jeśli świadczą one usługi w ogólnym interesie gospodarczym, mieści się w kategorii pomocy państwowej przewidzianej w art. 87. O projekcie zastosowania takiego środka powinna zostać poinformowana Komisja Europejska, która uzna, czy jest on zgodny ze wspólnym rynkiem. Jeżeli środek został wprowadzony przed przystąpieniem państwa Wspólnoty Europejskiej (tak jak to było w tym przypadku), jest on tzw. pomoc istniejącą i może pozosta-

¹⁸ 240/83 *Procureur de la République v. Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* [1985] ECR 531.

¹⁹ C-387/92 *Banco de Crédito Industrial SA, now Banco Exterior de España SA v. Ayuntamiento de Valencia* [1994] ECR I-877.

wać w mocy dopóki Komisja nie uzna, że jest niezgodny ze wspólnym rynkiem. W tej sprawie pomoc nie została do tego czasu zakwestionowana przez Komisję, a więc banki mogły z niej nadal korzystać.

Następne orzeczenie w tej kwestii zostało wydane w 1997 r. przez Sąd Pierwszej Instancji w sprawie *FFSA*²⁰. Sprawa została wniesiona z odwołania od decyzji Komisji, która uznała zwolnienie podatkowe przyznane przez Francję Poczcie za nie będące pomocą państwową i w związku z tym zezwoliła na jego implementację. Ze względu na to, że poczta świadczyła nie tylko usługi objęte monopolem pocztowym, ale również miała prawo do świadczenia usług ubezpieczeniowych, przedsiębiorstwa ubezpieczeniowe zaskarżyły decyzję Komisji, twierdząc, że zwolnienie podatkowe było pomocą państwową i stawiało je w trudniejszej pozycji konkurencyjnej na rynku. Komisja uznała, że zastosowany środek był wynagrodzeniem za usługi w ogólnym interesie gospodarczym świadczone przez pocztę, np. dostarczanie korespondencji i obsługę oddziałów w terenach słabo zaludnionych, w szczególności, że wysokość środka była niższa niż poniesiony koszt rozwoju regionalnego. Trybunał uznał, że mimo, że poczta świadczyła usługi w ogólnym interesie gospodarczym, środki finansowe przekazane na jej rzecz – nawet jeśli były niższe niż koszt poniesionej inwestycji, powinny zostać zakwalifikowane jako pomoc państwowa. Wsparcie to spełniało kryteria zawarte w art. 87: było przyznane ze środków państwowych (poprzez zwolnienie z podatku, który normalnie zasiliby budżet państwa), zostało przyznane w sposób selektywny, tj. określone przedsiębiorstwu i potencjalnie miało wpływ na konkurencję na rynku. Fakt, że poczta świadczyła usługi w ogólnym interesie gospodarczym pozwalał na uznanie pomocy za zgodną ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 86 § 2 pod warunkiem, że jej wysokość nie przewyższała kosztów poniesionych na inwestycję rozwoju regionalnego. Obowiązkiem Komisji było zbadać, czy przy okazji nie miało miejsca tzw. subwencjonowanie skrośne, tj. wspomaganie działalności konkurencyjnej poczty, m. in. ubezpieczeniowej (*cross-subsidy*)²¹. Sąd podkreślił, że w celu zakwalifikowania

²⁰ T-106/95 *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA)*, *Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA)*, *Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama)*, *Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA)*, *Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA)* and *Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR)* v. *Commission* [1997] ECR II-229. Por. J.-Y. Chérot, *Les aides d'État dans les Communautés européennes*, Paryż 1998, s. 56 i n.

²¹ Por. D. Triantafyllou, *Service public et concurrence*, „Revue européenne de droit public” 1995, s. 1033 i n. Więcej o subsydiowaniu krzyżowym [w:] L. Hancher,

określonego środka jako pomocy państwowej należy brać pod uwagę nie powód jego przyznania lub cel, jakiemu ma służyć, ale jedynie efekt, jaki jego przyznanie będzie miało na konkurencję na rynku²². Powodowie wnieśli odwołanie do ETS, w którym domagali się ponownego rozpatrzenia stanu faktycznego²³. ETS wyjaśnił, że odwołanie może być wniesione jedynie ze względu na błędy proceduralne, nie w celu powtórnego rozpatrzenia tej samej sytuacji faktycznej. Powtórzył jednak, że pomoc państwowa może być wyłączona spod zakazu zawartego w art. 87, jeśli spełnia kryteria przewidziane w art. 86 ust. 2, a więc jeśli jej jedynym celem jest pokrycie kosztów poniesionych w celu świadczenia określonych usług w ogólnym interesie gospodarczym i udzielenie takiej pomocy jest konieczne dla wykonania misji, która została przedsiębiorstwu powierzona, w warunkach równowagi gospodarczej. W przypadku zwolnienia podatkowego udzielonego przedsiębiorstwu, któremu powierzono świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, ale które jednocześnie prowadzi działalność w sektorach poddanych działaniu wolnej konkurencji, należy uznać, że nie zachodzi możliwość subsydiowania krzyżowego, jeżeli wysokość pomocy jest niższa niż koszty poniesione przez przedsiębiorstwo w celu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. W ten sposób ETS wyraźnie wskazał, że wsparcie działalności w ogólnym interesie gospodarczym jest również uważane za pomoc państwową, może być jednak uznane za zgodne ze wspólnym rynkiem, jeśli jest konieczne i jego wysokość nie przekracza kosztów tej działalności.

W 2000 r. wydane zostały dwa kolejne wyroki, które potwierdziły przyjętą linię orzeczniczą. W pierwszej ze spraw, *SIC*²⁴, orzeczenie wydał SPI. Sprawa dotyczyła portugalskiego systemu finansowania telewizji publicznej. RTP, Radiotelevisao Portuguesa, spółka akcyjna z udziałem kapitału publicznego, otrzymywała coroczne dofinansowanie od państwa na swoją działalność w związku ze spełnianymi obowiązkami służby publicznej. SIC, telewizja prywatna, wniosła skargę

J. L. Buendia Sierra, *Cross-subsidisation and EC Law*, „Common Market Law Review” 1998, nr 35, s. 901 i n.

²² Por. 310/85 *Deufil v. Commission* [1987] ECR 901 oraz L. Hancher, T. Ottervanger, P. J. Slot, *EC State Aids*, Londyn 1999, s. 19 i n.

²³ C-174/97 *Fédération française des sociétés d'assurances, Union des sociétés étrangères d'assurances, Groupe des assurances mutuelles agricoles, Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances, Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances v. Commission* [1998] ECR I-01303.

²⁴ T-46/97 *Sociedade Independente de Comunicação SA v. Commission* [2000] ECR II-2125.

do Komisji uznając dofinansowanie za pomoc państwową niezgodną z zasadami wspólnego rynku i nieważną, ze względu na brak uprzedniej notyfikacji. Komisja uznała, że wysokość dofinansowania nie przekraczała tego, co było absolutnie konieczne dla działalności w ogólnym interesie gospodarczym, tak więc RTP nie odniosła żadnej korzyści finansowej. Omawiany środek nie został przez Komisję uznany za pomoc państwową. SIC wniosła sprawę do SPI o anulowanie decyzji. Sąd przeprowadził podobne rozumowanie jak w sprawie poprzedniej. Uznał, że podstawowe znaczenie miał fakt, czy przedsiębiorstwo otrzymało od państwa lub z zasobów państwowych korzyść, której nie otrzymałoby w normalnych warunkach rynkowych. Dla zakwalifikowania tego działania jako pomocy państwowej nie jest ważne, że wysokość tego dofinansowania była niższa niż koszt świadczenia usług użyteczności publicznej. Ma to natomiast znaczenie przy ustalaniu, czy pomoc jest zgodna ze wspólnym rynkiem. W celu ustalenia, czy dofinansowanie jest pomocą państwową, należy brać pod uwagę jego efekt, a więc czy może mieć wpływ na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, a nie powód jego udzielenia i jego cel, gdyż te elementy odgrywają rolę dopiero przy ustalaniu zgodności pomocy z zasadami wspólnego rynku.

Drugie orzeczenie wydane w 2000 r. pochodzi od ETS²⁵. W tym wypadku chodziło o pomoc przyznawaną corocznie przez francuskie ministerstwo kultury spółdzielni eksportu książek francuskich CELF na finansowanie małych wysyłek tych książek za granicę. Mimo, że spółdzielnia świadczyła usługi w ogólnym interesie gospodarczym, a przyznane dofinansowanie było wyraźnie niższe niż koszt prowadzonej działalności, Trybunał uznał, że było ono pomocą państwową. Z tego powodu projekt jego udzielenia powinien być zostać przedstawiony Komisji przed wprowadzeniem pomocy w życie na podstawie wymogów proceduralnych art. 88 ust. 3. ETS podkreślił, że art. 88 ust. 3 jest instrumentem zapewniającym efektywny przegląd przyznawanej pomocy, gdyż przeciwdziała implementacji pomocy niezgodnej ze wspólnym rynkiem. Dlatego państwa członkowskie, nawet jeśli uważają, że udzielone przez nich dofinansowanie jest zgodne z zasadami wspólnego rynku, wciąż powinny zastosować się do obowiązku wcześniejszej notyfikacji tego dofinansowania zgodnie z art. 88 ust. 3. Drugi obowiązek wynikający z tego artykułu dotyczy zawieszenia pomocy aż do wydania decyzji przez Komisję dotyczącej zgodności notyfikowanego środka z zasadami wspólnego rynku.

²⁵ C-332/98 *France v. Commission (Aide pour la Coopérative d'Exportation du Livre Français)* [2000] ECR I-48333.

Jak wynika z powyższej analizy orzecznictwa, oprócz pierwszego orzeczenia wydanego w 1985 r. (gdzie ta kwestia była marginalna), ETS i SPI niezmiennie kwalifikowały finansowanie działalności przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym jako pomoc państwową, a więc podlegającą obowiązkowi wcześniejszej notyfikacji do Komisji. Jeśli chodzi o praktykę samej Komisji, to choć początkowo nie zaliczała ona tego rodzaju finansowania do kategorii pomocy państwowej, zmieniła swoją praktykę po tym, jak kilka jej decyzji zostało zakwestionowanych przez sąd²⁶.

3.2. ORZECZENIE W SPRAWIE *FERRING*²⁷

Wydane w 2001 r. przez szóstą izbę ETS orzeczenie w sprawie *Ferring* stanowiło zwrot w orzecznictwie. Sprawa dotyczyła zwolnienia podatkowego przyznanego hurtowniom leków we Francji. Sprzedaż hurtowa leków odbywa się we Francji z dwóch źródeł. Prowadzą ją hurtownie oraz bezpośrednio laboratoria, które produkują leki. Ustawodawstwo francuskie nakłada na hurtownie obowiązek składowania określonej ilości leków, tak, aby w razie potrzeby zaopatrzyć w ciągu 24 godzin w ich miesięczny zapas określone terytorium. Z powodu kosztów ponoszonych przez hurtownie związanych ze składowaniem leków, ustawodawstwo francuskie przyznało hurtowniom zwolnienie podatkowe. Podczas gdy laboratoria musiały płacić co-trzymiesięczny podatek na rzecz narodowej kasy chorych (*Caisse nationale d'assurance médicale*) obliczany na podstawie ich obrotu, hurtownie były z niego zwolnione. Według administracji francuskiej system ten miał przywrócić równowagę ekonomiczną na rynku sprzedaży leków poprzez podniesienie hurtowni obciążonych obowiązkiem usług w ogólnym interesie gospodarczym do sytuacji konkurencyjnej. W przeciwnym wypadku znajdowałyby się one w gorszej sytuacji niż laboratoria, na których nie spoczywał opisany obowiązek. W rezultacie spółka *Ferring*, zajmująca się sprzedażą bezpośrednią do aptek, wniosła do sądu francuskiego sprawę przeciwko centralnej agencji ubezpieczeń społecznych o zwrot zapłaconego podatku, gdyż uważała, że został on nałożony niezgodnie z prawem. Sąd francuski skierował kilka pytań prejudycjalnych do ETS,

²⁶ J.-Y. Chérot, *Financement des obligations de service public et aides d'État*, „Europe” 2000, Mai, s. 5 i n. oraz M. P. Smith, *Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy*, „Journal of Common Market Studies” 1998, nr 36, s. 60 i n.

które dotyczyły m. in. faktu, czy zwolnienie podatkowe przyznane hurtowniom stanowiło pomoc publiczną w znaczeniu art. 87, a jeśli tak, czy była to pomoc usprawiedliwiona oraz czy można było uznać, że działanie hurtowni mieściło się w pojęciu usług w ogólnym interesie gospodarczym. Jeśli zwolnienie podatkowe zostałyby zakwalifikowane jako pomoc publiczna, a obowiązek nałożony na hurtownie jako usługi w ogólnym interesie gospodarczym, pytanie dotyczyło faktu, czy wysokość pomocy powinna tylko i wyłącznie pokrywać koszty tych usług, aby zastosować wyłączenie zawarte w art. 86 ust. 2.

Opinia w sprawie *Ferring* została przedstawiona przez Rzecznika Generalnego Tizzano 8.5.2002 r. Proponował on, aby zwolnienie podatkowe przyznane hurtowniom zostało uznane za pomoc państwową, tylko w przypadku, jeżeli otrzymana korzyść przekracza wysokość poniesionych kosztów na świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym. W przeciwnym wypadku, tj. jeżeli korzyść odniesiona ze zwolnienia podatkowego nie jest wyższa od kosztów poniesionych w tym wypadku na składowanie leków, środek zastosowany nie powinien być uznany za pomoc państwową. Rzecznik dodał jednak, że gdyby Trybunał zdecydował się mimo to uznać środek za pomoc państwową, pomoc ta jest zgodna z zasadami wspólnego rynku na podstawie art. 86 ust. 2.

Trybunał wziął pod uwagę pierwszą propozycję Rzecznika i 22.11.2001 r. wydał orzeczenie, w którym uznał, że zwolnienie podatkowe przyznane hurtowniom leków nie stanowiło pomocy państwowej. W przypadku, gdy korzyść osiągnięta przez przedsiębiorstwa w wyniku takiego zwolnienia byłaby równa lub niższa od kosztów poniesionych przez nie przy wypełnianiu nałożonych obowiązków, środek ten należało zakwalifikować jako wynagrodzenie za świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym. Według sądu, w takiej sytuacji przedsiębiorstwa nie odnoszą żadnej korzyści w rozumieniu art. 87. W przypadku natomiast, gdy korzyść otrzymana przez przedsiębiorstwo w wyniku zwolnienia podatkowego byłaby wyższa od kosztów poniesionych w wyniku świadczenia usług, środek ten jest pomoc państwową i w dodatku nie usprawiedliwioną na mocy art. 86 ust. 2.

Orzeczenie to stanowiło zwrot w dotychczasowej praktyce²⁸. Przez lata ETS i SPI orzekały, że każda korzyść otrzymana przez przedsię-

²⁷ C-53/00 *Ferring SA v. Agence centrale des organismes de sécurité sociale de Créteil (ACOSS)* [2001] ECR I-9067.

²⁸ Komentarze po orzeczeniu *Ferring*: A. Alexis, *Services publics et aides d'État*, „Revue du droit de l'Union européenne” 2002, s. 63 i n.; D. Grespan, *An example of the application of State aid rules in the utilities sector in Italy*, „Competition Policy Newsletter” 2002, nr 3, s. 17 i n.; P. Nicolaidis, *Distortive effects of compensatory aid*

biorstwo, której nie otrzymałoby w normalnych warunkach rynkowych, powinna być uznana za pomoc państwową. Zasada ta dotyczyła również przypadków, gdy otrzymane wsparcie było związane z usługami w ogólnym interesie gospodarczym świadczonymi przez przedsiębiorstwo. Według nowej teorii, zasadnicze znaczenie ma wysokość środka i fakt, że został on przyznany w związku z nałożonym na przedsiębiorstwo obowiązkiem świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Jeśli wysokość wsparcia nie przekracza kosztów usług, należy je uznać nie za pomoc państwową, ale za zwykłe wynagrodzenie.

3.3. PIERWSZA OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO LÉGER W SPRAWIE *ALTMARK*²⁹

W 1990 r. gmina magdeburska przyznała przedsiębiorstwu lokalnego transportu autobusowego Altmark licencję na przewożenie osób w okolicach Magdeburga. Licencja wygasła w 1994 r. Kolejna licencja została przyznana temu samemu przedsiębiorstwu w tym samym roku, a następnie przedłużona w 1996 r. do 2002 r. Oprócz licencji gmina przyznała przedsiębiorstwu dofinansowanie. Kandydatura innego przedsiębiorstwa, NVGA, została odrzucona. NVGA wniosło skargę do sądu administracyjnego zarzucając gminie, że przyznała licencję przedsiębiorstwu w nienajlepszej kondycji finansowej i następnie udzieliła pomocy państwowej na potrzeby jego funkcjonowania. Sąd uznał legalność licencji. Sprawa została przekazana do sądu apelacyjnego, który z kolei anulował licencję. Gdy sprawa trafiła do federalnego sądu administracyjnego, skierował on do ETS zapytanie prejudycjalne dotyczące omawianej kwestii: czy subwencje przekazane przedsiębiorstwu świadczącemu usługi publiczne w celu pokrycia deficytu, jaki powstał w jego budżecie poprzez świadczenie tych usług, są pomocą państwową.

Rzecznik Generalny Léger podjął się analizy tej problematyki i przedstawił swoją opinię 19.3.2002 r. Porównał dwie dotychczasowe teorie: pierwszą, stosowaną w orzecznictwie do roku 2000, która traktowała dofinansowanie przedsiębiorstw świadczących usługi publiczne jako pomoc państwową oraz drugą, przedstawioną przez sąd w orze-

measures: A note on the economics of the Ferring judgement, „European Competition Law Review” 2002, s. 313 i n. oraz tenże, *The new frontier in State aid control. An economic assessment of measures that compensate enterprises*, „Intereconomics” 2002, s. 190 i n.

²⁹ C-280/00 *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrs-gesellschaft Altmark GmbH*.

czeniu *Ferring*, która uważała takie wsparcie za wynagrodzenie, jeśli jego wysokość nie przekraczała kosztu świadczonych usług. Według drugiej teorii, podstawowe znaczenie ma, czy przedsiębiorstwo uzyskało jakąś korzyść, czy też nie. Jeżeli jednocześnie przedsiębiorstwo jest zobowiązane świadczyć usługi w ogólnym interesie gospodarczym i w związku z tym ponosi pewne koszty, a dofinansowanie otrzymane od państwa jest niższe lub równe tym kosztom, według teorii przedstawionej w *Ferringu* żadnej korzyści nie ma. W konsekwencji, nie ma również pomocy państwowej, mowa jest jedynie o wynagrodzeniu za usługi publiczne. Natomiast według pierwszej teorii, którą ETS i SPI stosowały do czasu wydania orzeczenia w sprawie *Ferring*, fakt, że dofinansowanie zostało udzielone przedsiębiorstwu świadczącemu usługi publiczne nie ma znaczenia dla jego kwalifikacji jako pomoc państwową lub nie. Należy jedynie brać pod uwagę kryteria wyszczególnione w art. 87, tj. że wsparcie zostało przekazane przez państwo lub z zasobów państwowych, skorzystało z niego określone przedsiębiorstwo lub gałąź produkcji (jest to więc środek selektywny, a nie generalny) i może mieć wpływ na wewnątrzspółnotową wymianę handlową oraz zakłócać lub grozić zakłóceniem konkurencji. Fakt, że celem dofinansowania było wsparcie usługowej działalności publicznej przedsiębiorstwa ma znaczenie dopiero na późniejszym etapie analizy, tj. przy uznaniu, czy określona pomoc państwowa jest zgodna ze wspólnym rynkiem.

Rzecznik Generalny Léger przychylił się do pierwszej teorii. On również uznał, że dofinansowanie przekazane na rzecz przedsiębiorstwa świadczącego usługi w ogólnym interesie gospodarczym jest pomocą państwową, spełniającą kryteria art. 87, choć w większości przypadków zgodną z zasadami wspólnego rynku na podstawie art. 86 ust. 2. Przeciwnie rozumowanie pozbawiłoby sensu art. 86 i 73. Gdyby uznać, jak wynika z orzeczenia w sprawie *Ferring*, że wsparcie na rzecz przedsiębiorstwa świadczącego usługi publiczne nie przewyższające kosztów poniesionych przez nie na rzecz tych usług nie jest pomocą państwową, a wsparcie przewyższające koszt tych usług jest pomocą państwową niezgodną ze wspólnym rynkiem, w jakim wypadku pomoc państwowa udzielona takim przedsiębiorstwom mogłaby zostać uznana za zgodną z zasadami wspólnego rynku? Według Légera, art. 86 ust. 2 pozwala uznać za zgodną ze wspólnym rynkiem pomoc państwową udzieloną przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami w ogólnym interesie gospodarczym, o ile pomoc ta jest konieczna i proporcjonalna do celu³⁰. Nie może

³⁰ J. L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Art. 86 of the EC Treaty*, Oxford 1999, s. 300 i n.

więc ona przewyższać kosztów poniesionych przez przedsiębiorstwo przy świadczeniu usług.

Bezpośrednie zastosowanie do sprawy *Altmark* ma art. 73, który stanowi, że „z niniejszym Traktatem zgodna jest pomoc, która odpowiada potrzebom koordynacji transportu lub która stanowi zwrot za wykonanie pewnych świadczeń nierozzerwalnie związanych ze świadczeniem usługi publicznej”. Brzmienie tego artykułu dowodzi, że ustawodawca uważał zwrot kosztów usługi publicznej za pomoc państwową, a nie za wynagrodzenie.

Następnie Rzecznik Generalny podjął się bezpośredniej analizy przypadku subwencji przyznanej przedsiębiorstwu *Altmark*. Otrzymałe dofinansowanie zostało przekazane przez gminę. Otrzymało ją określone przedsiębiorstwo. Dofinansowania takiego nie otrzymałoby w normalnych warunkach rynkowych. Ponadto, dofinansowanie groziło zakłóceniem konkurencji gdyż umacniało pozycję firmy *Altmark* w stosunku do innych przedsiębiorstw, które chciałyby świadczyć podobne usługi przewozowe. Mimo, że sprawa dotyczyła jedynie transportu lokalnego, udzielone wsparcie mogło mieć również wpływ na wymianę handlową między państwami, gdyż nie można wykluczyć możliwości, że zagraniczne przedsiębiorstwo chciałoby wejść na lokalny rynek. Rzecznik zakwalifikował więc udzielone dofinansowanie jako pomoc państwową. Jeżeli nie było ono wyższe niż koszt świadczonych przez przedsiębiorstwo usług publicznych, mogło być ono uznane za zgodne z zasadami wspólnego rynku na podstawie art. 73 i 86 ust. 2.

3.4. OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO JACOBSA W SPRAWIE *GEMO*³¹

W tym samym czasie apelacyjny sąd administracyjny z Lyonu skierował do ETS pytanie w podobnej kwestii. Sprawa dotyczyła francuskiej ustawy ustanawiającej służbę publiczną w zakresie wywożenia szczątków zwierzęcych i odpadów z rzeźni. Usługi były świadczone hodowcom i rzeźnikom za darmo, a świadczące je prywatne przedsiębiorstwa otrzymały wynagrodzenie od państwa na podstawie kontraktu zawartego w wyniku przetargu publicznego. Finansowanie pochodziło z funduszu stworzonego z podatku płaconego na ten cel przez supermarkety sprzedające mięso. Podatkiem nie byli natomiast obciążeni drobni sprzedawcy. Pytanie dotyczyło faktu, czy ustawa wprowadzała

³¹ C-126/01 *GEMO*.

pomoc państwową na rzecz hodowców i rzeźni zapewniając im darmowe usługi wywożenia odpadów, na rzecz prywatnych przedsiębiorstw świadczących usługi ze względu na przyznane wynagrodzenie oraz na rzecz małych sklepów, gdyż zostały zwolnione z podatku, który płaciły supermarkety. Szczególne znaczenie w tej sprawie miało pytanie drugie, gdyż dotyczyło tej samej problematyki, która pojawiła się w sprawie *Altmark*, czyli kwestii, czy wynagrodzenie kosztów usługi publicznej stanowiło pomoc państwową. W swojej opinii z 30.4.2002 r. Rzecznik Generalny Jacobs poddał analizie dwie dotychczasowe teorie, które nazwał „teorią pomocy państwowej” i „teorią kompensacji”. Propagatorzy pierwszej teorii uważają, że każdy środek finansowy przyznany przedsiębiorstwu świadczącemu usługi w ogólnym interesie gospodarczym jest pomocą państwową w rozumieniu art. 87. Pomoc ta może być uznana za zgodną z zasadami wspólnego rynku na podstawie art. 86 § 2, jeżeli jest proporcjonalna do celu, jaki ma osiągnąć. W przypadku drugiej teorii, finansowanie przez państwo usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym nie jest uważane za pomoc państwową, jeśli jego wysokość nie przekracza kosztu usługi. Jest jedynie wynagrodzeniem lub inaczej służy kompensacji kosztu usługi. Zasadnicza różnica polega na obowiązku uprzedniej notyfikacji Komisji w przypadku pomocy państwowej.

Jacobs wymienia trzy zasadnicze argumenty przeciwko uznaniu takiego środka finansowego za pomoc państwową. Po pierwsze, art. 87 dotyczy korzyści ekonomicznych uzyskanych przez przedsiębiorstwo, które zakłócają lub grożą zakłóceniem konkurencji. Wynagrodzenie usług publicznych natomiast stanowi jedynie kompensację kosztów poniesionych przez przedsiębiorstwo przy świadczeniu tych usług, nie ma więc mowy o żadnej korzyści. Gdyby przedsiębiorstwo nie zostało obciążone obowiązkiem usług publicznych, nie poniosłoby tych kosztów, tak więc otrzymane wynagrodzenie przywraca jedynie sytuację wyjściową. Nie może być więc mowy o zakłóceniu konkurencji na rynku. Po drugie, jeśli państwo dokonuje zakupu pewnych dóbr (np. komputerów na potrzeby swoich biur) lub usług (np. sprzątanie biur), płaci za nie. Jeśli płaci sumę, która nie przekracza wartości dóbr lub usług, nie ma mowy o pomocy państwowej. Na takiej samej zasadzie zakup przez państwo usług świadczonych na rzecz społeczeństwa nie powinien być uznany za pomoc państwową, jeśli cena zapłacona nie przekracza ich wartości. Po trzecie, obowiązek wcześniejszej notyfikacji Komisji mógłby poważnie zdezorganizować zasady dostarczania społeczeństwu usług publicznych gdyby przy każdej z nich trzeba było zbyt długo czekać na zezwolenie Komisji. Niektóre usługi muszą być wprowadzone szybko (np. usuwanie toksycznych odpadów, usługi pogotowia ratunkowego)

i nie można zbyt długo czekać na zezwolenie. Z kolei ustanowienie systemu takich usług bez zezwolenia Komisji oznaczałoby uznanie ich za nielegalną pomoc państwową i obowiązek zwrotu otrzymanych dotychczas sum.

Z drugiej strony przedstawione zostały również cztery zasadnicze argumenty przeciwko teorii kompensacyjnej. Po pierwsze, art. 86 ust. 2 straciłby znaczenie. Według teorii kompensacyjnej, jeżeli wynagrodzenie nie przekracza kosztu usługi publicznej świadczonej przez przedsiębiorstwo, nie jest ono pomocą państwową. Jeżeli natomiast jego wysokość przekracza koszt tej usługi, jest ono nieproporcjonalne, tak więc będzie uznane za pomoc państwową niezgodną za wspólnym rynkiem. W pierwszym przypadku nie ma potrzeby zastosowania art. 86 ust. 2, a w drugim przypadku nie może on zostać zastosowany ze względu na to, że przyznana pomoc jest nieproporcjonalna do celu. Pozbawia to też Komisję możliwości kontroli, czy określone usługi można uznać za „świadczone w ogólnym interesie gospodarczym”, czy określonemu przedsiębiorstwu rzeczywiście powierzono zarządzanie tymi usługami i czy ich finansowanie nie narusza rozwoju wymiany międzypaństwowej w zakresie sprzecznym z interesem Wspólnoty. Po drugie, analiza art. 87 i 86 ust. 2 wydaje się bardziej spójna według teorii pomocy państwowej: dla zakwalifikowania określonego wsparcia jako pomoc finansową bierze się pod uwagę tylko jej potencjalne efekty według art. 87, natomiast cel i sposób przyznania wsparcia dopiero na późniejszym etapie dla rozważenia zgodności pomocy z zasadami wspólnego rynku na podstawie art. 86 ust. 2. Po trzecie, zachodzi obawa, że państwa członkowskie nie będą notyfikować finansowania usług publicznych, nawet jeśli będą podejrzewać, że określony środek finansowy może być pomocą państwową. Po czwarte, brzmienie art. 73 dotyczącego pomocy odpowiadającej potrzebom koordynacji transportu lub stanowiącej zwrot za wykonanie pewnych świadczeń nierozzerwalnie związanych ze świadczeniem usługi publicznej wskazuje, że ustawodawca uważał zwrot kosztów usługi publicznej za pomoc państwową.

Jacobs zaproponował rozwiązanie, według którego zakwalifikowanie środka jako pomocy publicznej powinno zależeć od ściśłości powiązania usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym i wynagrodzenia. W pierwszym przypadku, gdy usługi, które ma obowiązek świadczyć przedsiębiorstwo na rzecz społeczeństwa są wyraźnie zdefiniowane, gdy zdefiniowane jest również jasno wynagrodzenie oraz gdy istnieje bezpośredni i oczywisty związek (*lien direct et manifeste*) pomiędzy świadczonymi usługami i wynagrodzeniem, nie będzie zachodzić pomoc państwowa. Najlepszym przykładem na bezpośredni i oczywisty związek pomiędzy tymi dwoma elementami jest zawarcie

umowy w wyniku przetargu publicznego. W jednej umowie bowiem znajdują się tak dyspozycje dotyczące świadczonych usług i wynagrodzenia. Ponadto w wyniku przetargu wybiera się ofertę najkorzystniejszą i najczęściej najtańszą, tak więc można mieć pewność, że państwo płaci najniższą cenę rynkową za określone usługi. W drugim przypadku, gdy nie jest oczywiste, że finansowanie stanowi wynagrodzenie za świadczenie określonych usług, należy notyfikować o nim uprzednio Komisję, gdyż najprawdopodobniej stanowi pomoc państwową. Komisja może uznać jej zgodność ze wspólnym rynkiem.

Rozwiązanie zaproponowane przez Jacobsa spotkało się z aprobatą jako próba kompromisu, pojawiły się jednak również głosy krytyczne. Uważano, że pojęcie bezpośredniego i wyraźnego związku jest zbyt niejasne, niewystarczająco sprecyzowane i „nieprawnicze”. Mogłoby to doprowadzić do sytuacji, że państwa członkowskie wykorzystywałyby możliwość braku obowiązku notyfikacji dla ukrycia pomocy państwowej niezgodnej ze wspólnym rynkiem. Kontrola uprzednia pomocy państwowej jest znacznie bardziej efektywna niż kontrola następcza, gdyż w przypadku wykrycia nieprawidłowości znacznie trudniej jest przywrócić *status quo ante* niż wstrzymać przyznanie pomocy³².

3.5. OPINIA RZECZNIKA GENERALNEJ STIX-HACKL W SPRAWIE *ENIRISORSE*³³

W latach 2001 i 2002 wpłynęło do Trybunału wiele pytań prejudycjalnych dotyczących problematyki pomocy państwowej udzielonej przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Kolejna sprawa była związana z funkcjonowaniem w portach włoskich przedsiębiorstw publicznych (tzw. AMM) dokonujących wyładunku, załadunku i przeładunku towarów oraz pełniących pieczę nad dobrym stanem urządzeń przeładunkowych. Przedsiębiorstwa te pobierały opłaty za operacje ładunkowe. Ponadto państwo ustanowiło podatek od wyładunku, załadunku i przeładunku towarów obliczany na podstawie rodzaju i wagi ładunku, jeżeli operacje te były dokonywane przez niezależne przedsiębiorstwa. Dwie trzecie tego podatku było przekazywane na rzecz AMM. Przedsiębiorstwo Enirisorse, które dokonywało operacji ładunkowych na swój koszt i z użyciem własnego

³² C. Rizza, *Postal Services and Competition Rules: a Review and Analysis of the Recent EC Case Law*, projekt artykułu z 16.6.2002 r., jeszcze nieopublikowany, s. 53 i n.

³³ C-34/01-38/01 *Enirisorse SpA v. Ministero delle Finanze*.

sprzętu i siły roboczej, sprzeciwiało się płaceniu podatku, z którego większa część była przekazywana AMM, skoro nie korzystało z ich usług.

Najwyższy Sąd Kasacyjny we Włoszech zadał szereg pytań dotyczących legalności pobieranego podatku, m.in. kwestii, czy AMM nadużywały pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 traktatu, czy podatek należało uznać za środek równoważny cłu w rozumieniu art. 25, czy zadania wykonywane przez AMM (operacje ładunkowe i utrzymanie urządzeń portowych w dobrym stanie) można było uznać za usługi w ogólnym interesie gospodarczym i wreszcie, czy część podatku przekazywaną na rzecz AMM należało uznać za pomoc państwową w rozumieniu art. 87, a jeśli tak to czy mogła być usprawiedliwiona na mocy art. 86 § 2.

W niniejszym artykule interesuje nas jedynie odpowiedź na ostatnie z wymienionych pytań. 7.11.2002 r. Rzecznik Generalny Stix-Hackl wydała opinię w sprawie *Enirisorse*. Jeżeli chodzi o uznanie podatku za pomoc państwową na rzecz AMM, to przychyliła się do rozwiązania zaproponowanego przez Jacobbsa w sprawie *GEMO*. Uznała mianowicie, że w przypadku wsparcia finansowego udzielonego w zamian za usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym, nie jest ono pomocą państwową, ale wynagrodzeniem, jeśli obowiązki związane z usługami publicznymi są jasno sprecyzowane i pomiędzy tymi usługami a wynagrodzeniem istnieje wyraźny i bezpośredni związek. Z drugiej strony Rzecznik zasugerowała, że w tym określonym przypadku ta formuła może nie znaleźć zastosowania, gdyż podała w wątpliwość, czy usługi świadczone przez AMM można zakwalifikować jako usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym. Ostateczną ocenę pozostawia się jednak sędziemu krajowemu, który musi wziąć pod uwagę, czy usługi zostały rzeczywiście przedsiębiorstwu powierzone i czy odpowiadają charakterystyce takich usług, np. czy są świadczone każdemu, w każdym momencie i na jednakowych warunkach.

3.6. DRUGA OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO LÉGER W SPRAWIE *ALTMARK*

Ze względu na kontrowersje narosłe wokół problematyki finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym i rozbieżne orzecznictwo samego ETS, sąd zdecydował, że *Altmark* będzie sprawą, która ostatecznie ustanowi rozwiązanie tej kwestii. Dlatego podjęto decyzję o ponownym otwarciu procedury ustnej. Na rozprawę zaproszono strony oraz reprezentantów rządów państw członkowskich w celu zaprezentowania swoich poglądów na kwestię, czy finansowanie

usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym należy uznać za pomoc państwową i jakie zastosowanie do sprawy *Altmark* powinno mieć rozwiązanie wprowadzone do orzeczenia w sprawie *Ferring*.

Rozprawa miała miejsce 22.10.2002 r. Oprócz stron, swoje poglądy zaprezentowała Komisja i reprezentanci pięciu państw członkowskich: Niemiec, Francji, Hiszpanii, Holandii i Wielkiej Brytanii. Niektórzy przedstawiciele rządów popierali rozwiązanie zastosowane w sprawie *Ferring*, inni natomiast proponowali użycie w przyszłości propozycji Rzecznika Generalnego Jacobsa przedstawionej w opinii w sprawie GEMO. Nikt nie popierał pierwszej opinii Légera.

14.1.2003 r. Léger przedstawił kolejną opinię w sprawie *Altmark*. Podtrzymał on tezę przedstawioną w pierwszej opinii, tj. że wynagrodzenie przyznane przedsiębiorstwu świadczącemu usługi w ogólnym interesie gospodarczym jest pomocą państwową. Ustosunkował się jednak do nowych argumentów przedstawionych na drugiej rozprawie.

Podczas rozprawy zwolennicy „teorii kompensacyjnej” powoływali się na przykład, że gdy państwo zakupuje dobra lub usługi na swoją rzecz (np. komputery do biur lub sprzętanie biur) i płaci za nie cenę rynkową, nie ma mowy o pomocy państwowej. W rzeczywistości państwo zachowuje się tak, jak zachowałby się prywatny inwestor działający na normalnych warunkach gospodarki rynkowej³⁴. Taką samą zasadę powinno się zastosować, według zwolenników „teorii kompensacyjnej” do zapłaty ceny rynkowej przez państwo przedsiębiorstwu świadczącemu usługi na rzecz społeczeństwa.

Według Légera, kryterium inwestora rynkowego można stosować tylko do sytuacji, gdy działalność państwa ma charakter gospodarczy, np. objęcie udziałów w kapitale zakładowym przedsiębiorstwa³⁵, udzielenie pożyczki³⁶, gwarancji³⁷ lub kredytu, transfer nieruchomości lub ułatwienie spłaty długów związanych z ubezpieczeniem społecznym pracowników³⁸, a także zakup dóbr lub usług na swoje potrzeby. Zastosowanie tego kryterium do działalności państwa jest związane z zasadą równego traktowania przedsiębiorstw publicznych i prywatnych

³⁴ S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, s. 227 i n., A. C. Evans, *European Community Law of the State Aid*, Oxford 1997, s. 54–70, *European Community Law of Competition*, pod red. Ch. Bellamy, G. Childa, London 2001, s. 1219–1222.

³⁵ 234/84 *Belgium v. Commission* [1986] ECR 2263; C–305/89 *Italy v. Commission* [1991] ECR I–1603.

³⁶ C–301/90 *France v. Commission* [1987] ECR I–307.

³⁷ T–204/97, T–270/97 *EPAC v. Commission* [2000] ECR II–2267.

³⁸ C–342/96 *Spain v. Commission* [1999] ECR I–2459; C–256/97 *DM Transport* [1999] ECR I–3913.

w ramach danego sektora gospodarki, znajdujących się w porównywalnej sytuacji gospodarczej i finansowej³⁹. Natomiast w przypadku, gdy działalność państwa ma służyć organizacji rynku z punktu widzenia interesu publicznego, to mamy do czynienia z działalnością regulacyjną, tj. wykonywaniem prerogatyw państwowych, praw suwerennych przysługujących państwu (*imperium*)⁴⁰ i nie stosuje się tutaj kryterium inwestora rynkowego. Przykładem jest działalność nie prezentująca charakteru gospodarczego (np. w sektorze podatkowym⁴¹ lub ubezpieczeń społecznych⁴²). Finansowanie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym przez przedsiębiorstwa publiczne lub prywatne na rzecz społeczeństwa, należy również do aktów władzy publicznej.

Gdy działanie jest więc podejmowane w ramach normalnej działalności na rynku, która może być prowadzona przez każde przedsiębiorstwo, w tym przedsiębiorstwo prywatne, służąc zwykle osiągnięciu zysku, to wówczas działalność tą należy zakwalifikować jako działalność gospodarczą⁴³. Dlatego Léger odrzuca argumenty, że w przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym należy badać, czy państwo zapłaciło za tego rodzaju usługi cenę rynkową, gdyż inwestor rynkowy nie ma możliwości ustanowienia tego rodzaju usług.

Drugi problem sporny przedstawiony na rozprawie dotyczył pojęcia „korzyści”. Według art. 87 z pomocą państwową mamy do czynienia, gdy przedsiębiorstwo otrzymuje korzyść, której nie otrzymałoby w normalnych warunkach rynkowych. Podstawowym argumentem przedstawianym przeciwko uznaniu omawianego środka finansowego za pomoc państwową był brak takiej korzyści. Dowodzone, że jeżeli wsparcie finansowe jest niższe niż koszt poniesiony przy świadczeniu usług w ogólnym interesie gospodarczym, jest ono jedynie wynagrodzeniem i służy do kompensacji poniesionych kosztów i przywrócenia przedsiębiorstwa do jego poprzedniej sytuacji.

³⁹ E. M. Milanese, op. cit., s. 138 i n.; J. Wouters, *B. Van Hees, Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'État*, „Revue du Marché unique européen” 1999, nr 2, s. 60 i n.

⁴⁰ J. L. Buendia Sierra, *Exclusive Rights...*, s. 17 i n.

⁴¹ C-387/92 *Banco Exterior de Espana* [1994] ECR I-877; C-6/97 *Italy v. Commission* [1999] ECR I-2981; C-156/98 *Germany v. Commission* [2000] ECR I-6857.

⁴² C-75/97 *Belgium v. Commission* [1999] ECR I-3671; T-64/97 *Landbroke Racing v. Commission* [1998] ECR II-1.

⁴³ S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, s. 158.

Według Légera należy rozróżnić pomiędzy korzyścią „realną” (wprowadza on w tym przypadku pojęcie „pomocy państwowej netto”) oraz korzyścią „widoczną” (dla której wprowadza pojęcie „pomocy brutto”).

Pierwsza koncepcja dowodzi, że z pomocą państwową mamy do czynienia jedynie, jeżeli przedsiębiorstwo, po spełnieniu nałożonych na nie obowiązków, wciąż odnosi jakąś korzyść⁴⁴. Tak też, jeżeli przedsiębiorstwo ponosi koszty związane z obowiązkiem przewozu pasażerów w terenach mało zaludnionych i otrzymuje z tego tytułu finansowanie ze strony państwa, pomoc publiczna będzie miała miejsce jedynie jeśli przedsiębiorstwo odniesie realną korzyść, tj. gdy otrzymane wynagrodzenie przewyższy te koszty. Dlatego mówimy o koncepcji „pomocy netto”, gdyż według zwolenników tej teorii warunki art. 87 spełnia suma, która powstaje w wyniku odjęcia od środka finansowego otrzymanego od państwa kosztów poniesionych na wypełnianie nałożonych na przedsiębiorstwo obowiązków.

Z powyżej zaprezentowaną koncepcją Rzecznik Generalny się nie zgadza, uważając, że art. 87 wyraźnie wskazuje na drugą koncepcję, tj. „pomocy państwowej brutto”. Udzielenie pomocy bardzo często łączy się ze świadczeniem zwrotnym ze strony przedsiębiorstwa, o czym mówi art. 87 ust. 2 i 3. Według art. 87 ust. 2 pomoc jest zgodna ze wspólnym rynkiem, jeżeli spełnia określone cele⁴⁵: ma charakter socjalny i jest przyznawana indywidualnym konsumentom, jest przeznaczona na zaradzenie szkodom spowodowanym katastrofami naturalnymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi lub jest niezbędna do skompensowania niekorzystnych skutków gospodarczych spowodowanych podziałem Niemiec. Natomiast według art. 87 ust. 3 za zgodną ze wspólnym rynkiem może być uznana pomoc, której celem jest sprzyjanie rozwojowi gospodarczemu regionów o nienormalnie niskim poziomie życia lub poważnym bezrobociu, wspieranie realizacji ważnych projektów leżących we wspólnym interesie europejskim lub zaradzenie poważnym zaburzeniom gospodarki państwa członkowskiego, ułatwienie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych oraz wspieranie kultury i zachowanie dziedzictwa kulturalnego.

Od samego początku Komisja uważała, że aby pomoc państwowa była zgodna ze wspólnym rynkiem, świadczenie zwrotne ze strony beneficjenta powinno być obowiązkowe⁴⁶. To świadczenie zwrotne ma bo-

⁴⁴ Więcej o pojęciu pomocy państwowej: M. Ross, *State aids and national courts: definitions and other problems – a case od premature emancipation?*, „Common Market Law Review” 2000, s. 401 i n.; M. Dony-Bartholme, *La notion d'aide d'État*, „Cahiers de droit européen” 1993, nr 1–2, s. 399 i n.

⁴⁵ A. C. Evans, op. cit., s. 107 i n.

⁴⁶ *I-er Rapport sur la politique de concurrence 1972*, pkt 132.

wiem kompensować zakłócenia konkurencji spowodowane przyznaną pomocą⁴⁷. W przeciwnym wypadku, gdyby takiego świadczenia nie było, pomoc państwowa powodowałaby zakłócenia konkurencji nie usprawiedliwione interesem wspólnotowym. Komisja z zasady nie zgłasza zastrzeżeń do projektów pomocy, o ile posiadają one kompensacyjne uzasadnienie (*compensatory justification*), tj. beneficjent pomocy dzięki uzyskanemu wsparciu ze strony państwa przyczynia się w stopniu większym niż wynikałoby to z normalnego działania sił rynkowych do osiągnięcia celów wspólnotowych określonych w art. 87 ust. 3⁴⁸.

Przyjmując więc, że w przypadku pomocy uznanej za zgodną ze wspólnym rynkiem mamy z reguły do czynienia ze świadczeniem zwrotnym, istnienie pomocy i świadczenia należy rozważać odrębnie. Pomocą jest więc każda korzyść, której odbiorca nie otrzymałby w normalnym trybie, niezależnie od wysokości kosztów poniesionych przez beneficjenta w celu realizacji świadczenia zwrotnego (stad koncepcja „brutto”). Léger krytykuje rozwiązanie przyjęte w orzeczeniu *Ferring* („pomoc państwowa netto”) oraz rozwiązanie zaproponowane w opinii Jacobsa w sprawie *GEMO* („pomoc państwowa netto” w sektorze usług publicznych i „pomoc państwowa brutto” w pozostałych przypadkach). Uważa, że art. 87, jak i wcześniejsze orzecznictwo ETS i SPI, wyraźnie wskazują na koncepcję „brutto” obowiązującą dla wszystkich rodzajów pomocy.

Kolejna kwestia poruszona przez Légera w jego opinii dotyczy obowiązku notyfikacji Komisji o planowanej pomocy przed jej wprowadzeniem w życie i zawieszenia projektu do czasu decyzji Komisji. Wbrew obawom wyrażonym przez strony i interwenientów podczas rozprawy, nie uważa on, żeby obowiązek notyfikacji i zawieszenia miał zdezorganizować działanie usług publicznych ze względu na przewlekłość trwania procedury. Przede wszystkim obowiązek notyfikacji nie dotyczy wszystkich rodzajów pomocy. Wyłączone spod niego są środki służące finansowaniu usług nie mających charakteru gospodarczego (świadczone przez organizmy nie będące przedsiębiorstwami komercyjnymi), działań mających charakter prerogatyw państwowych (np. obronność i bezpieczeństwo, wymiar sprawiedliwości, stosunki międzynaro-

⁴⁷ Por. J.-P. Keppenne, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire*, Bruksela 1999, pkt 495 oraz decyzje Komisji 81/626/EWG (O.J. 1981, L 229/12), 83/469/EWG (O.J. 1983, L 253/18), 93/154/EWG (O.J. 1993, L 61/52) oraz 97/611/EWG (O.J. 1997, L 248/20).

⁴⁸ Por. 730/79 *Philip Morris* [1980] ECR 2671 oraz K. Mortelmans, *The Compensatory Justification Criterion in the Practice of the Commission in Decisions on State Aids*, „Common Market Law Review” 1984, nr 21, s. 405 i n.

dowe), obowiązkowego systemu ubezpieczeń społecznych, obowiązkowego szkolnictwa, itp. Nie będzie podlegać również obowiązkowi notyfikacji pomoc, która nie może mieć wpływu na wymianę handlową pomiędzy państwami członkowskimi, np. finansowanie lokalnych ośrodków usług publicznych (baseny, żłobki, centra kulturalne, itp.).

Nie należy zapominać, że w przypadku notyfikacji pomocy, Komisja jest zobowiązana do poddania jej wstępnemu egzaminowi w ciągu 2 miesięcy. Jeżeli tego nie robi, państwo członkowskie może wprowadzić pomoc w życie po uprzednim zawiadomieniu Komisji.

Ponadto, na podstawie art. 89 Rada może uchwalić wyłączenie grupowe w sektorze pomocy państwowej lub przekazać Komisji w tym celu odpowiednią delegację. Wyłączenia grupowe mają na celu zdefiniowanie warunków, na podstawie jakich niektóre rodzaje pomocy państwowej są zgodne ze wspólnym rynkiem. Taka pomoc jest wtedy zwolniona z obowiązku notyfikacji, a państwa członkowskie mogą ją natychmiast wprowadzić w życie. Rada Europejska w Laeken zaapelowała do Komisji o ustalenie ram dla pomocy państwowej przeznaczonej dla finansowania usług publicznych. Komisja rozpoczęła prace nad wyłączeniem grupowym dla takiej pomocy, ale prace zostały zawieszono do czasu wydania przez ETS orzeczeń w sprawach *Altmark*, *GEMO* i *Enirisorse*. Jeżeli orzeczenia Trybunału zakwalifikują finansowanie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym jako pomoc państwową, Komisja będzie w stanie opracować wyłączenie grupowe, które uprości procedurę implementacji tego rodzaju pomocy.

Czwartą kwestią, do której ustosunkował się Rzecznik Generalny w swojej opinii, była propozycja rozwiązania zaproponowana w opinii do sprawy *GEMO* polegająca na bezpośrednim i wyraźnym związku pomiędzy wynagrodzeniem i obowiązkami usług w ogólnym interesie gospodarczym nałożonymi na przedsiębiorstwo. Rzecznik określił tę teorię jako „podejście *quid pro quo*”. Uważał, że jest niezgodna z wcześniejszym orzecznictwem ETS, według którego dla zakwalifikowania środka jako pomocy państwowej bierze się jedynie pod uwagę jego efekty i wpływ na rynek. Sposób przyznania środka i jego cel ma znaczenie dopiero na etapie późniejszym, tj. ustalenia jego zgodności ze wspólnym rynkiem. Teoria Rzecznika Generalnego Jacobsa wymaga uwzględnienia celu i sposobu przyznania finansowania już na pierwszym etapie, w celu uznania czy środek jest pomocą w rozumieniu art. 87. Ponadto, teoria ta nie zapewni pewności i stabilności prawa. Pojęcie „bezpośredniego i wyraźnego związku” jest niejasne i wydaje się być możliwe do zdefiniowania tylko odrębnie w każdym przypadku. Oznacza to udzielenie państwom członkowskim dużej swobody w określaniu tego, co uważają za tego rodzaju związek. Grozi to zakłóceniami wspólnego

rynku, szczególnie że takie praktyki pozostaną poza uprzednią kontrolą Komisji. Sądy krajowe natomiast, nie mając wyraźnych wskazówek, co należy zakwalifikować jako taki związek, będą zapewne w każdej sprawie zwracać się z pytaniami do ETS, co w konsekwencji spowoduje znaczny wzrost spraw.

Z drugiej strony należy żałować, że Rzecznik Generalny nie podjął się analizy kwestii przetargu publicznego pod kątem ekonomicznym. Wydaje mi się, że nie do końca wyjaśniona pozostaje kwestia, czy rzeczywiście przetarg publiczny mógłby dać gwarancję, że otrzymana cena jest ceną rynkową i możliwie najniższą oraz czy mógłby wykluczyć możliwość pomocy ze strony państwa.

4. PODSUMOWANIE

Orzeczenie w sprawie *Altmark* zostanie wydane prawdopodobnie za kilka miesięcy. Uporządkuje ono chaos spowodowany dotychczasowym sprzecznym orzecznictwem. W tym samym duchu będą wydane wyroki w sprawie *GEMO* i *Enirisorse*. Nie wiadomo, czy Trybunał zdecyduje się potwierdzić wyrok w sprawie *Ferring* czy też podążyć za propozycją przedstawioną przez Jacobsa lub Légera.

Obecnie mamy do czynienia z trzema propozycjami rozwiązań. Pierwsze polega na podążeniu za orzeczeniem wydanym w sprawie *Ferring*. Należałoby uznać, że środki finansowe przekazane przez państwo przedsiębiorstwu świadczącemu usługi w ogólnym interesie gospodarczym nie są pomocą państwową, ale wynagrodzeniem za zleczone usługi, o ile nie przekraczają kosztów świadczenia tych usług. Państwo nie ma więc obowiązku informowania Komisji o przekazaniu takich środków przedsiębiorstwu. Druga propozycja została przedstawiona przez Rzecznika Generalnego Jacobsa w sprawie *GEMO*. Uważa on, że w zasadzie środki finansowe przekazane przedsiębiorstwu są pomocą państwową i wymagają ich notyfikacji do Komisji. Wyjątek czyni się na rzecz wsparcia finansowego przekazanego przez państwo na rzecz przedsiębiorstwa świadczącego usługi w ogólnym interesie gospodarczym, jeżeli celem wsparcia jest zapłata za koszty poniesione w celu świadczenia obowiązków związanych z tymi usługami. Tak obowiązki, jak i wynagrodzenie muszą być jasno zdefiniowane i musi istnieć pomiędzy nimi bezpośredni i wyraźny związek. Jeśli wszystkie te warunki zostaną spełnione, taki środek finansowy nie wymaga również notyfikacji do Komisji. Trzecie rozwiązanie zostało zaproponowane przez Rzecznika Generalnego Légera w sprawie *Altmark*. Uważa on, że każ-

de wsparcie finansowe, jeżeli przekazane określone przedsiębiorstwu z zasobów państwowych, które grozi zakłóceniem konkurencji i ma wpływa na handel wewnątrzspółnotowy jest pomocą państwową w rozumieniu art. 87, nawet jeśli beneficjentem jest przedsiębiorstwo świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Taka pomoc wymaga uprzedniej notyfikacji i zawieszenia aż do wydania decyzji przez Komisję, choć może być uznana za zgodną ze wspólnym rynkiem na podstawie art. 86 ust. 2.

W opinii autorki, rozwiązanie zastosowane w sprawie *Ferring* nie może być utrzymane. Pozbawia ono praktycznie znaczenia art. 86 ust. 2. Gdyby finansowanie usług publicznych nie przekraczające ich kosztów poniesionych przed przedsiębiorstwo uznać za wynagrodzenie, art. 86 ust. 2 nie mógłby nigdy zostać użyty w stosunku do przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym. Ponadto, takie rozwiązanie oferuje państwom zbyt dużą swobodę w zakresie uznawania wspierania działalności przedsiębiorstw za nie będące pomocą publiczną. Istnieje obawa, że państwa starałyby się ukryć pomoc publiczną. Rola Komisji zostałaby tym samym znacznie ograniczona poprzez pozbawienie jej możliwości kontroli uprzedniej, a pozostawienie jedynie kontroli uprzedniej. Zwrot pomocy publicznej jest znaczenie bardziej skomplikowany niż wstrzymanie jej udzielenia, szczególnie że powinna być ona zawieszona aż do wydania takiej decyzji.

Rozwiązanie zaproponowane w opinii do sprawy *GEMO* zasługuje na uwagę, choć budzi również wiele wątpliwości. Jego zastosowanie mogłoby spowodować chaos w zakresie interpretacji znaczenia „związku wyraźnego i bezpośredniego”. Jako że system byłby zdecentralizowany, podobne sytuacje byłyby traktowane różnie w różnych krajach. Brak jest bowiem definicji takiego związku, a jego definiowanie *ad casum* grozi niejednorodnością praktyki. Uwagi wymaga jedynie propozycja zwolnienia spod obowiązku notyfikacji jako pomocy państwowej umów zawartych w wyniku przetargu publicznego. Komisja powinna jednak przeprowadzić najpierw szczegółową analizę ekonomiczną, czy taki proceder zapewnia rzeczywiście zapłatę możliwie najniższej ceny rynkowej i nie grozi nadużyciami. W przypadku oceny pozytywnej, powinna wydać wyłączenie grupowe dotyczące finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, jeżeli są one powierzone przedsiębiorstwu przez państwo na podstawie przetargu publicznego.

Najbardziej przekonująca, według autorki, jest opinia Rzecznika Generalnego w sprawie *Altmark*. Finansowanie kosztów usług w ogólnym interesie gospodarczym powinno być uznane za pomoc państwową. Inna interpretacja pozbawiłaby znaczenia art. 86 ust. 2 i art. 73. Ponadto obowiązek uprzedniej notyfikacji przekazania wsparcia finan-

sowego przez państwa ma podstawowe znaczenie dla funkcjonowania wspólnego rynku. Nałożenie na państwa członkowskie obowiązku zgłaszania projektów pomocy, nawet jeśli będą one uznane za zgodne ze wspólnym rynkiem, zabezpiecza przed nadużywaniem możliwości zwolnienia z tytułu art. 87 ust. 3 lub usprawiedliwienia z tytułu art. 86 ust. 2 i nieuzasadnioną kwalifikacją przez państwa członkowskie, jako pomocy zwolnionej, środków, które w normalnym trybie podlegałyby w pełni zakazowi z tytułu art. 87 ust. 1. Co prawda istnieje zawsze możliwość orzeczenia zwrotu bezprawnie udzielonej pomocy, praktyka jednak wskazuje, że szkody, które taka pomoc może wyrządzić na rynku są często nieodwracalne lub niezwykle trudne do odwrócenia, a procedury rewindykacyjne bardzo skomplikowane i długotrwałe⁴⁹. Inne rozwiązanie doprowadziłoby do decentralizacji stosowania prawa wspólnotowego w tej dziedzinie, a tym samym do jego niejednolitej interpretacji lub nawet zagrożenia jego prymatu nad interesami krajowymi państwa członkowskich. Jest to ważne szczególnie teraz, w dobie rozszerzenia, które włączy do Unii kolejne 10 państw o różnej kulturze prawniczej i praktyce administracyjnej. Tylko nadzór niezależnego organu, takiego jak Komisja może zapewnić funkcjonowanie gospodarki wolnorynkowej i wolnej konkurencji w państwach członkowskich. Uznanie finansowania usług w ogólnym interesie gospodarczym przez państwa za nie stanowiące pomocy państwowej pozbawiłoby Komisję możliwości takiego nadzoru.

⁴⁹ S. Dudzik, *Pomoc państwa...*, s. 52. Por. również opinię Rzecznika Generalnego La Pergola w sprawie *CELF*, par. 24.