

Stefan Akira Jarecki*

Nowe podejście Komisji Europejskiej do publicznego finansowania budowy infrastruktury transportowej – konsekwencje orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle*

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Pojęcie „pomocy państwa”
- III. Wnioski wynikające z orzeczeń w sprawie *Leipzig-Halle* – budowa infrastruktury przez władze publiczne a pojęcie przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej w prawie UE
 1. Związek pomiędzy etapem budowy i eksploatacji infrastruktury
 2. Pojęcie „działalności gospodarczej” w prawie UE
 3. Wykonywanie prerogatyw państwa a prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu prawa UE
- IV. Konieczność spełnienia pozostałych przesłanek określonych w art. 107 ust. 1 TFUE
 1. Selektywna korzyść
 2. Zakłócenie konkurencji oraz wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Infrastruktura transportowa wymaga znacznych nakładów finansowych ze źródeł publicznych. W tym kontekście powstaje pytanie: czy finansowanie infrastruktury transportowej stanowi pomoc państwa. Podejście KE do stosowania przepisów o pomocy państwa do projektów inwestycyjnych dotyczących infrastruktury transportowej uległo w ostatnim czasie znacznym zmianom. W opinii KE nowe podejście jest konsekwencją wydania przez Trybunał Sprawiedliwości orzeczeń w sprawie *Leipzig Halle*. Jak zauważyła KE, po wyroku w sprawie *Leipzig Halle* państwa członkowskie nie mogą dalej negocjować, że zasady dotyczące pomocy państwa znajdują zastosowanie do finansowania jakiegokolwiek infrastruktury, która później (po wybudowaniu) będzie wykorzystana do prowadzenia działalności gospodarczej. *A contrario* jedynie finansowanie infrastruktury, która nie będzie wykorzystana do prowadzenia działalności gospodarczej, takiej jak otwarte dla ogółu społeczeństwa drogi publiczne, autostrady (które nie są obsługiwane przez koncesjonariusza), będzie, co do zasady, wyłączone z zakresu stosowania przepisów o pomocy państwa. Artykuł

* Doktor; adiunkt na Wydziale Informatycznych Technik Zarządzania Wyższej Szkoły Informatyki Stosowanej i Zarządzania; główny specjalista w Wydziale Prawnym Departamentu Systemu Wdrażania Programów Infrastrukturalnych Ministerstwa Infrastruktury i Rozwoju; uczestnik Warszawskiego Seminarium Aksjologii Administracji; e-mail: jarecki@wit.edu.pl. Artykuł przedstawia osobisty pogląd autora, który w żaden sposób nie może być utożsamiany ze stanowiskiem Ministerstwa, w którym jest zatrudniony.

opisuje najważniejsze zagadnienia związane z aktualnym podejściem do stosowania zasad dotyczących pomocy państwa do publicznego finansowania infrastruktury transportowej.

Słowa kluczowe: pomoc państwa; infrastruktura; infrastruktura transportowa; Leipzig-Halle.

I. Wstęp

W ostatnim czasie podejście KE do oceny środków wsparcia pod kątem zgodności z przepisami o pomocy państwa¹ uległo znacznemu zaostrzeniu. Jednym z obszarów, w których zmiana podejścia KE jest szczególnie widoczna jest obszar publicznego finansowania budowy infrastruktury transportowej. Powszechnie przyjmuje się, że przyczyną tego stanu rzeczy jest wydanie przez TSUE orzeczenia z 19 grudnia 2012 r. w sprawie C-288/11 P *Mitteldeutsche Flughafen AG et Flughafen Leipzig-Halle GmbH* przeciwko Komisji Europejskiej (drugie orzeczenie w sprawie *Leipzig-Halle*), potwierdzającego praktycznie wszystkie istotne ustalenia dokonane przez Sąd w orzeczeniu z 24 marca 2011 r. w sprawach połączonych T-455/08 *Flughafen Leipzig-Halle GmbH and Mitteldeutsche Flughafen AG* przeciwko Komisji i T-443/08 *Freistaat Sachsen and Land Sachsen-Anhalt* przeciwko Komisji (pierwsze orzeczenie w sprawie *Leipzig-Halle*)². Czy jest tak jednakże w rzeczywistości? Orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle* nie zawierają praktycznie żadnych nowych spostrzeżeń, niemalże w całości bazują na dotychczasowych ustaleniach sądów unijnych. Wydanie tych orzeczeń było dla Komisji raczej dogodnym pretekstem do zmiany dotychczasowego podejścia do publicznego finansowania budowy infrastruktury transportowej. Do obalenia utrwalanego przez państwa członkowskie poglądu, zgodnie z którym budowa infrastruktury przez władze publiczne nie jest działalnością gospodarczą, jeśli tylko infrastruktura jest powszechnie dostępna dla wszystkich potencjalnych użytkowników na równych i niedyskryminacyjnych zasadach, w zupełności wystarczało bowiem powołanie się na wcześniejsze orzecznictwo Trybunału dotyczące pojęcia pomocy państwa, z którym bez wątplenia pogląd ten był sprzeczny. Powyższy pogląd był jednakże oparty na praktyce decyzyjnej KE i chociaż Komisja wydawała się z nim od pewnego czasu nie zgadzać, to nie mogła bez podania żadnej konkretnej przyczyny wycofać się z prezentowanego wcześniej stanowiska (a przynajmniej byłoby to utrudnione)³. Orzeczenie w sprawie *Leipzig-Halle* stało się wygodnym uzasadnieniem dla zaostrzenia dotychczasowego stanowiska KE i jednocześnie wytrąciło z rąk państw członkowskich argumenty mogące służyć obronie starego podejścia.

II. Pojęcie „pomocy państwa”

Zgodnie z art. 107 ust. 1 TFUE, „z zastrzeżeniem innych postanowień przewidzianych w Traktatach wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiegokolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez

¹ Występujące w prawie UE określenie *state aid* prawidłowo przetłumaczone na język polski brzmi „pomoc państwa”. Niemniej jednak polski ustawodawca posługuje się określeniem „pomoc publiczna”. Wydaje się, że przyczyną tego stanu należy doszukiwać się w chęci podkreślenia, że pomoc państwa obejmuje zarówno wsparcie udzielane przez państwo, jak i samorząd terytorialny.

² T. Wilson, *Infrastructure Financing and State Aid Post Leipzig-Halle*, „European State Aid Law Quarterly” 2014, Vol. 1, s. 24; J. Mehta, *The Changing Face of State-Owned Infrastructure – Leipzig-Halle and Beyond*, „European State Aid Law Quarterly” 2013, Vol. 4, s. 705.

³ Pogląd taki był chętnie przytaczany w doktrynie – zob. np. Ch. Koenig, S. Kiefer, *Public Funding of Infrastructure Projects under EC-State Aid Law*, „European State Aid Law Quarterly” 2005, Vol. 3, s. 415–416; Ch. Koenig, J.D. Braun, *The Relevance of EC State Aid Control for Infrastructure Funding*, [w:] M. Sanchez Rydelski (red.), *The EC state aid regime: Distortive effects of state aid on competition and trade*, Cameron May, Londyn 2006, s. 92; Ch. Koenig, A. Haratsch, *The Logic of Infrastructure Funding under EC State Aid Control*, „European State Aid Law Quarterly” 2004, Vol. 3, s. 393; M. Kekelekis, *Recent Developments in Infrastructure Funding: When Does It Not Constitute State Aid?*, „European State Aid Law Quarterly” 2011, Vol. 3, s. 434.

sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji niektórych towarów, jest niezgodna z rynkiem wewnętrznym w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi”. Zatem wsparcie stanowi pomoc państwa, jeśli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

- wsparcie udzielane jest przez państwo lub z zasobów państwowych,
- wsparcie udzielane jest przedsiębiorstwu,
- przedsiębiorstwo uzyskuje korzyść,
- wsparcie ma charakter selektywny, tzn. uprzywilejowuje określone przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa albo produkcję określonych towarów oraz
- grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję na rynku wewnętrznym, a także wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

Prawo UE nie zawiera pełnej definicji pojęcia „pomocy państwa”, brak jest też, chociażby, przykładowego, katalogu form wsparcia państwa spełniających przesłanki ustanowione we wskazanym powyżej przepisie Traktatu. Przyczyny tego stanu rzeczy należy upatrywać w praktycznie nieograniczonej inwencji państw członkowskich we wprowadzaniu coraz to nowych form wsparcia dla krajowych przedsiębiorstw⁴.

Celem niniejszego artykułu nie jest omawianie poszczególnych przesłanek określonych w art. 107 ust. 1 TFUE, a jedynie tych z nich, w przypadku których, w odniesieniu do publicznego finansowania infrastruktury transportowej, nastąpiła w ostatnim czasie zmiana podejścia. W tym miejscu należy zauważyć, że spostrzeżenia zawarte w orzeczeniach w sprawie *Leipzig-Halle* odnoszą się w zasadzie wyłącznie do spełnienia przesłanki udzielenia wsparcia przedsiębiorstwu. Zupełnie pominięta zostanie w dalszych rozważaniach analiza przesłanki pochodzenia wsparcia od państwa lub z zasobów państwowych, gdyż zakładam, że w analizowanych przypadkach będziemy mieli do czynienia z takim właśnie wsparciem.

III. Wnioski wynikające z orzeczeń w sprawie *Leipzig-Halle* – budowa infrastruktury przez władze publiczne a pojęcie przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej w prawie UE

Skarżący w sprawie *Leipzig-Halle* twierdzili, że do udzielonego im wsparcia nie miały zastosowania przepisy o pomocy państwa, ponieważ pojęcie „przedsiębiorstwa”, o którym mowa w art. 107 ust. 1 TFUE nie obejmuje regionalnych portów lotniczych, przynajmniej w zakresie budowy infrastruktury lotniskowej. Zdaniem skarżących, budowa infrastruktury lotniskowej nie stanowiła prowadzenia działalności gospodarczej, ale raczej wchodziła w zakres realizacji gospodarczej, regionalnej i transportowej polityki władz publicznych, tym bardziej że działalność ta nie przynosi zysku⁵. Trybunał, dowołując się do swojego utrwalonego orzecznictwa dotyczącego pojęć przedsiębiorstwa oraz działalności gospodarczej, występujących w przepisach o pomocy państwa, jak również do swojego poprzedniego orzecznictwa dotyczącego finansowania infrastruktury transportu lotniczego, oddalił argumenty skarżących. Poniżej omawiam istotne wnioski wynikające z orzeczeń w sprawie *Leipzig-Halle* wraz ze wskazaniem, tam gdzie to możliwe, ich wpływu na aktualne podejście Komisji Europejskiej do oceny zgodności publicznego finansowania

⁴ P. Paradowski, *Prawo pomocy publicznej dla przedsiębiorców*, [w:] Z. Brodecki (red.), *Konkurencja*, Lexis Nexis, Warszawa 2004, s. 325.

⁵ J. Mehta, *The Changing Face...*, s. 703.

infrastruktury transportowej z zasadami rynku wewnętrznego, czy mówiąc ściślej sposobu, w jaki Komisja zinterpretowała te orzeczenia. Należy przy tym zaznaczyć, że chociaż analizowane orzeczenia dotyczyły infrastruktury lotniskowej, to KE, nie bez racji, uznaje, że spostrzeżenia w nich zawarte mają zastosowanie do wszystkich rodzajów infrastruktury, w szczególności infrastruktury transportowej⁶.

1. Związek pomiędzy etapem budowy i eksploatacji infrastruktury

W pierwszym orzeczeniu w sprawie *Leipzig-Halle* Sąd stwierdził, że w celu ustalenia czy publiczne finansowanie działalności w zakresie budowy lub rozbudowy infrastruktury transportowej stanowi działalność gospodarczą w rozumieniu prawa UE, a tym samym czy stanowi pomoc państwa, o której mowa w art. 107 ust. 1 TFUE, należy ustalić, czy późniejsza eksploatacja wybudowanej z wykorzystaniem publicznego wsparcia infrastruktury ma charakter gospodarczy, czy też nie ma takiego charakteru. A zatem, co wydaje się dość oczywiste, Sąd uznał, że działalności w zakresie budowy infrastruktury nie należy oddzielać od działalności w zakresie jej eksploatacji, a w konsekwencji, że charakter działalności w zakresie eksploatacji infrastruktury determinuje, jaki charakter będzie miała działalność w zakresie jej budowy⁷. Ustalenie to nie wydaje się być szczególnie zaskakujące, wszak jest chyba dość oczywiste, że żeby prowadzić jakąkolwiek działalność gospodarczą, choćby produkować śrubki, trzeba najpierw poczynić odpowiednie inwestycje – wybudować stosowne pomieszczenie, zakupić niezbędne maszyny itd. Czy można znaleźć jakikolwiek sensowny argument przemawiający za tym, że sama produkcja śrubek stanowi działalność gospodarczą, ale nabycie pomieszczenia i maszyn niezbędnych do tej produkcji już nie? Oczywiście można powiedzieć, że produkcja śrubek to nie to samo, co budowa infrastruktury transportowej realizowana w interesie publicznym. I właśnie do tej kwestii, pytania: czy i kiedy można uznać, że eksploatacja publicznej infrastruktury transportowej wiąże się z prowadzeniem działalności gospodarczej, a nie do samego związku pomiędzy etapem budowy i eksploatacji infrastruktury, sprowadzają się kontrowersje wokół aktualnego podejścia KE do zagadnienia publicznego finansowania inwestycji infrastrukturalnych.

Jak zauważyła Dyrekcja Generalna Komisji Europejskiej ds. Konkurencji w swojej nocie wyjaśniającej skierowanej do Dyrekcji Generalnej Komisji Europejskiej ds. Polityki Regionalnej i Miejskiej „Zastosowanie zasad dotyczących pomocy publicznej do inwestycji w infrastrukturę”⁸, państwa członkowskie dotychczas, co do zasady, były skłonne uważać, że finansowanie infrastruktury ze środków publicznych nie podlega przepisom o pomocy państwa, ponieważ działalność w zakresie budowy i eksploatacji infrastruktury jest działalnością realizowaną w interesie ogólnym (publicznym)⁹. A zatem państwa członkowskie nie tyle odrębnie traktowały etapy budowy i eksploatacji infrastruktury, co uznawały, że inwestycje o charakterze infrastrukturalnym stanowią wykonywanie prerogatyw państwa (*public remit*), a nie prowadzenie działalności gospodarczej.

⁶ Wniosek taki można wysnuć chociażby z lektury noty wyjaśniającej Dyrekcji Generalnej KE do spraw Konkurencji skierowanej do Dyrekcji Generalnej KE ds. Polityki Regionalnej i Miejskiej *Application of State aid rules to infrastructure investment projects*, Bruksela, COMP/03/2011. Pobrano z: http://www.esfondi.lv/upload/00-vadlinijas/Note_on_State_aid_for_infrastructure_projects.pdf. Rozumowanie takie należy uznać za słuszne, jeśli wziąć pod uwagę, że orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle* bazują na wypracowanych we wcześniejszym orzecznictwie sądów unijnych, uniwersalnych definicjach pojęć przedsiębiorstwo i działalność gospodarcza, które mają zastosowanie do wszystkich sektorów gospodarki.

⁷ Pierwsze orzeczenie w sprawie *Leipzig-Halle*, pkt 95.

⁸ *Note to DG Regio Application of State aid rules to infrastructure investment projects*, European Commission DG Competition, Brussels COMP/03/2011, s. 2. Pobrano z: http://www.esfondi.lv/upload/00-vadlinijas/Note_on_State_aid_for_infrastructure_projects.pdf

⁹ *Ibidem*, s. 2.

Prawdą jest, co podkreśliła zresztą sama KE, że jej polityka w odniesieniu do inwestycji infrastrukturalnych realizowanych w wielu sektorach nie była zbyt przejrzysta, chociażby działalność polegająca na budowie portów morskich oraz lotnisk przez długi czas była uznawana za mieszczącą się w zakresie wykonywania kompetencji państwa. Nie oznacza to jednak, że KE w swojej praktyce decyzyjnej sprzed orzeczeń w sprawie *Leipzig-Halle* nie dostrzegała związku pomiędzy budową a późniejszą eksploatacją infrastruktury transportowej i że nie oceniała zgodności wsparcia przeznaczanego na inwestycje infrastrukturalne z przepisami o pomocy państwa pod kątem tego czy dana infrastruktura będzie wykorzystywana do prowadzenia działalności gospodarczej. W decyzji N 510/2005, dotyczącej zwolnienie infrastruktury portowej z opodatkowania¹⁰, KE wskazała, że w przypadku prowadzenia działalności gospodarczej przez podmiot zarządzający infrastrukturą wszelkie dotacje państwa na taką infrastrukturę należy zbadać pod kątem występowania pomocy państwa¹¹. W decyzji N 500/2001¹² oraz N 356/2002¹³ dotyczących wsparcia na rzecz brytyjskiej infrastruktury kolejowej, KE zaznaczyła, że, co do zasady, uznaje, że publiczne finansowanie działalności polegającej na budowie i zarządzaniu infrastrukturą transportową nie stanowi pomocy państwa, jeśli infrastruktura jest dostępna dla wszystkich użytkowników końcowych na równych i niedyskryminacyjnych zasadach. Inwestycja taka może bowiem być uznana za środek o charakterze ogólnym, ponieważ wydatki są ponoszone przez państwo w ramach jego odpowiedzialności za planowanie i rozwój systemu transportowego w interesie publicznym. Jednocześnie, jeśli zarządca infrastruktury prowadzi działalność gospodarczą, jakiegokolwiek wsparcie publiczne na tę infrastrukturę powinno zostać zbadane pod kątem występowania pomocy państwa, ponieważ może ono powodować uzyskanie przez beneficjenta przewagi konkurencyjnej¹⁴. Z obu przywołanych decyzji wynika, że KE uznała działalność prowadzoną przez zarządcę infrastruktury kolejowej za gospodarczą (a samego zarządcę za przedsiębiorstwo), ponieważ polegała ona na udostępnianiu sieci kolejowej przewoźnikom towarowym i osobowym za opłatą. Nie miało przy tym znaczenia, że zarządca infrastruktury działał na zasadzie *not-for-profit*. Tym samym wsparcie udzielane na rzecz tej infrastruktury (w tym na rzecz jej budowy) spełniało, zdaniem KE, przesłankę udzielenia wsparcia przedsiębiorstwu¹⁵. W decyzji N 664i/2002 dotyczącej wsparcia na infrastrukturę lotnisk i lądowisk regionalnych w Niemczech¹⁶, KE stwierdziła, że co do zasady uznaje, iż budowa i publiczne finansowanie projektów transportowych, dotyczących na przykład lotnisk czy autostrad stanowi środek ogólnej polityki gospodarczej, związany z potrzebami w zakresie planowania, rozwoju regionalnego oraz wdrażania krajowej i regionalnej polityki transportowej. Co za tym idzie tego typu środki są związane z wykonywaniem prerogatyw władz publicznych i jako takie zasadniczo nie podlegają kontroli KE w zakresie zgodności z traktatowymi przepisami o pomocy państwa. KE zwróciła jednak w decyzji tej uwagę na rozumienie pojęcia

¹⁰ Decyzja KE z 10.07.2007 r. w sprawie N 510/2005 *pomocy państwa – Polska – Zwolnienie infrastruktury portowej z opodatkowania*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/201706/201706_701471_21_2.pdf.

¹¹ Pkt 28 decyzji.

¹² Decyzja KE z 19.09.2001 r. w sprawie N 500/2001 *pomocy państwa – Wielka Brytania – Network Grants to Licensed Heavy Rail Infrastructure Managers*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2001/n500-01.pdf.

¹³ Decyzja KE z 17.07.2002 r. w sprawie N 356/2002 *pomocy państwa – Wielka Brytania – Railtrack plc/Network Rail*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/137131/137131_453400_5_2.pdf.

¹⁴ Pkt 14 decyzji w sprawie N 500/2001 oraz pkt 70 decyzji w sprawie N 356/2002.

¹⁵ Pkt 72–73 decyzji w sprawie N 356/2002.

¹⁶ Decyzja KE z 19.01.2005 r. w sprawie N 664i/2002 *pomocy państwa – Niemcy – Development of municipal economic infrastructure pursuant to Part II, Section 7 of the Framework plan under joint Federal Government/Länder scheme for improving regional economic structures: (i) Construction or development of regional airports*. Decyzję w języku niemieckim pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/133996/133996_477086_23_2.pdf.

przedsiębiorstwa, występującego w art. 107 ust. 1 TFUE, zauważając, że pojęcie to w prawie UE obejmuje jakikolwiek podmiot prywatny lub publiczny, który jest zaangażowany w prowadzenie działalności gospodarczej. W badanym przez KE przypadku środki wsparcia miał zostać udostępniony podmiotowi komunalnemu odpowiedzialnemu za wdrażanie projektów infrastrukturalnych, w ramach realizacji zadań publicznych, w celu pobudzenia rozwoju gospodarczego w interesie ogólnospołecznym. Biorąc powyższe pod uwagę, KE uznała, że przekazanie środków temu podmiotowi stanowiło jedynie alokację zasobów budżetowych w ramach państwa członkowskiego, dokonywaną w celu realizacji zadań stanowiących prerogatywy państwa (planowanie przestrzenne, rozwój regionalny). Zdaniem KE, tego rodzaju realokacja funduszy do podmiotu prowadzącego działalność polegającą na wykonywaniu kompetencji zastrzeżonych dla władz publicznych nie wiązała się z udzieleniem pomocy państwa. Jednocześnie jednak KE zauważyła, że podmiot otrzymujący wsparcie prowadził nie tylko działalność polegającą na wykonywaniu zadań państwa, lecz także działał jako właściciel i operator infrastruktury lotniskowej, kwalifikującej się do otrzymania wsparcia w ramach omawianego środka, przy czym pod pewnymi warunkami podmiot ten mógł powierzyć wykonywanie tych zadań również osobom trzecim. Jak podkreśliła KE, w analizowanym przypadku wsparcie zostało przeznaczone na budowę lub inwestycje w infrastrukturę lotniskową, konieczną do prowadzenia działalności w zakresie transportu lotniczego. Infrastruktura ta miała zostać udostępniona zarządcy, czyli wskazanemu powyżej podmiotowi lub osobie trzeciej, który mógł ją wykorzystywać do prowadzenia działalności gospodarczej. Uwzględniając powyższe, KE doszła do wniosku, że infrastruktura współfinansowana w ramach badanego środka wsparcia i następnie udostępniona operatorowi regionalnych lotnisk i lądowisk będzie mogła stanowić ekonomiczną przewagę dla tego operatora, jako przedsiębiorstwa prowadzącego działalność gospodarczą, nad jego konkurentami¹⁷.

Z powyższego wynika, że choć praktyka decyzyjna KE dotycząca infrastruktury transportowej nie była jednoznaczna, to już przed wydaniem przez Sąd orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle* KE dostrzegала związek pomiędzy budową infrastruktury transportowej i jej późniejszą eksploatacją, oceniając wsparcie na budowę infrastruktury przez pryzmat tego czy będzie ona wykorzystywana do prowadzenia działalności gospodarczej. Obecna zmiana podejścia KE nie sprowadza się zatem do dostrzeżenia związku pomiędzy działalnością polegającą na budowie infrastruktury a działalnością w zakresie jej eksploatacji, a raczej do zaostrenia sposobu rozumienia pojęcia działalności gospodarczej, przy czym, do czego szerzej odniosę się w dalszej części artykułu, sama definicja tego pojęcia wypracowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości nie uległa bynajmniej zmianie.

Jak zauważył P. Nicolaidis, oceniając wsparcie na budowę infrastruktury pod kątem przepisów dotyczących pomocy państwa, należy najpierw ustalić czy dana infrastruktura będzie wykorzystywana do prowadzenia działalności gospodarczej, następnie zaś, czy działalności tej nie da się oddzielić od budowy infrastruktury¹⁸. Innymi słowy należy przeanalizować czy gospodarczy charakter działalności polegającej na budowie infrastruktury transportowej oraz na jej eksploatacji da się zbadać odrębnie¹⁹. Warto przy tym podkreślić, że Trybunał Sprawiedliwości w drugim

¹⁷ Pkt 26–34 decyzji.

¹⁸ P. Nicolaidis, *A Case of Public Funding of Infrastructure that Does not Constitute State Aid: But Many Questions Remain*, State Aid Blog 24.10.2013 r.; <http://www.lexxon.eu/training/stateaidblog/2013/10/24/75-a-case-of-public-funding-of-infrastructure-that-does-not-constitute-state-aid-but-many-questions-remain>.

¹⁹ Zob. pkt 100 pierwszego orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle*.

orzeczeniu w sprawie *Leipzig-Halle* zaznaczył, że nie można uznawać, iż działalność w zakresie budowy i eksploatacji infrastruktury są ze sobą nierozdzielnie związane tylko dlatego, że dana infrastruktura jest niezbędna (ma kluczowe znaczenie) do prowadzenia działalności gospodarczej²⁰. Przykładem sytuacji, w której możliwa jest odrębna ocena gospodarczego charakteru obu rodzajów działalności jest sytuacja, w której infrastruktura, która pierwotnie miała charakter niegospodarczy, zostanie później przeznaczona do użytku gospodarczego, na przykład, gdy lotnisko wojskowe zostanie przekształcone w lotnisko cywilne. Wówczas wyłącznie koszty poniesione z tytułu przekształcenia tej infrastruktury na użytek gospodarczy mogą być oceniane pod kątem zgodności z przepisami o pomocy państwa²¹. Jeżeli infrastruktura jest wykorzystywana zarówno do prowadzenia działalności gospodarczej, jak i niegospodarczej, finansowanie publiczne podlega zasadom pomocy państwa wyłącznie w zakresie, w jakim obejmuje koszty związane z działalnością gospodarczą. Jeżeli możliwe jest oddzielenie kosztów i przychodów związanych z działalnością gospodarczą i niegospodarczą, w opinii KE, zasady pomocy państwa mają zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do przyznanego wsparcia publicznego w kwocie przewyższającej koszty prowadzenia działalności niegospodarczej²². Innymi przykładami sytuacji, w których budowę infrastruktury i jej późniejszą eksploatację można w pewnym zakresie oceniać odrębnie są sytuacje, w których infrastruktura wybudowana z udziałem wsparcia publicznego będzie wykorzystywana praktycznie wyłącznie do prowadzenia działalności niegospodarczej, jej ewentualne wykorzystanie do działalności gospodarczej będzie miało zaś dodatkowy, czysto akcesoryjny, charakter, względem głównej, niegospodarczej działalności prowadzonej przy użyciu danej infrastruktury. Jak zaznaczyła KE w projekcie komunikatu „Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE”, jeżeli infrastruktura wykorzystywana do różnych celów służy prawie wyłącznie działalności niegospodarczej, jej finansowanie może w całości być wykluczone z zastosowania zasad pomocy państwa pod warunkiem, że użytkowanie tej infrastruktury w celach gospodarczych zachowa charakter czysto pomocniczy względem podstawowej działalności prowadzonej z jej wykorzystaniem. Dodatkowa działalność powinna mieć ograniczony zakres²³. Ponadto, powinna być bezpośrednio związana z eksploatacją danej infrastruktury, konieczna do eksploatacji tej infrastruktury lub być nieodłącznie związana z jej podstawowym niegospodarczym przeznaczeniem. Zasadniczo nakłady na taką działalność pomocniczą (np. materiał, sprzęt, praca, aktywa trwałe) są takie same, jak na podstawową działalność o charakterze niegospodarczym²⁴. Przykładem działalności gospodarczej o dodatkowym, pomocniczym charakterze może być prowadzenie restauracji przy autostradzie²⁵.

Podsumowując dotychczasową część rozważań, finansowanie jakiegokolwiek infrastruktury transportowej, w tym jej budowy, która jest wykorzystywana do prowadzenia działalności gospodarczej podlega kontroli w zakresie zgodności z przepisami o pomocy państwa. *A contrario* wyłącznie finansowanie infrastruktury, która nie jest wykorzystywana do prowadzenia działalności gospodarczej, jest budowana w interesie publicznym (infrastruktura ogólna) lub jest przeznaczona

²⁰ T. Wilson, *Infrastructure Financing and State Aid...*, s. 25. Pkt 47 drugiego orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle*.

²¹ Pkt 38 Projektu Komunikatu Komisji – Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Projekt adresu pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_notion/draft_guidance_pl.pdf.

²² Ibidem, pkt 39.

²³ KE uznaje, że dodatkowa (pomocnicza) działalność ma ograniczony zakres, jeśli wykorzystuje ona daną infrastrukturę w nie więcej niż 15% rocznie.

²⁴ Pkt 40 projektu Komunikatu komisji – Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

²⁵ Zob. w tym względzie pkt 110 pierwszego orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle*.

na potrzeby działań wchodzących zwykle w zakres kompetencji państwa wykonywanych w ramach jego prerogatyw władzy publicznej, jest z zasady wyłączone ze stosowania zasad/przepisów/reguł dotyczących pomocy państwa²⁶. Z powyższego wynika, że z punktu widzenia dalszych rozważań kluczowe znaczenie ma wyjaśnienia znaczenia/rozumienia pojęcia „działalności gospodarczej” w prawie UE.

2. Pojęcie „działalności gospodarczej” w prawie UE

W orzeczeniach w sprawie *Leipzig-Halle* Trybunał, odwołując się do swojego wcześniejszego orzecznictwa, przypomniał, że działalność gospodarczą stanowi wszelka działalność polegająca na oferowaniu towarów lub usług na rynku²⁷. To czy dana działalność jest rentowna, czy też nie, jak również to, czy jest ona prowadzona przez podmiot publiczny, czy też prywatny nie są kryteriami właściwymi do kwalifikacji tej działalności pod kątem pojęcia działalności gospodarczej. W unijnym prawie konkurencji przedsiębiorstwem jest każdy podmiot wykonujący działalność gospodarczą, tj. oferujący towary i usługi na rynku, bez względu na jego formę prawną i sposób finansowania. A zatem, o gospodarczym lub niegospodarczym charakterze danej działalności nie przesądza prywatny lub publiczny status podmiotu prowadzącego tę działalność ani też czy jest ona rentowna²⁸. Trybunał w swoim dotychczasowym orzecznictwie uznał, że działalność polegająca na eksploatacji infrastruktury transportowej stanowi działalność gospodarczą. Chętnie w tym zakresie przywoływane jest orzeczenie w sprawie *Aéroports de Paris*²⁹, w którym Sąd stwierdził, że zarządzanie infrastrukturą lotniskową stanowi działalność gospodarczą. Z orzeczenia tego wynika, że o ile zarządca pobiera opłaty za korzystanie z danej infrastruktury transportowej, to należy uznać, że świadczy za pomocą tej infrastruktury usługi w zamian za wynagrodzenie, a tym samym, że prowadzi działalność gospodarczą³⁰. W pierwszym orzeczeniu w sprawie *Leipzig-Halle* Sąd zauważył, że o gospodarczym charakterze działalności zarządzającego portem lotniczym, którego dotyczył powyższy wyrok, przesądziło to, że świadczył on usługi za wynagrodzeniem pochodzącym w szczególności z opłat lotniskowych, które należy uznać za świadczenie wzajemne za usługi realizowane przez tego zarządzającego. Sąd podniósł, że w analizowanym przypadku zarządzający portem lotniczym prowadził działalność w sposób komercyjny, ponieważ nie udostępniał infrastruktury nieodpłatnie w interesie publicznym, lecz pobierał opłaty za jej użytkowanie³¹. Z powyższego wynika, że za przedsiębiorstwo może zostać uznany nawet departament w Ministerstwie właściwym do spraw transportu, o ile bezpośrednio odpowiada on za zarządzanie infrastrukturą transportową, która jest udostępniana użytkownikom końcowym odpłatnie, np. za zarządzanie płatną autostradą.

²⁶ Pkt 37 projektu Komunikatu komisji - Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. Nota *Application of State aid rules to infrastructure investment projects*, s. 7.

²⁷ Orzeczenie TSWE z 16.06.1987 r. w sprawie C-118/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Włochy*, Zb. Orz. 1987 r., s. 02599, pkt 7; orzeczenie TSUE z 18.06.1998 r. w sprawie C-35/96 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Włochy*, Zb. Orz. 1998 r. s. I-03851, pkt 36; orzeczenie TSUE z 12.09.2000 r. w sprawach połączonych C-180-184/98 *Pavel Pavlov i in. v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, Zb. Orz. 2000, s. I-06451, pkt 75; orzeczenie TSUE z 24.10.2002 r. w sprawie *Aéroports de Paris v. Komisja*, Zb. Orz. 2002 s. I-09297, pkt 75, orzeczenie TSUE z 10.01.2006 r. w sprawie C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato i Cassa di Risparmio di San Miniato SpA*, Zb. Orz. 2006, s. I-00289, pkt 108; orzeczenie TSUE z 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 P *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2006, s. I-06295, pkt 25; orzeczenie TSUE z 01.07.2008 r. w sprawie C 49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio*, Zb. Orz. 2008 s. I-4863 , pkt 21–22; orzeczenie TSUE z 26.03.2009 r. w sprawie C113/07 *SELEX Sistemi Integrati SpA v. Komisja Wspólnot Europejskich i Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, Zb. Orz. 2009 s. I-2207, pkt 69.

²⁸ Pkt 50 drugiego orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle*.

²⁹ Orzeczenie TSUE z 24.10.2002 r., Zb. Orz. 2002 s. I-09297.

³⁰ Orzeczenie SPI z 17.12.2008 r. w sprawie T-196/04 *Ryanair Ltd v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2008, s. II-03643, pkt 89–90 oraz 94.

³¹ Pkt 93–94 pierwszego orzeczenia w sprawie *Leipzig-Halle*.

Jednocześnie działalność gospodarczej nie będzie stanowiła budowa i eksploatacja infrastruktury udostępnianej użytkownikom końcowym na równych i niedyskryminacyjnych zasadach nieodpłatnie w interesie publicznym. Jak zauważyła KE w projekcie komunikatu „Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE”, publiczne finansowanie infrastruktury, która nie jest przeznaczona do komercyjnej eksploatacji, jest z zasady wyłączone ze stosowania reguł dotyczących pomocy państwa. Ma to zastosowanie w przypadku na przykład ogólnej infrastruktury, takiej jak drogi publiczne, mosty lub kanały, które udostępniono do użytku publicznego bez żadnych opłat³². Należy w tym miejscu postawić pytanie: czy podejście prezentowane przez KE nie jest zbyt restrykcyjne i czy w każdym przypadku pobieranie opłat za korzystanie z infrastruktury będzie automatycznie przesądzało o tym, że jej eksploatacja ma komercyjny (gospodarczy) charakter. Jak zauważyły władze duńskie w swoim liście skierowanym do KE, zawierającym uwagi do przywołanego powyżej projektu „Zawiadomienia Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE oraz projektu komunikatu Komisji – Kryteria analizy zgodności z rynkiem wewnętrznym pomocy państwa na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania”³³, finansowanie infrastruktury z opłat pobieranych od użytkowników nie powinno samo w sobie przesądzać o tym, że działania w zakresie planowania, budowy i eksploatacji infrastruktury transportowej stanowią działalność gospodarczą. Jest uzasadnione, aby użytkownicy, którzy korzystają z infrastruktury uczestniczyli w jej finansowaniu, w szczególności, jeśli chodzi o kosztowną infrastrukturę dużej skali. Wybór modelu finansowania danej infrastruktury, zdaniem władz duńskich, nie zmienia sam w sobie publicznej natury realizacji zadania polegającego na budowie i eksploatacji infrastruktury transportowej. Powyższe pozostaje podstawową, nieodzowną kompetencją państwa członkowskiego i w konsekwencji stanowi wykonywanie prerogatyw władzy publicznej³⁴. Podejście to jest równie radykalne, jak podejście KE i w konsekwencji jest trudne do zaakceptowania. Prowadzi ono bowiem do sprzecznego z orzecznictwem sądów unijnych wniosku, że niezależnie od tego czy eksploatacja danej infrastruktury polega na oferowaniu towarów lub usług na rynku za dowolnie określoną opłatą, nie mamy do czynienia z działalnością gospodarczą, lecz wykonywaniem prerogatyw państwa.

W mojej opinii, decydujące znaczenie dla kwalifikacji danej działalności związanej z infrastrukturą transportową jako gospodarczej powinno mieć jednak nie tylko to czy za korzystanie z danej infrastruktury pobierane są opłaty, lecz także to, jaki jest charakter tych opłat – czy w danym przypadku można mówić o wynagrodzeniu, świadczeniu wzajemnym za usługę w postaci możliwości korzystania z infrastruktury transportowej, czy raczej o daninie publicznej o wyrażeniu nieekwiwalentnym względem kosztów budowy i eksploatacji danej infrastruktury wymiarze. Warto w tym miejscu odwołać się, w drodze analogii, do praktyki orzeczniczej TSUE dotyczącej kwalifikacji z punktu widzenia pojęcia działalności gospodarczej działalności w zakresie edukacji i kształcenia publicznego. W orzeczeniu w sprawie C-318/05 *Komisja przeciwko Niemcom*³⁵, Trybunał zauważył, że ustanawiając i utrzymując publiczny system szkolnictwa – finansowany,

³² Pkt 37 projektu Komunikatu Komisji – Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

³³ Projekt komunikatu Komisji – Kryteria analizy zgodności z rynkiem wewnętrznym pomocy państwa na wspieranie realizacji ważnych projektów stanowiących przedmiot wspólnego europejskiego zainteresowania. Projekt adresem pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_cei/index_en.html.

³⁴ List władz duńskich pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2014_state_aid_cei/dk_ministry_II_en.pdf.

³⁵ Orzeczenie TSUE z 11.09.2007 r. w sprawie *Komisja Wspólnot Europejskich v. Niemcy*, Zb. Orz. 2007, s. I-06957, pkt 68.

co do zasady, z budżetu publicznego, a nie przez uczniów lub ich rodziców – państwo nie angażuje się w prowadzenie działalności za wynagrodzeniem, lecz wykonuje zadania z dziedziny społecznej, kulturalnej i edukacyjnej na rzecz swych mieszkańców. Jednocześnie, co podkreśliła zresztą sama KE, niegospodarczego charakteru działalności w zakresie edukacji i kształcenia publicznego zasadniczo nie zmienia to, że uczniowie lub ich rodzice muszą niekiedy opłacać czesne za nauczanie lub opłaty wpisowe, które stanowią wkład w koszty operacyjne systemu publicznego. Takie wkłady finansowe pokrywają bowiem zazwyczaj jedynie ułamek faktycznych kosztów usługi i tym samym nie można ich uznać za wynagrodzenie, świadczenie wzajemne za realizowaną usługę. Nie zmieniają one zatem niegospodarczego charakteru usługi świadczonej w ramach publicznego, powszechnego systemu edukacji i kształcenia finansowanego głównie ze środków publicznych³⁶. Biorąc powyższe pod uwagę, należy uznać, że ponoszenie opłat przez użytkowników końcowych powszechnie dostępnej (na równych i niedyskryminacyjnych zasadach) infrastruktury transportowej nie oznacza automatycznie, że zarządzanie tą infrastrukturą stanowi prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu prawa UE. A tym samym, że finansowanie kosztów jej budowy stanowi pomoc państwa. Należy bowiem zbadać dodatkowo, jaki jest charakter opłat pobieranych od korzystających z danej infrastruktury użytkowników – czy stanowią one świadczenie wzajemne za realizowaną usługę, czy też pokrywają jedynie ułamek kosztów związanych z zapewnieniem danej infrastruktury, stanowiąc pewien wkład użytkowników w koszty operacyjne publicznego systemu transportowego. Powyższe sprowadza się zasadniczo do zbadania czy zarządca danej infrastruktury działa faktycznie jako przedsiębiorstwo, czy raczej jako organ państwa (podmiot administrujący) działający w interesie publicznym.

3. Wykonywanie prerogatyw państwa a prowadzenie działalności gospodarczej w rozumieniu prawa UE

W pierwszym orzeczeniu w sprawie *Leipzig-Halle* Sąd zaznaczył, że nie wszystkie aspekty działalności podmiotu zarządzającego infrastrukturą transportową, nawet udostępnianą odpłatnie³⁷, muszą mieć charakter gospodarczy. Działalność stanowiąca wykonywanie prerogatyw władzy publicznej nie ma bowiem charakteru gospodarczego i w związku z powyższym nie znajdują do niej zastosowania traktatowe reguły konkurencji³⁸. Rozróżnienia pomiędzy działalnością wynikającą z wykonywania prerogatyw władzy publicznej a działalnością gospodarczą należy dokonywać odrębnie dla każdego rodzaju działalności wykonywanej przez dany podmiot³⁹. W przywoływanym już projekcie „Zawiadomienia Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE” KE wskazała na następujące przykłady rodzajów infrastruktury związanych z realizacją działań wchodzących zwykle w zakres kompetencji państwa w ramach jego prerogatyw władzy publicznej: infrastrukturę związaną z kontrolą ruchu lotniczego w portach lotniczych, latarnie morskie i inny sprzęt na potrzeby ogólnej nawigacji oraz infrastrukturę związaną z policją i organami

³⁶ Orzeczenie Trybunału EFTA z 21.02.2008 r. w sprawie *E-5/07 Private Barmehagers Landsforbund v. Urząd Nadzoru EFTA*, EFTA Ct. Rep., s. 62, pkt 83.

³⁷ W orzeczeniu z 18.03.1997 r. w sprawie *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)* (Zb. Orz. 1997, s. I-01547) Trybunał uznał, że agencja sprawująca nadzór nad zanieczyszczeniami w porcie, niezależnie od tego, że pobierała opłaty w związku ze swoją działalnością, nie była przedsiębiorstwem, ponieważ wykonywała prerogatywy władzy publicznej (zob. P. Nicolaidis, M. Kekeleklis, P. Buyskes, *State Aid Policy in the European Community*, Kluwer Law International, 2005, s. 15).

³⁸ Orzeczenie TSWE w sprawie C 118/85 *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, pkt 7–8; orzeczenie TSUE w sprawie C 49/07 *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) v. Elliniko Dimosio (MOTOE)*, pkt 24. Podobnie orzeczenie TSUE z 19.01.1994 r. w sprawie C364/92 *SAT Fluggesellschaft*, Zb. Orz. 1994, s. I–43, pkt 30–31.

³⁹ Orzeczenie TSUE w sprawie C 49/07, pkt 25.

celnymi⁴⁰. Do listy tej można dodać infrastrukturę związaną ze świadczeniem usług meteorologicznych⁴¹. W odniesieniu do sektora transportu lotniczego Komisja zaznaczyła w „Wytycznych dotyczących pomocy państwa na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych”⁴², że zazwyczaj uznaje się, iż prowadzona w porcie lotniczym działalność, taka jak kontrola ruchu lotniczego, policja, służba celna, straż pożarna, realizacja zadań niezbędnych do ochrony lotnictwa cywilnego przed aktami bezprawnej ingerencji, jak również inwestycja w infrastrukturę i sprzęt konieczny do realizacji takich zadań, stanowią działalność o niegospodarczym charakterze⁴³. Finansowanie publiczne tego rodzaju działalności (o niegospodarczym charakterze) nie stanowi pomocy państwa, ale powinno być ściśle ograniczone do rekompensowania kosztów ponoszonych z tytułu tej działalności i nie można go wykorzystywać w odniesieniu do innych rodzajów działalności prowadzonych przez zarządzającego infrastrukturą⁴⁴. W świetle „Sprawozdania Komisji do Rady i Parlamentu Europejskiego dotyczącego bezpieczeństwa transportu i możliwości jego finansowania”⁴⁵ przepisom o pomocy państwa nie podlega finansowanie działań w zakresie bezpieczeństwa transportu, które stanowią część podstawowych funkcji pełnionych przez państwo i które są powiązane z wykonywaniem uprawnień typowych dla władzy publicznej. Pomocy publicznej nie stanowi finansowanie zadań z zakresu bezpieczeństwa, wykonywanych zazwyczaj przez policję lub przez zarządcę infrastruktury zgodnie z instrukcjami władz publicznych, wynikających z przepisów ustawowych i wykonawczych⁴⁶. Jak wyjaśniła KE w komunikacie z 10 października 2001 r. po zamachach z 11 września 2001 r.⁴⁷: „zrozumiałe jest, że pewne środki zostają narzucone bezpośrednio przedsiębiorstwom lotniczym, jak również innym podmiotom sektora, takim jak porty lotnicze, podmioty zapewniające obsługę naziemną i podmioty świadczące usługi nawigacji lotniczej. Finansowanie powyższych działań przez władze państwowe nie powinno pociągać za sobą udzielania pomocy operacyjnej niezgodnej z Traktatem”⁴⁸.

KE stosuje w swojej praktyce decyzyjnej bardzo restrykcyjne podejście do finansowania infrastruktury związanej wykonywaniem prerogatyw państwa, którego zgodność z orzecznictwem Trybunału można uznać za dyskusyjne. Doskonałym przykładem takiego podejścia jest decyzja w sprawie *portu lotniczego Gdynia Kosakowo*⁴⁹. KE stoi na stanowisku, że finansowanie infrastruktury związanej z działalnością o niegospodarczym charakterze nie może skutkować nieuzasadnioną dyskryminacją użytkowników i zarządców infrastruktury. KE odwołuje się w tym względzie do orzecznictwa, zgodnie z którym zwolnienie przez organy publiczne przedsiębiorstwa

⁴⁰ Pkt 37 Projektu Komunikatu Komisji – Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE.

⁴¹ Decyzja Komisji Europejskiej z 25.02.2009 r. w sprawach pomocy państwa NN 14/2007 oraz N 112/2008 - Niemcy – *Deutschland Flughafen Kassel-Calden*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/219028/219028_945837_35_2.pdf.

⁴² Dz. Urz. UE 2014 C 99/3.

⁴³ Pkt 35 wytycznych. Orzeczenie TSUE z 19.01.1994 r. w sprawie C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol*, Zb. Orz. 1994, s. I-43, pkt 30; orzeczenie TSUE w sprawie C 113/07 *SELEX Sistemi Integrati SpA v. Komisja Wspólnot Europejskich i Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, pkt 71.

⁴⁴ Pkt 36 Wytycznych dotyczących pomocy państwa na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych. Orzeczenie TSUE z 18.03.1997 r. w sprawie C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, Zb. Orz. 1997, s. I-01547; decyzja KE z 19.03.2002 r. w sprawie pomocy państwa N 309/2002 – Francja – *Sûreté aérienne – Compensation des coûts à la suite des attentats du 11 septembre 2001*; decyzja KE z 16.10.2002 r. w sprawie N 438/2002 *помocy państwa – Belgia – Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result.

⁴⁵ KOM (2006) 431, wersja ostateczna, Bruksela 01.08.2006 r.

⁴⁶ Decyzja KE w sprawie N 309/2002.

⁴⁷ COM (2001) 574, wersja ostateczna, Bruksela 10.10.2001 r.

⁴⁸ Zob.: A. Colluci, *Transport*, [w:] W. Mederer, N. Pasaresi, M. Van Hoof (red.), *European Competition Law - volume 4 – State Aid – book two*, Leuven 2008, s. 1507–1509.

⁴⁹ Decyzja KE z 11.02.2014 w sprawie środka SA.35388 (2013/C) (ex 2013/NN i ex 2012/N) – *Polska – Utworzenie portu lotniczego Gdynia – Kosakowo*, dotychczas niepublikowana.

z kosztów nieodłącznie związanych z jego działalnością gospodarczą uznaje się za korzyść⁵⁰. Zdaniem KE, finansowanie infrastruktury związanej z bezpieczeństwem będzie stanowiło korzyść dla jej zarządcy wówczas, gdy przepisy prawa nakładają na zarządców infrastruktury obowiązek finansowania z własnych środków obiektów i urzędzeń służących wykonywaniu zadań państwa zaliczanych do prerogatyw władz publicznych. Dofinansowanie takiej infrastruktury ze środków publicznych, przekazane jej zarządcy, **będzie** się wiązało ze zwolnieniem go z kosztów nieodłącznie związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej i może go stawiać w uprzywilejowanej pozycji konkurencyjnej w stosunku do zarządców infrastruktury, którzy wykonując te same usługi, w imieniu tych samych organów publicznych, będą zmuszeni ponieść koszty wytworzenia niezbędnej infrastruktury z własnych środków. Analogiczne rozumowanie znalazło zastosowanie w „Wytycznych dotyczących pomocy państwa na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych”, w których wskazano, że jeżeli normalnym rozwiązaniem w danym porządku prawnym jest to, że jedne cywilne porty lotnicze muszą ponosić pewne koszty nieodłącznie związane ze swoją działalnością, a inne cywilne porty lotnicze nie muszą ponosić tych kosztów, to te ostatnie porty mogą uzyskiwać korzyść, nawet jeżeli koszty te dotyczą działalności, którą na ogół uznaje się za działalność o niegospodarczym charakterze⁵¹. Analogiczne rozumowanie będzie zapewne stosować Komisja w odniesieniu do innych rodzajów transportu. Można w tym względzie zauważyć, że podobne wnioski w odniesieniu do sektora transportu morskiego wynikają z decyzji KE z 15 grudnia 2009 r. w sprawie C 39/2009 (ex N 385/2009) *pomocy państwa – Łotwa – Publiczne finansowanie infrastruktury portowej w porcie Ventspils*⁵².

IV. Konieczność spełnienia pozostałych przesłanek określonych w art. 107 ust. 1 TFUE

Jak już zaznaczyłem wcześniej, celem niniejszego artykułu nie jest omawianie spełnienia poszczególnych przesłanek określonych w art. 107 ust. 1 TFUE w odniesieniu do publicznego wsparcia na budowę infrastruktury transportowej, niemniej należy zaznaczyć, że spełnienie przesłanki udzielenia wsparcia przedsiębiorstwu (tj. uznanie, że w danym przypadku działalność polegająca na budowie infrastruktury transportowej stanowi działalność gospodarczą) nie jest wystarczające do zakwalifikowania wsparcia na rzecz infrastruktury transportowej jako stanowiącego pomoc państwa. Do uznania, że wsparcie stanowi pomoc państwa konieczne jest jeszcze udowodnienie spełnienia pozostałych przesłanek zawartych w powyższym przepisie.

1. Selektywna korzyść

Wsparcie na budowę infrastruktury transportowej zazwyczaj będzie spełniało przesłankę selektywności wsparcia i będzie stanowiło ekonomiczną korzyść dla przedsiębiorstwa zarządzającego daną infrastrukturą transportową. Dla uznania wsparcia za selektywne, faworyzujące określone przedsiębiorstwa, wystarczające dla KE jest to, że wsparcie dotyczy określonej gałęzi transportu⁵³.

⁵⁰ Orzeczenie TSUE z 03.03.2005 r. w sprawie C-172/03 *Wolfgang Heiser v. Finanzamt Innsbruck*, Zb. Orz. 2005, s. I-01627, pkt 36 i przywołane tam orzecznictwo.

⁵¹ Pkt 37 wytycznych.

⁵² Decyzja dostępna pod adresem: http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=3_C39_2009. Zob.: K. Ciupak, *Pomoc czy nie pomoc? Dylematy prawne przy ocenie publicznego finansowania infrastruktury portów morskich, czyli z dala od bezpiecznej przystani*, „internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2012, nr 2, s. 80.

⁵³ Decyzja KE z 28.01.2009 r. w sprawie N 469/08 *pomoc państwa – Czech Republic – Interoperability in railway transport*, pkt 32. Pobrano z dostępna na: http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/transport-2008/n469-08.pdf.

Za korzyść należy uznać przysporzenie gospodarcze, którego dane przedsiębiorstwo nie uzyskałoby w normalnych warunkach rynkowych, tj. bez interwencji państwa⁵⁴. Wsparcie na budowę infrastruktury transportowej w większości przypadków przynosi korzyść podmiotowi zarządzającemu tą infrastrukturą, ponieważ zwalnia go z kosztów budowy infrastruktury, które w normalnych warunkach musiałyby sam ponieść (są samodzielnie ponoszone przez przedsiębiorstwa)⁵⁵.

Warto w tym miejscu zaznaczyć, że KE zazwyczaj ocenia korzyść nie tylko na poziomie podmiotu zarządzającego infrastrukturą, lecz także na poziomie użytkowników końcowych infrastruktury. Kwestia ta wyraźnie pozostaje poza zakresem niniejszego artykułu. Niemniej jednak można zauważyć, że publiczne finansowanie infrastruktury transportowej zazwyczaj nie stanowi pomocy państwa na poziomie użytkowników infrastruktury, jeśli dostęp do infrastruktury jest *de jure* i *de facto* otwarty dla wszystkich potencjalnych użytkowników na równych i niedyskryminacyjnych zasadach⁵⁶.

Znamienne, że KE zwraca uwagę na to czy infrastruktura nie przyniesie korzyści konkretnemu przewoźnikowi korzystającemu z niej, ale również – czy nie przyniesie korzyści przedsiębiorstwu zlokalizowanemu przy (do którego prowadzi) danej infrastrukturze. Doskonałym przykładem takiego podejścia jest decyzja w sprawie N 671/2008 – *pomoc państwa – LIP – Aid to Mercedes-Benz Manufacturing Hungary Korlátolt Felelősségű Társaság*⁵⁷, dotycząca m.in. budowy nowej infrastruktury kolejowej prowadzącej do fabryki samochodów osobowych Mercedes-Benz. W decyzji tej KE uznała, że chociaż wspierana infrastruktura będzie znajdować się poza terenem fabryki, nie będzie jej własnością i teoretycznie będzie otwarta dla wszystkich potencjalnych użytkowników, to w rzeczywistości nowe połączenie kolejowe będzie służyć jedynie fabryce samochodów Mercedes-Benz, a zatem wsparcie będzie przeznaczone dla konkretnego przedsiębiorstwa i co za tym idzie będzie selektywne⁵⁸.

2. Zakłócenie konkurencji oraz wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE

Przesłanką występowania pomocy państwa, która może nie być spełniona w przypadku wsparcia na budowę infrastruktury transportowej może być przesłanka wpływu wsparcia na wymianę handlową między państwami członkowskimi oraz zakłócenia konkurencji na wewnętrznym

⁵⁴ Orzeczenie TSUE z 11.07.1996 r. w sprawie C-39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) i inni v. La Poste i inni*, Zb. Orz. 1996, s. I-03547, pkt 60; orzeczenie TSUE z 29.04.1999 r. w sprawie C-342/96 *Królestwo Hiszpanii v. Komisja Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 1999, s. I-02459, pkt 41.

⁵⁵ Decyzja KE w sprawie N 469/08, pkt 32; decyzja KE z 27.06.2012 r. w sprawie pomocy państwa SA.34056 (2012/N) – Wielka Brytania – *Cable Car for London*, pkt 37 Leuven38. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/244896/244896_1341324_89_1.pdf. Spełnienie przesłanki korzyści można wykluczyć, jeśli w danym przypadku zostanie spełniony tzw. test operatora rynkowego (zobacz np. decyzję KE z 19.12.2012 r. w sprawie pomocy państwa SA. 34940 (2012/N) – Włochy – *Port of Augusta*, pkt 51 Leuven53. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/246189/246189_1407362_66_2.pdf). Test ten służy ustaleniu czy różnego rodzaju działania podejmowane przez państwo, a wiążące się z powstaniem po stronie przedsiębiorstwa przysporzenia, stanowią dla tego przedsiębiorstwa korzyść udzieloną na zasadach odbiegających od rynkowych, a tym samym czy wiążą się z przyznaniem pomocy państwa. Typowymi działaniami państwa ocenianymi w ramach tego testu są dokapitalizowania spółek, zakup lub sprzedaż towarów i usług, udzielanie kredytów (pożyczek), gwarancji i poręczeń czy też rezygnacja przez państwo z odzyskania całości lub części długu oraz rozkładanie długu na raty. Zastosowanie testu polega na porównaniu zachowania państwa z zachowaniem hipotetycznego prywatnego podmiotu. Jeśli w takich samych warunkach na analogiczne, jak podejmowane przez państwo, działanie zdecydowałby się podmiot prywatny, to działanie to nie wiąże się z udzielaniem pomocy państwa, gdyż odbywa się na zasadach rynkowych. W zależności od ocenianej sytuacji test może przybrać różne formy: testu inwestora prywatnego, testu kredytodawcy prywatnego, testu gwaranta prywatnego, testu prywatnego wierzyciela lub testu prywatnego kupującego/sprzedawcy (A. Nykiel-Mateo, *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2009, s. 50 Leuven51). Kwestia ta wyraźnie wykracza jednak poza ramy niniejszego artykułu.

⁵⁶ Decyzja KE z 11.12.2007 r. w sprawie pomocy państwa N 508/07 – Grecja – *Ionia Odos Motorway from Antirio to Ioannina, PATHE Motorway Athens (Metamorfossi I/C) – Maliakos (Skarfia) and PATHE Connecting Branch Schimatari – Chalkida Project*, wersja w języku angielskim niepublikowana, pkt 18; decyzja KE w sprawie N 510/2005, pkt 27; decyzja KE z 07.06.2006 r. w sprawie pomocy państwa N 478/2004 – Irlandia – *State guarantee for capital borrowings by Corás Iompair Eirann (CIÉ) for infrastructure investment*, pkt 26. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/180019/180019_577971_10_2.pdf.

⁵⁷ http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/229017/229017_1036728_81_1.pdf

⁵⁸ Na podobne wnioski wynikające z praktyki decyzje KE dotyczącej transportu morskiego zwraca uwagę K. Ciupak, *Pomoc czy nie pomoc?...*, s. 72–87.

ryнку UE. KE, badając te dwa warunki, nie ma obowiązku udowodnienia, że pomoc rzeczywiście wywiera wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi i że konkurencja faktycznie jest zakłócana, a jedynie, iż pomoc hipotetycznie może wywierać taki skutek. Zdaniem KE, zakłócenie konkurencji zawsze ma miejsce, gdy państwo przyznaje korzyść przedsiębiorstwu prowadzącemu działalność na rynku, który choćby formalnie jest otwarty na konkurencję (na rynku, na którym istnieje lub mogłaby istnieć konkurencja)⁵⁹. Jeżeli wsparcie przyznawane przez państwo członkowskie wzmacnia pozycję przedsiębiorstwa w stosunku do innych przedsiębiorstw konkurujących na wewnętrznym rynku UE, należy uznać, że ma ono wpływ na wymianę handlową. Przedsiębiorstwa bynajmniej nie muszą być zaangażowane w handel pomiędzy państwami członkowskimi, aby uznać, że przesłanka ta jest spełniona. Pomoc przyznana przedsiębiorstwu przez państwo członkowskie może pomóc mu w utrzymaniu lub zwiększeniu działalności na rynku krajowym, w wyniku czego przedsiębiorstwa z innych państw członkowskich będą miały mniejsze szanse wejścia na rynek państwa członkowskiego, które udzieliło wsparcia krajowemu przedsiębiorstwu. Ponadto, wzmocnienie pozycji przedsiębiorstwa, które dotychczas nie było zaangażowane w handel pomiędzy państwami członkowskimi, może spowodować, że przedsiębiorstwo to pozyska możliwość wejścia na rynki innych państw członkowskich⁶⁰. W odniesieniu do wpływu wsparcia udzielanego przedsiębiorstwom prowadzącym działalność w sektorze transportu na wymianę handlową między państwami członkowskimi i konkurencją na wewnętrznym rynku UE istotne spostrzeżenia poczynił Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Altmark*⁶¹. W orzeczeniu tym Trybunał zaznaczył, że niemożliwe jest, aby dotacja publiczna przyznana przedsiębiorstwu, które świadczy jedynie lokalne lub regionalne usługi transportowe i nie świadczy żadnych usług transportowych poza swoim krajem pochodzenia, pozostawała bez wpływu na handel pomiędzy państwami członkowskimi. W przypadku gdy państwo członkowskie przyznaje pomoc dowolnemu przedsiębiorstwu, podaż usług transportowych może z tego powodu zostać utrzymana na dotychczasowym poziomie lub być zwiększona i w efekcie przedsiębiorstwa istniejące w innych państwach członkowskich mają mniejsze szanse na rynku w danym państwie członkowskim. Od 1995 r. kilka państw członkowskich zaczęło otwierać niektóre rynki transportowe na konkurencję, w tym ze strony przedsiębiorstw istniejących w innych państwach członkowskich, co oznacza, że szereg przedsiębiorstw oferuje już swoje usługi w zakresie transportu miejskiego, podmiejskiego czy regionalnego w państwach członkowskich innych niż ich kraj pochodzenia. Dodatkowo, trzeba pokreślić, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie istnieje próg czy udział procentowy, poniżej którego można uznać, że handel pomiędzy państwami członkowskimi nie doznaje uszczerbku. Stosunkowo mała kwota pomocy lub stosunkowo mała wielkość przedsiębiorstwa otrzymującego wsparcie nie wykluczają automatycznie możliwości, że handel pomiędzy państwami członkowskimi mógłby ucierpieć⁶². Z powyższego wynika, że analizowana przesłanka nie będzie spełniona, gdy dany rynek transportowy w państwie członkowskim udzielającym wsparcia jest zamknięty na konkurencję (nie został zliberalizowany).

⁵⁹ Pkt 188 projektu Komunikatu Komisji – Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE i przywołane tam orzecznictwo.

⁶⁰ Decyzja KE z 15.12.2009 r. w sprawie pomocy państwa nr C21/2005 (ex PL 45/2004), którą Polska planuje wdrożyć na rzecz Poczty Polskiej w postaci rekompensaty za świadczenie powszechnych usług pocztowych, Dz. Urz. UE 2010 L 347/29, pkt 88–89.

⁶¹ Orzeczenie TSUE z 24.07.2003 r. w sprawie C-280/00 *Altmark Trans GmbH*, Zb. Orz. 2003, s. I-7747.

⁶² Decyzja KE z 22.06.2006 r. w sprawie pomocy państwa N 258/06 – Polska – *Tramwaje Śląskie S.A. – pomoc w celu ratowania przedsiębiorstwa*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N258_2006, pkt 25.

Jak zaznaczyła KE, w projekcie „Zawiadomienia Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE”, możliwość zakłócenia konkurencji jest wykluczona, jeżeli dana usługa jest objęta monopolem prawnym (ustanowionym zgodnie z prawem UE) i nie konkuruje z podobnymi (zliberalizowanymi) usługami oraz usługodawca nie może prowadzić działalności (ze względu na ograniczenia regulacyjne lub ustawowe) na żadnym innym zliberalizowanym rynku (geograficznym lub produktowym). Przy czym z monopolem prawnym mamy do czynienia w sytuacji, gdy na podstawie przepisów prawa krajowego lub środków regulacyjnych daną usługę może świadczyć wyłącznie jedno, konkretne przedsiębiorstwo, z wyraźnym wyłączeniem możliwości realizacji tej usługi przez inne przedsiębiorstwa. Jednakże to, że świadczenie usługi zostało powierzone określonemu przedsiębiorstwu nie wystarcza do uznania, iż posiada ono monopol prawny na realizację tej usługi. Co niezwykle istotne, KE podkreśla, że wprowadzając monopol prawny, państwo członkowskie powinno wykluczyć możliwość pojawienia się konkurencji nie tylko „na rynku”, lecz także tzw. konkurencji o rynek. A zatem, nie tylko zapewnić, że dana usługa będzie świadczona wyłącznie przez jedno przedsiębiorstwo, lecz także, że nie pojawi się konkurencja na etapie wyboru tego przedsiębiorstwa (wyłącznego wykonawcy usługi). Przykładem decyzji, w której KE uznała, że monopol prawny wyklucza wystąpienie pomocy państwa jest przywoływana już decyzja w sprawie N356/2002. W decyzji tej, KE stwierdziła, że finansowanie infrastruktury kolejowej w Wielkiej Brytanii nie miało charakteru pomocy państwa, ponieważ prawo brytyjskie w efektywnie zamknęło rynek zarządzania infrastrukturą kolejową na konkurencję⁶³.

Należy w tym miejscu wyjaśnić, że konkurencja „na rynku” oznacza sytuację, w której poszczególne przedsiębiorstwa konkurują pomiędzy sobą w zakresie świadczonych usług, tj. na etapie ich realizacji. Poprzez konkurencję „o rynek” rozumie się zaś taki system organizacji danego rynku, w którym konkurencja pojawia się na etapie wyłaniania przedsiębiorstw świadczących usługi, lecz nie występuje na etapie ich świadczenia. W tym przypadku władze publiczne wybierają na określony czas przedsiębiorstwa świadczące usługi na danym obszarze, w drodze konkurencyjnej i niedyskryminacyjnej procedury, zazwyczaj w drodze przetargu. Na etapie świadczenia usług konkurencja pomiędzy poszczególnymi przedsiębiorstwami jest jednak wyłączona. Przedsiębiorstwa wybrane do świadczenia usług otrzymują *de facto* monopol na ich realizację na wskazanym obszarze w ściśle określonym przedziale czasu⁶⁴.

W tym miejscu trzeba postawić pytanie: czy publiczne wsparcie na budowę infrastruktury transportowej mającej charakter monopolu naturalnego może zakłócać wymianę handlową i konkurencję na wewnętrznym rynku UE. Pytanie to jest istotne, ponieważ w sektorze transportu nierzadko mamy do czynienia z infrastrukturą, o takim właśnie charakterze. Jednym z typowych przykładów monopolu naturalnego w transporcie jest infrastruktura kolejowa. Na taki charakter infrastruktury kolejowej wskazał prawodawca unijny w motywie 71 dyrektywy nr 2012/34/UE⁶⁵. Również KE, w decyzji z w sprawie N 356/2002, zaznaczyła, że wysokie koszty inwestycji powodują, iż duplikacja sieci kolejowej byłaby zbyt kosztowna, co za tym idzie zarządzanie wszelką

⁶³ Pkt 75–76 decyzji.

⁶⁴ M. Antonowicz, *Strategia regulacyjna dla rynku transportu kolejowego*, „Problemy Zarządzania” 2008, nr (1)19, s. 40; *Structural Reform in the Rail Industry 2005*, OECD 2005, s. 8; S. Jarecki *Modele prokonkurencyjnych rozwiązań prawnych w zakresie pasażerskich przewozów kolejowych*, Europrawo, Warszawa 2013, s. 38.

⁶⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2012/34/UE z 21.11.2012 r. w sprawie utworzenia jednolitego europejskiego obszaru kolejowego (wersja przekształcona), Dz. Urz. UE 2012 L 343/32.

zintegrowaną infrastrukturą kolejową może być scharakteryzowane jako monopol naturalny na określonym terytorium.

Porównując dwie, wspomniane już, decyzje dotyczące wsparcia dla brytyjskiej infrastruktury kolejowej – decyzję w sprawie N 356/2002 oraz decyzję w sprawie N 500/2001 – należy dojść do wniosku, że samo występowanie w obrębie danej infrastruktury monopolu naturalnego nie było dla KE wystarczające do uznania, że wsparcie nie będzie zakłócać konkurencji i wymiany handlowej na wewnętrznym rynku UE. W obu przypadkach mieliśmy bowiem do czynienia z tą samą, objętą monopolem naturalnym, infrastrukturą kolejową. W decyzji N 500/2001 KE stwierdziła jednak, że wsparcie dotyczące tej infrastruktury stanowiło pomoc państwa, ponieważ, zgodnie z obowiązującym w Wielkiej Brytanii prawem, każde przedsiębiorstwo, niezależnie od jego pochodzenia, mogło wystąpić o przyznanie licencji na zarządzanie infrastrukturą kolejową, a następnie ją otrzymać i stać się potencjalnym konkurentem zarządcy infrastruktury otrzymującego wsparcie. Dopiero efektywne zamknięcie rynku zarządzania infrastrukturą kolejową na konkurencję pozwoliło KE uznać, że wsparcie dla brytyjskiej infrastruktury kolejowej nie stanowiło pomocy państwa.

W mojej ocenie, wykluczenie występowania wpływu wsparcia na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE oraz konkurencję na wewnętrznym rynku UE jest możliwe nie tylko w sytuacji, gdy zarządzanie daną infrastrukturą jest objęte monopolem prawnym, lecz także wówczas, gdy wspierana infrastruktura ma charakter monopolu naturalnego, o ile państwo członkowskie nie wprowadzi konkurencji o rynek zarządzania tą infrastrukturą, tj. nie zdecyduje się wybierać jej zarządcy z zastosowaniem konkurencyjnej procedury wyboru. Przykładowo, w danym państwie infrastrukturą o charakterze monopolu naturalnego od dawna zarządza określone przedsiębiorstwo i państwo nie zamierza zmieniać tego stanu, co nie oznacza, że wprowadza do swojego prawa przepis w sposób wyraźnie zastrzegający wyłączność zarządzania tą infrastrukturą na rzecz tego przedsiębiorstwa. Należy bowiem uznać, że wówczas sytuacja faktyczna w przypadku występowania monopolu prawnego i naturalnego jest dokładnie taka sama. Monopol naturalny, tak samo jak prawny, polega na tym, że na danym rynku istnieje tylko jedno przedsiębiorstwo wytwarzające określone dobro lub usługę. Różnica sprowadza się jedynie do źródła pozycji monopolistycznej tego przedsiębiorstwa. W przypadku monopolu prawnego źródłem pozycji monopolistycznej są przepisy prawa, natomiast w przypadku monopolu naturalnego warunki o charakterze ekonomicznym i technicznym, które powodują, że występowanie więcej niż jednego producenta na danym rynku byłoby niemożliwe. Należy wyjaśnić, że monopol naturalny cechuje występowanie wielkich korzyści skali⁶⁶. Monopole naturalne pojawiają się przeważnie w sektorach, w których koszt uruchomienia działalności jest bardzo duży, w szczególności ze względu na konieczność stworzenia infrastruktury sieciowej. Rozkładanie się kosztu uruchomienia działalności na kolejne porcje wytwarzanego dobra jest przyczyną ogromnych korzyści skali⁶⁷ – koszty prowadzenia działalności są zawsze niższe, jeżeli prowadzi ją tylko jedno przedsiębiorstwo. Wybudowanie i eksploatacja sieci są kosztowne, ale koszty maleją w miarę zwiększania jej zasięgu. Jeśli na danym obszarze istniałyby dwie konkurencyjne (alternatywne) wobec siebie sieci, to zasadniczo koszty utrzymania każdej z nich byłyby dwukrotnie większe, niż gdyby istniała tylko jedna sieć⁶⁸. A zatem względy

⁶⁶ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Prawo i Praktyka Gospodarcza, Warszawa 2005, s. 59; P.A. Samuelson, W.D. Nordhaus, *Ekonomia*, t. I, WN PWN, Warszawa 2004, s. 268.

⁶⁷ B. Czarny, *Wstęp do ekonomii*, PWE, Warszawa 2006, s. 101.

⁶⁸ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako...*, s. 59.

natury ekonomicznej i technicznej uniemożliwiają funkcjonowanie konkurencji na rynku o cechach monopolu naturalnego⁶⁹. Z technicznego punktu widzenia zazwyczaj nie jest możliwe stworzenie kilku alternatywnych wobec siebie sieci infrastrukturalnych⁷⁰. W zakresie uwarunkowań ekonomicznych trzeba wskazać, że gdyby wiele małych przedsiębiorstw wytwarzało po niewielkiej części całości usługi (sprzedawanej) na rynku o charakterze monopolu naturalnego, ich koszty przeciętne okazałyby się bardzo wysokie. Każdy wzrost ilości świadczonych usług pozwalałby im obniżyć koszty wytwarzania, a więc także cenę. Zachęcałoby to przedsiębiorstwa działające na tym rynku do zwiększania podaży i obniżania ceny w celu zwiększenia zysku. Skutkowałoby to ciągłymi wojnami cenowymi, które w końcu doprowadziłyby do opanowania całego rynku przez jedno z konkurujących na nim przedsiębiorstw⁷¹. A zatem w przypadku monopolu naturalnego źródłem wyłączności nie jest przepis prawa, lecz sytuacja faktyczna wyznaczająca warunki prowadzenia racjonalnej działalności gospodarczej⁷².

V. Podsumowanie

KE podkreśla, że pozostało bardzo niewiele rodzajów infrastruktury, których finansowanie jest wyłączone z zastosowania przepisów o pomocy państwa. Nie można dalej kwestionować, że finansowanie przez władze publiczne jakiegokolwiek infrastruktury transportowej (pomijając infrastrukturę związaną z wykonywaniem prerogatyw państwa), która może być komercyjnie eksploatowana, podlega kontroli z punktu widzenia zgodności z przepisami o pomocy państwa. *A contrario* jedynie finansowanie infrastruktury, która nie jest komercyjnie wykorzystywana (nie jest wykorzystywana do prowadzenia działalności gospodarczej) i jest budowana w interesie ogólnospołecznym, co do zasady, jest wyłączone z zakresu zastosowania przepisów o pomocy państwa. Obejmuje to budowę dróg publicznych, autostrad, których operatorem nie jest koncesjonariusz⁷³, dostępnych dla całego społeczeństwa. W odniesieniu do transportu kolejowego należy zaznaczyć, że działalność przedsiębiorstw kolejowych została w ostatnim czasie zliberalizowana. Na poziomie UE został otwarty rynek kolejowych przewozów towarowych oraz rynek kolejowych pasażerskich przewozów międzynarodowych (wraz z wprowadzeniem możliwości tzw. kabotażu). Jednakże w przypadku działalności w zakresie zarządzania infrastrukturą kolejową (również jej budowy, utrzymania itp.) do decyzji państw członkowskich pozostawiono czy otworzą one ten rodzaj działalności na konkurencję, czy też utrzymają w tym zakresie monopol określonego podmiotu (prawo UE nie narzuca państwom członkowskim żadnych konkretnych rozwiązań w tym zakresie). Biorąc powyższe pod uwagę, to czy przepisy o pomocy państwa znajdują zastosowanie do działalności polegającej na budowie i utrzymaniu infrastruktury kolejowej zależy od sytuacji występującej w danym państwie członkowskim. Jednakże finansowanie infrastruktury portów morskich czy lotnisk,

⁶⁹ B. Czarny, *Wstęp do...*, s. 102.

⁷⁰ T. Banaszczyk, M. Król, *Dostęp do infrastruktury transportu kolejowego w Polsce. Założenia i praktyka*, „Problemy Zarządzania” 2008, nr 1(19), s. 56. Podobnie S. Dudzik zauważył, że „zbyt duża liczba urządzeń sieciowych (...) może być niekorzystna zarówno w związku z ograniczeniem bilansu terenów miejskich, jak i ze względu na uciążliwość i niewygodę dla mieszkańców” (zob. S. Dudzik, *Działalność gospodarcza samorządu terytorialnego*, Zakamycze, Kraków 1998, s. 280).

⁷¹ B. Czarny, *Wstęp do...*, s. 102; M. Szydło *Unbundling własnościowy (ownership unbundling) jako instrument regulacyjny w sektorze energetycznym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 2, s. 2; M. Szydło, *Państwowe monopole handlowe na rynku wewnętrznym Unii Europejskiej*, „Studia Prawnicze” 2007, z. 2(172), s. 5.

⁷² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 281.

⁷³ W swojej praktyce decyzyjnej KE uznawała, że wsparcie na budowę autostrad eksploatowanych przez koncesjonariusza jest objęte zastosowaniem przepisów o pomocy państwa. Zob. np. decyzję KE z 10.07.2007 r. w sprawie pomocy państwa N 134/2007 – Grecja – *Thessaloniki Submerged Tunnel Projekt*, wersja w języku angielskim niepublikowana oraz decyzję KE z 13.05.2009 r. w sprawie pomocy państwa N 151/2009 i N 152/2009 – Polska – *Pomoc na budowę i eksploatację autostrady A1 (odcinek Gdańsk-Toruń)*. Pobrano z: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/230259/230259_974007_38_2.pdf.

która jest wykorzystywana w celach komercyjnych (do prowadzenia działalności gospodarczej), podlega zastosowaniu przepisów o pomocy państwa i co do zasady powinno być notyfikowane KE, zgodnie z art. 108 ust. 3 TFUE⁷⁴. Nowe podejście KE do finansowania przez władze publiczne infrastruktury transportowej może spowodować wzrost ilości notyfikacji projektów wsparcia dotyczących tej infrastruktury dokonywanych przez państwa członkowskie w trybie, o którym mowa w art. 108 ust. 3 TFUE, co może skutkować wydłużeniem się, i tak już czasochłonnego, procesu zatwierdzania pomocy przez KE. Dotyczy to także małych projektów, niemających znaczącego wpływu na warunki konkurencji na wewnętrznym rynku UE, w istocie niebudzących zainteresowania KE. Powyższe może przyczynić się do opóźnień w realizacji krajowych projektów infrastrukturalnych, a także wiązać się ze zwiększeniem obciążeń administracyjnych dla organów wdrażających te projekty (związanych z obsługą skomplikowanego procesu notyfikacji), co będzie szczególnie uciążliwe dla organów lokalnych. W mojej ocenie, KE powinna uelastyczyć swoje podejście i zrezygnować z uznawania, że pobieranie opłat za korzystanie z danej infrastruktury automatycznie oznacza, że infrastruktura ta jest wykorzystywana do prowadzenia działalności gospodarczej. Ponadto, należy rozważyć objęcie projektów dotyczących lokalnej infrastruktury transportowej zakresem zastosowania nowego rozporządzenia w sprawie wyłączeń blokowych, na podstawie którego niektóre rodzaje pomocy państwa będą uznawane za zgodne z rynkiem wewnętrznym UE i zostaną wyłączone z obowiązku notyfikacji KE.

⁷⁴ Note to DG Regio *Application of State aid rules to infrastructure investment projects*, European Commission DG Competition, Brussels COMP/03/2011.