

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2(188) 2011
Warszawa 2011

Jakub Kociubiński ■

DEROGACJA ZASAD KONKURENCJI WOBEC PRZEDSIĘBIORSTW ZOBOWIĄZANYCH DO ŚWIADCZENIA USŁUG W OGÓLNYM INTERESIE GOSPODARCZYM A ZASADA PROPORCJONALNOŚCI

Uwagi wstępne - pojecie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym

Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym (*Services of General Economic Interest*) stanowią jedną z „wspólnych wartości Unii” przyczyniając się do wspierania jej „spójności społecznej i terytorialnej”¹. Czym zatem są usługi należące do tej szczególnej kategorii wskazanej w art. 106 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)²? Są to usługi, które charakteryzują się dwoma podstawowymi elementami; służą interesowi ogólnemu (*general interest*) oraz mają charakter gospodarczy³.

¹ Art. 14 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C83/47. Wszystkie cytaty TFUE w dalszej części pracy z tego samego źródła.

² Przed wejściem w życie 1 grudnia 2009 r. Traktatu Reformującego obecny art. 106 TFUE był art. 86 Traktatu ustanawiającego Wspólnotą Europejską (TWE). Od chwili wejścia przepisu w życie jego treść nie uległa zmianie, dlatego w dalszej części pracy stosowana będzie numeracja obecna. Tabele ekwiwalencyjne dostępne są w Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C83/361.

³ L. M. Soriano, *How proportionate should anti-competitive state intervention be?*, w: *European Law Review*, 28 (1), 2003, s. 114.

Pierwszy z elementów – interes ogólny jak zauważa E. Malaret Garcia, stanowi równoważnik pojęcia „interes publiczny” i jego odpowiedników funkcjonujących w poszczególnych państwach członkowskich Unii (*public interest, algemeen belang, d'intérêt public*)⁴. Oczywiście występują istotne różnice w organizacji usług użyteczności publicznej pomiędzy poszczególnymi krajami UE, ale pewne cechy, takie jak to, że usługi publiczne świadczone są pod kontrolą władz i w związku z tym państwowy regulator posiada szczególne narzędzia interwencji, są wspólne dla wszystkich państw członkowskich⁵.

W kontekście świadczenia usług, na gruncie prawa UE, pojęcie „interes ogólny” po raz pierwszy pojawiło się w 1996 roku w Komunikacie Komisji *Services of general interest in Europe*⁶. Komunikat oraz zmieniający go, pochodzący z 2000 roku Komunikat *Usługi użyteczności publicznej w Europie* a także pochodząca z 2003 roku *Zielona księga na temat usług użyteczności publicznej* definiuje usługi świadczone w ogólnym interesie jako wszelkie usługi posiadające charakter gospodarczy lub niegospodarczy, których realizacja jest gwarantowana przez władze publiczne w ramach realizacji swoich zadań (*public service obligations*)⁷. Innymi słowy, państwo uznaje, że dana usługa niezbędna jest społeczności i w związku z tym podejmuje odpowiednie kroki zapewniające jej świadczenie, jeżeli brak jest mechanizmów rynkowych, które by to zapewniły (*market failures*)⁸.

Drugi z elementów, czyli gospodarczy charakter wskazuje, że art. 106 ust. 2 TFUE dotyczy tylko tych podmiotów świadczących usługi w interesie ogólnym, które są przedsiębiorstwami⁹. Od czasu orzeczenia w sprawie *Höfnier* Trybunał Sprawiedliwości stosuje rozszerzającą, funkcjonalną interpretację pojęcia „przed-

⁴ E. Malaret Garcia, *Public Service, Public Services, Public Functions and Guarantees of Rights of Citizens: Unchanging needs in a Changed Context*, w: M. Freedland, S. Sciarra (red.), *Public Services and Citizenship in European Law. Public and labour law Perspectives*, Oxford University Press 1998, s. 57.

⁵ Ibidem.

⁶ Commission Communications on services of general interest in Europe, Dz. Urz. UE z 26.09.1996, C 281/3.

⁷ Komunikat Komisji. Usługi użyteczności publicznej w Europie, 20.09.2000, COM(2000) Dz. Urz. UE z 19.01.2001, C 17/04; Komisja Europejska. Zielona Księga w sprawie usług użyteczności publicznej. 21.05.2003, COM(2003) 270 final.

⁸ Ibidem.

⁹ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Texts, Cases & Materials*, Oxford University Press 2008, s. 621. Por. także opinię Rzecznik Generalnej Stix-Hackl do połączonych spraw C-34/01 i C-38/01, *Enirisorse SpA v. Ministero delle Finanze*, [2003] ECR I-14243. Por także orzeczenie 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungschutzzerechten mbH (GVL) v. Komisja*, [1983] ECR 483.

siębiorstwo”¹⁰. Przedsiębiorstwem będzie więc każdy podmiot (*entity*), niezależnie od charakteru prawnego i sposobu w jaki jest finansowany, który prowadzi działalność gospodarczą (*economic activity*). Działalność gospodarcza natomiast definiowana jest jako oferowanie towarów usług na rynku¹¹. Nie ma przy tym znaczenia, czy celem jej jest osiągnięcie zysku, czy nie¹². Zdaniem Trybunału, to czy dany podmiot zaliczony zostanie do tej kategorii powinno zostać każdorazowo określone z uwzględnieniem okoliczności specyficznych dla danej sytuacji¹³.

A zatem jak wskazują A. Jones i B. Sufrin usługi w ogólnym interesie gospodarczym będą działalnością gospodarczą wykonywaną w interesie publicznym¹⁴. Kraje członkowskie, co do zasady posiadają swobodę podczas określania, które usługi realizują interes ogólny¹⁵. Jedynym ograniczeniem jest wykonywana przez Komisję Europejską kontrola, czy wskazanie przez władze państw członkowskich nie zostało dokonane w wyniku rażącego błędu (*manifest error of assesment*)¹⁶.

¹⁰ Orzeczenie C-41/90, *Klaus Höfner na Fritz Elser v. Macrotron GmbH*, [1991] ECR, I-01979, § 21.

¹¹ Orzeczenia 118/85, *Komisja v. Włochy*, [1987] ECR 2599, § 7; C-35/96, *Komisja v. Włochy*, § 36; Orzeczenia C-180/98 do C-184/98, *Pavel Pavlov i inni v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, [2000] ECR I-6451, § 75; C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, [2001] ECR I-8089, § 19; C-309/99, *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh na Price Waterhouse Belastingadviseurs BV v. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, [2002] ECR I-1577, § 47; C-82/01P, *Aéroports de Paris, v. Komisja*, [2002] ECR I-9297, § 79.

¹² Decyzja IV/31.734 – *Film purchases by German television stations*, Dz. Urz. WE z 03.10.1989, L284/36. Organy władzy publiczne prowadzące działalność komercyjną także zostaną zgodnie z zaprezentowaną wykładnią uznane za przedsiębiorstwa w rozumieniu prawa UE. Przesłanką wyłączającą możliwość uznania danej działalności za gospodarczą i w efekcie podmiot ją wykonujący za przedsiębiorstwo jest realizowanie władczych uprawnień wykorzystujących przymus publicznoprawny wobec obywateli. Por. Orzeczenia C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol*, [1994] ECR I-00043, § 27; C-343/95, *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*, [1997] ECR I-01547, § 22. Także por. orzeczenie 52/76, *Luigi Benedetti v. Munari F.lli s.a.s.*, [1977] ECR 163 i opinia Rzecznika Generalnego Reischla do tego orzeczenia pkt. 191 i 192 również opinia Rzecznika Generalnego Capotorti w sprawie 82/77, *Openbaar Ministerie van het Koninkrijk der Nederlanden, v. Jacobus Philippus van Tieggele*, [1978] ECR 25, pkt. 539 – 542. Również decyzja IV/29.883 – AROW/BNIC, Dz. Urz. WE z 31.12.1982, L379/1.

¹³ A. Svetlicinii, *Back to the Basics: Concept of Undertaking and Economic Activity in SELEX Judgment*, w: *European Law Reporter*, N. 12, Dezember 2009.

¹⁴ A. Jones, B. Sufrin, op. cit., s. 621.

¹⁵ J. Gundel, Article 86, G. Hirsh, F. Montag, F. J. Säcker (red.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, Sweet & Maxwell 2008, s. 1293.

¹⁶ Komunikat Komisji. Usługi użyteczności..., op. cit. Por. także Orzeczenie T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd i BUPA Ireland Ltd v. Komisja*, [2005] ECR II-00741, § 169.

W związku z tym nie jest możliwe stworzenie wyczerpującej listy usług, których świadczenie zostało uznane za wypełniające interes ogólny, szczególnie, że Trybunał i KE preferują podejście *ad causum* podyktowane zdaniem E. Szyszczak obawą przed zbytnim zawężeniem omawianej koncepcji¹⁷. Wśród przykładowych usług uznanych za świadczone w ogólnym interesie gospodarczym można wymienić dostarczanie energii elektrycznej¹⁸, podstawowe usługi pocztowe¹⁹, gospodarkę odpadami²⁰, nadawanie programów telewizyjnych²¹, dostawy wody²².

Zasada proporcjonalności w prawie UE

Regulacja rynku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym stanowi szczególne wyzwanie dla prawa konkurencji. Przepis art. 106 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej stanowi, że „Przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (...) podlegają normom Traktatów, zwłaszcza regułom konkurencji, w granicach, w jakich ich stosowanie nie stanowi prawnej lub faktycznej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych (...)”. W związku z tym kluczowym zagadnieniem jest określenie zakresu dopuszczalności przewidzianej derogacji. Stanowiąca jedną z zasad naczelnych UE zasada proporcjonalności, będąca wytyczną podczas wykładni przepisów prawa wtórnego w istotny sposób przyczynia się więc do sposobu w jaki art. 106 ust. 2 TFUE będzie interpretowany²³.

Funkcjonująca w *acquis communautaire* zasada proporcjonalności czerpie wiele z doktryny prawa niemieckiego. Oryginalnie na poziomie kształtowania polityki gospodarczej zasada proporcjonalności pozwalała podważyć regulacje, których stosowanie jest nadmiernie uciążliwe (*excessive*) w stosunku do przewidywanych korzyści lub też w kiedy w ogóle nie były konieczne do realizacji zaplanowanych celów²⁴. Jednakże zasada proporcjonalności na poziomie prawa Unii Europejskiej,

¹⁷ E. Szyszczak, *Public Services in Competent Markets*, w: *Yearbook of European Law*, 2001, s. 47.

¹⁸ Sprawa C-393/92, *Gemeente of Almelo i inni v. NV Energiebedrijf IJsselmij*. [1994] ECR I-01477.

¹⁹ Sprawy C-320/91, *Postępowanie karne przeciwko Paulowi Corbeu* [1993] ECR I-02533 i C-340/99, *TNT Traco v. Poste Italiane SpA i inni* [2001] ECR I-04109.

²⁰ Sprawa C-209/98, *Sydhavens Sten & Grus ApS v. Křbenhavn Kommune*, [2000] ECR I-3743.

²¹ Sprawa C-155/73, *Sacchi*, [1974] ECR 409.

²² Decyzja 82/371, *NAVEVA-ANSEAU*, Dz. Urz. UE z 20.11.1982, L 167/39.

²³ J. Gundel (red.), op. cit., s. 1298.

²⁴ J. Schwarze, *European Administrative Law*, Sweet & Maxwell 1992, s. 685 – 686. Por. także orzeczenie 11-70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1970] ECR 01125.

mimo dającego się zauważyć podobieństwa z jej odpowiednikami istniejącymi w systemach prawnych poszczególnych krajów członkowskich, jest jednak pojęciem autonomicznym i do jej opisania nie wystarczy dokonanie prostej analogii²⁵.

Na gruncie Traktatów, przepis art. 5 Traktatu o Unii Europejskiej (TUE) stanowi, że „zgodnie z zasadą proporcjonalności zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów Traktatów”²⁶. Postanowienia TUE konkretyzuje *Protokół nr. 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności*²⁷. Akty prawa wtórnego jak i działania państw członkowskich w zakresie jakim mieszczą się w sferze stosowania prawa UE podlegają więc kontroli pod kątem ich zgodności z zasadą proporcjonalności²⁸. Jak zauważyła L. Moral Soriano, zasada proporcjonalności służy za narzędzie podczas ustalania właściwej równowagi między przeciwstawnymi interesami, z jednej strony celami prowadzonej przez państwa członkowskie polityki gospodarczej a z drugiej prawami uczestników gry rynkowej oraz celami UE²⁹. Przywołując barwne porównanie użyte przez Lorda Diplock’a z brytyjskiej Izby Lordów w orzeczeniu *R v. Goldsmith*, zasada proporcjonalności polega na tym, żeby nie rozbijać orzecha młotem kowalskim kiedy można użyć dziadka do orzechów³⁰.

Test proporcjonalności

W związku z kontrolą proporcjonalności zakresu derogacji przewidzianej w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE stosuje się test proporcjonalności, który składa się z trzech elementów³¹. Po pierwsze należy zbadać, czy istnieje bezpośredni związek przyczynowy (*casual link*) pomiędzy środkiem państwowym, którego podstawę stanowi art. 106 ust. 2 TFUE a interesem publicznym (ogólnym interesem)³². Kolejny etap polega na analizie, czy stopień wprowadzonego środkiem ograniczenia odpowiada korzyściom, które dzięki niemu odnosi interes ogólny. Trzecim, ostatnim elementem testu jest sprawdzenie, czy korzystny efekt nie mógłby być osiągnięty za pomocą innych, mniej restrykcyjnych środków³³.

²⁵ P. Craig, G. De Búrca, *EU Law. Texts,, Cases, Materials, Fourth Edition*, Oxford University Press 2008, s. 544-545

²⁶ Traktat o Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE z 30.03.2010, C 83/13.

²⁷ Protokół nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, Dz. Urz. UE z 30.03.2010 L83/206.

²⁸ P. Craig, G. De Búrca, op. cit., s. 544-545.

²⁹ L. M. Soriano, op. cit., s. 113. Por. także G. De Búrca, *The Principle of Proportionality and its Application in EC Law*, w: *Yearbook of European Law*, 13/1993, s.111 – 112.

³⁰ Orzeczenie *R v. Goldsmith*, [1983] 1 WLR 151, 155.

³¹ J. Schwarze, op. cit., s. 686 i n.

³² Ibidem.

³³ J. L. Buendia Sierra, *Article 86 – Exclusive Rights and other Anti-competitive*

Pierwszy z elementów testu proporcjonalności jest stosunkowo najłatwiejszy do udowodnienia. W celu zapewniania ochrony przed obowiązywaniem reguł konkurencji w pełnym zakresie w ramach wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE, prawa specjalne lub wyłączne muszą w pewien sposób (*in some way*) przyczyniać się do realizacji zadań leżących w interesie ogólnym³⁴. Zwrócić uwagę należy na konieczność rozróżnienia pomiędzy koniecznością zapewnienia realizacji interesu publicznego (ogólnego) i jednocześnie uwzględnienia interesu Wspólnoty³⁵. Udowodnienie istnienia dwóch pozostałych przesłanek jest znacznie bardziej problematyczne³⁶.

Restrykcyjna wykładnia art. 106 ust. 2 TFUE

Tradycyjnie wykładnia art. 106 ust. 2 TFUE dokonywana była w analogiczny sposób jak art. 36 TFUE³⁷. W obu przypadkach uchylenie zasad ogólnych dopuszczalne było tylko wtedy kiedy było niezbędne (*indispensable*) do osiągnięcia zamierzonego celu o charakterze nieekonomicznym³⁸. Ponieważ prawa wyłączne co do zasady sprzeczne będą z art. 37 TFUE, w związku z tym jedyną możliwością ich zastosowania będzie skorzystanie z wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE. Przyjmując restrykcyjną interpretację przepisu prawa wyłączne, będące najdalej idącą formą ingerencji państwa w gospodarkę, dozwolone będą tylko w przypadku braku możliwości zastosowania jakiegokolwiek innego środka³⁹. W praktyce skutkowało to niemożnością przyznania

State Measures, w: J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition. Second Edition*, Oxford University Press 2007, s. 591.

³⁴ Ibidem.

³⁵ Ibidem.

³⁶ Ibidem.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Decyzje 82/371, *NAVEWA-ANSEAU*, § 66 i 82/861/EEC: Commission Decision of 10 December 1982 relating to a proceeding under Article 86 of the EEC Treaty (IV/29.877 - British Telecommunications), Dz. Urz. WE z 21.12.1982, L360/42. Także orzeczenia C-18/88, *Régie des télégraphes et des téléphones v. GB-Inno-BM SA*, [1991] ECR I-05941 i C-155/73, *Sacchi*.

³⁹ Orzeczenia 41/83, *Komisja v. Wlochy*, [1985] ECR 873; C-41/90, *Höfner*, § 24; C-179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova v. Siderurgica Gabrielle*, [1991] ECR I-5009 i C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT) na Panellinia Omospondia Syllogon Prosspikou v. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) and Sotirios Kouvelas na Nicolaos Avdelas and Others*, [1991] ECR I-2925, § 38 także C-67/96, *Albany*; C-115/97, *Bretjens*, [1999] ECR I-6025; C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV v. Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, [1999] ECR I-6121; C-266/96, *Corsica Ferries France SA v. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, [1998] ECR I-3949.

praw wyłącznych przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym⁴⁰.

Orzeczenie Corbeau – początek elastycznej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE

Odejście od restrykcyjnej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE, efektywnie uniemożliwiającej zastosowanie przepisu, spowodowało wzrost roli zasady proporcjonalności⁴¹. Innymi słowy, dopuszczalność, w trybie art. 106 ust. 2 TFUE środków państwowych stanowiących naruszenie reguł konkurencji uzależniona jest interpretacji zasady proporcjonalności⁴². Zdaniem T. Tridimasa stopień w jakim akceptowalne są działania państw członkowskich mające na celu zapewnienie świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym nie jest jednak określany przez zasadę proporcjonalności *per se* ale poprzez konieczność realizacji celów UE, którym zasada ta służy⁴³.

W przypadku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, mających charakter uniwersalny (*universal service*), zadaniem władz publicznych jest zagwarantowanie, żeby dana usługa była dostarczana na pożądanym poziomie i po rozsądnej cenie (*reasonable price*) wszystkim obywatelom⁴⁴. Wymóg zapewnienia jednakowego standardu usługi wszystkim jej odbiorcom powodować może konieczność ustanowienia jednolitej taryfy opłat. W takim przypadku *raison d'être* ustanowienia praw wyłącznych będzie zapewnienie podmiotowi zobowiązanemu do zarządzaniem usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym możliwości realizacji celu poprzez finansowanie działalności

⁴⁰ Por. W. Sauter, *Services of general economic interest and universal service in EU law*, w: *European Law Review*, v. 33, n. 2, April 2008, s. 169 – 170.

⁴¹ M. M. Ross wiąże zmianę podejścia Trybunału z wprowadzeniem w tym czasie w wyniku wejścia w życie Traktatu z Amsterdamu art. 16 TWE (wtedy art. 7D), obecnego art. 14 TFUE podnoszącego dostęp do usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym do zasad naczelných Unii. Por. M. Ross, *Article 16 EC and Services of General Interest : from Derogation to Obligation*, w: *European Law Review*, Vol. 25. No. 1. February 2000, s. 31 – 34.

⁴² L. M. Soriano, op. cit., s. 116.

⁴³ T. Tridimas, *Proportionality in Community Law: Searching for the Appropriate Standard for Scrutiny*, w: E. Ellis (red.), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Hart Publishing 1999, s. 67 i n.

⁴⁴ Por. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Biała Księga na temat usług użyteczności publicznej, Bruksela 12.05.2004, COM(2004) 374 final, s. 4. Por. także H. Cox, *Decision Criteria and Principles for Public Services*, w: *Les annales de l'économie publique, sociale et coopérative*, Vol 66, no 2, June 1995, s. 147 – 158 i M. T. Karayigit, *The Notion of Services of General Economic Interest Revisited*, w: *European Public Law*, Vol. 15, no. 4, December 2009, s. 584.

w obszarach gdzie generuje straty z zysków uzyskanych na innych terenach. Jest to tzw. subsydiowanie krzyżowe.

Opisywane działania regulacyjne podejmowane są w celu przeciwdziałania powstawaniu zjawiska zwanego *cherry-picking* (używane są również określenia *cream-skimming*, *écremage*)⁴⁵. Wiele czynników odpowiada za ogólna opłacalność prowadzenia operacji na danym obszarze; gęstość zaludnienia, struktura demograficzna, etc. *Cherry-picking* oznacza takie zachowanie uczestników gry rynkowej (na konkurencyjnym rynku), które polega na ograniczeniu zasięgu swojej działalności tylko do obszarów na, których osiąga się zysk. Automatycznie oznacza to, że na obszarach, gdzie operator nie jest w stanie wygenerować profitu, dana usługa nie będzie w ogóle oferowana⁴⁶.

Zagrożenia związane z przedstawionym powyżej zjawiskiem pokazuje konieczność elastycznej interpretacji art. 106 ust. 2. TFUE w kontekście proporcjonalności środków podejmowanych w ramach przewidzianej w przepisie derogacji. W związku z najnowszymi tendencjami w ewolucji narzędzi regulacyjnych państwa w ramach organizacji rynku usług użyteczności publicznej, w szczególności z tzw. *Pakiem Altmark* zauważyć należy, że prawa wyłączne wcale nie muszą być jedyną metodą gwarantującą świadczenie uniwersalnej usługi o określonym standardzie i rozsądnej cenie⁴⁷. Władze publiczne mogą zdecydować się zamiast tego na przyznawanie operatorowi rekompensaty z tytułu pełnienia usługi publicznej, pokrywającej straty generowane w wyniku dostarczania tej usługi na określonych w zobowiązaniu warunkach⁴⁸.

⁴⁵ Szerzej na temat subsydiowania krzyżowego por. M. Fehling, *Problems of Cross-Subsidisation*, w: M. Krajewski, U. Neergaard, J. Van de Gronden (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, T. M. C. Asser Press 2009, s. 129 – 148.

⁴⁶ Szerzej na ten temat por. A. E. Kahn, *The Economics of Regulation. Principles and Institutions*, MIT Press 1989, s. 220 – 246.

⁴⁷ Por. Decyzja Komisji (WE) nr 842/2005 z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, Dz. Urz. UE z 29.11.2005, L312/67; Wspólnotowe ramy dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, Dz. Urz. UE z 29.11.2005, C297/4 a także Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „W kierunku Aktu o jednolitym rynku – W stronę społecznej gospodarki rynkowej o wysokiej konkurencyjności, 50 propozycji na rzecz wspólnej poprawy rynku pracy, przedsiębiorczości i wymiany”, Bruksela 11.11.2010, COM(2010) 608 final. Por. także F. Louis, A. Valery, *Ferring Revisited: The Altmark Case and State Financing of Public Service Obligation*, w: *World Competition*, Vol. 27, no. 1, 2004, s. 53 – 74.

⁴⁸ Por. C. H. Bovis, *Financing Services of General Interest in the EU: How do Public*

Oczywiście odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście w danej sytuacji nie ma alternatywy dla ustanowienia praw wyłącznych w celu zapewnienia świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, w praktyce bywa niejednoznaczna. Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie *Campus Oil* jednoznacznie odrzucił pogląd, że ustanowienie monopolu w celu ochrony rynku przed zjawiskiem *cherry-picking* w związku z koniecznością realizacji celu leżącego w interesie ogólnym jest dopuszczalne⁴⁹. ETS argumentował, że przyznanie pomocy publicznej pozwoliłoby osiągnąć ten sam cel bez konieczności stosowania aż tak restrykcyjnych metod.⁵⁰

Orzeczenie w sprawie *Corbeau* dało początek nowej, mniej restrykcyjnej linii orzeczniczej dotyczącej proporcjonalności dopuszczalnych środków w ramach derogacji zawartej w art. 106 ust. 2 TFUE⁵¹. Sprawa dotyczyła sektora powszechnych usług pocztowych a więc obszaru, ze względu na swoją specyfikę szczególnie wrażliwego na zjawisko *cherry-picking*⁵². Okoliczności faktyczne sprawy wyglądały następująco: Przedsiębiorstwo należące do Paula Corbeau rozpoczęło na terenie miasta Liège świadczenie usług konkurencyjnych wobec państwowego operatora pocztowego (*Régie des Postes*). Usługi oferowane przez Paula Corbeau miały wyższy standard oraz niższą cenę niż te oferowane przez publicznego konkurenta, ale ich zasięg terytorialny był ograniczony⁵³.

Procurement and State Aids Interact to Demarcate between market Forces and Protection, w: *European Law Journal*, Vol. 11, no. 1, January 2005, s. 95 i n.

⁴⁹ Orzeczenie 72/83, *Campus Oil Limited i inni v. Minister for Industry and Energy and others*, [1984] ECR 02727, § 45 – 46.

⁵⁰ Ibidem.

⁵¹ Orzeczenie C-320/91, *Corbeau*. Na ten temat także L. Hancher, *Casenote on Corbeau*, w: *Common Market Law Review*, 31/105, 1994, s. 111 – 120.

⁵² Operacje w sektorze usług pocztowych wymagają zaangażowania dużych środków (środki transportu, personel) zarówno do doręczania jak i zbierania przesyłek. Do tego konieczne jest utrzymywanie sieci magazynów - sortowni, co też wymaga znacznych zasobów. W związku z tym, a także ze względu na koszty paliwa, które stanowi kluczową pozycję w strukturze kosztów usług pocztowych, dla osiągnięcia zysku potrzebna jest duża ilość klientów zlokalizowanych blisko siebie. A zatem najbardziej opłacalne jest działanie na terenach wysoce zurbanizowanych. W wypadku obszarów wiejskich ilość klientów jest wielokrotnie mniejsza, obszar znacznie większy a stałe koszty jak infrastruktura, personel, środki transportu pozostają na poziomie takim samym (lub nawet wyższym) w operacjach na terenach miejskich. Znacznie wyższe są za to koszty paliwa. W związku z tym zapewnienie opłacalności działalności w zakresie usług pocztowych na terenach miejskich jest znacznie trudniejsze a w przypadku wymogu, żeby standard oferowanych usług był jednakowy w miastach i poza nimi, praktycznie niemożliwe. Dla przykładu firmy kurierskie, które operują na zliberalizowanym rynku oferują usługi o znacznie niższym standardzie na obszarach o peryferyjnym położeniu.

⁵³ T. Prosser, *The Limits of Competition Law. Markets and Public Services*, Oxford University Press 2005, s. 136.

Trybunał w swoim rozstrzygnięciu sprawy *Corbeau* po raz pierwszy potwierdził znaczenie *cherry-picking*⁵⁴. W sentencji orzeczenia ETS argumentował, że podmiot zobowiązany do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym powinien mieć możliwość realizacji swojej misji w warunkach stabilności finansowej (*economic equilibrium*), bo taki stan umożliwi wyrównanie strat (*offset*) ponoszonych w niektórych obszarach działalności przez zyski generowane w innych rejonach operacji⁵⁵. Trybunał dalej dowodził, że opisane powyżej subsydiowanie krzyżowe, umożliwiające oferowanie usług będących przedmiotem powierzenia na warunkach określonych przez regulatora, uzasadnia ograniczenie konkurencji w tym sektorze. Gdyby bowiem konkurenci posiadali dostęp do rynku i mieli możliwość operowania w tylko w tych jego częściach, gdzie jest to najbardziej opłacalne (czyli gdyby rynek został zliberalizowany), uzyskaliby w ten sposób możliwość zaoferowania korzystniejszych warunków świadczenia usługi niż podmiot zobowiązany, bo nie musieliby uwzględniać konieczności rekompensowania strat ponoszonych w innych obszarach swojej działalności⁵⁶.

Zdaniem ETS wystarczającą przesłanką umożliwiającą skorzystanie z derogacji jest stwierdzenie, że reguły traktatowe utrudniają (*obstruct, verhinderen*) świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, bez konieczności udowadniania, że podmiot, któremu świadczenie tych usług zostało powierzone nie przetrwałby (lub utraciłby równowagę finansową czy też ekonomiczną żywotność), w przypadku nieuchylenia przepisów konkurencji⁵⁷. Ponadto Trybunał uznał, że państwa członkowskie nie muszą udowadniać, że nie istnieje, choćby teoretyczna żadna inna możliwość osiągnięcia celów leżących w ogólnym interesie gospodarczym bez korzystania z wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE⁵⁸.

⁵⁴ Ibidem.

⁵⁵ Orzeczenie C-320/91, *Corbeau*, § 17. Por. także M. Szydło, Artykuł 86, w: A. Wróbel, (red.), *Traktat Ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz. Tom I*, Wolters Kluwer 2008, s. 525

⁵⁶ F. Díez Estella, *Abusive Practices in the Postal Services? – Part I*, w: *European Competition Law Review*, Vol. 27, no. 4, April 2006, s. 193.

⁵⁷ Por. także orzeczenia C-157/94, *Komisja v. Holandia*, [1997] ECR I-5699; C-158/94, *Komisja v. Włochy*, [1997] ECR I-5789; C-159/94, *Komisja v. Francja*, [1997] ECR I-5815.

⁵⁸ J. Holmes, *The Competition Rules and the Acts of Member States*, P. Roth, V. Rose (red.), *Bellamy & Child: European Community Law of Competition. Sixth Edition*, Oxford University Press 2008, s. 1065–1066. Por. także orzeczenia C-67/96, *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, [1999] ECR I-05751; C-115 do 117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, [1999] ECR I-6025; C-219/97 *Drijvende Bokken*. [1999] ECR I-6121; C-266/96, *Corsica Ferries*, [1998] ECR I-03949.

Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu sprawie *Corbeau* nie przesądził, że środki przeznaczone na pokrycie kosztów działania w obszarach deficytowych muszą pochodzić ze świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym⁵⁹. Monopolizacja innego rynku, gdzie wcale nie musi występować element interesu publicznego (*an activity which was objectively distinct from the service of general economic interest*) jest dopuszczalna jeśli zyski wygenerowane w wyniku wolnej od konkurencji działalności na nim zostaną użyte do finansowania usług użyteczności publicznej⁶⁰.

Nie jest natomiast możliwa do pogodzenia z zasadą proporcjonalności sytuacja, kiedy z pod pełnego obowiązywania reguł konkurencji wyłączone zostaną usługi dodatkowe o wyższym standardzie, które nie mieszczą się w ramach zaspokajania interesu ogólnego (*specific services dissociable from the service of general interest*)⁶¹. Chodzi o usługi typu *premium*, w przypadku omawianej sprawy *Corbeau*, w sektorze usług pocztowych, obejmują one odbiór przesyłki z siedziby nadawcy, możliwość zmiany odbiorcy po wysyłce oraz krótszy czas realizacji usługi. Zdaniem ETS usługi takie, jeśli oferują je konkurenci, ze względu na swoją specyfikę i warunki świadczenia nie mają negatywnego wpływu na równowagę finansową (*do not compromise the economic equilibrium*) przedsiębiorstwa zobowiązanego do dostarczania usługi uniwersalnej⁶².

M. Ross podsumowując wykładnię zasady proporcjonalności dokonaną przez Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Corbeau* wskazuje, że decyzja o skorzystaniu z derogacji w trybie art. 106 ust. 2 TFUE opiera się na wyborze wynikającym z preferowanych przez regulatora wartości a nie na czysto ekonomicznej analizie skutków regulacji⁶³.

Orzeczenie Almelo – ewolucja elastycznej wykładni art. 106 ust. 2 TFUE

Rozwinięcie wykładni art. 106 ust. 2 TFUE w związku z proporcjonalnością derogacji zasad konkurencji dla podmiotów zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w związku z koniecznością ich ochrony przed zjawiskiem *cherry-picking* przyniosło rozstrzygnięcie w sprawie *Alme-*

⁵⁹ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 594.

⁶⁰ Orzeczenie C-320/91, *Corbeau*, § 18.

⁶¹ Ibidem, § 19. Por. także L. Flynn, C. Rizza, *Postal Services and Competition Law: A Review and Analysis of the EC Case-Law*, w: *World Competition*, Vol. 24, no. 4, December 2001, s. 478 – 480.

⁶² Ibidem, § 21.

⁶³ M. Ross, op. cit., s. 25 – 27. Por. także S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*. Oficyna Wydawnicza Zakamycze 2002, s. 342.

lo⁶⁴. Istotną różnicą dotyczącą okoliczności faktycznych między sprawą *Corbeau* a *Almelo* był fakt, że o ile w pierwszym przypadku ograniczenie konkurencji wynikało z regulacji prawnych stworzonych przez władze publiczne, o tyle w drugim było skutkiem działania operatora usług użyteczności publicznej⁶⁵.

U podstaw sprawy leżało zagadnienie, czy porozumienia zawarte na zasadzie wyłączności pomiędzy lokalnym producentem energii elektrycznej a dystrybutorem zgodne są z unijnymi zasadami konkurencji. Prawo Holandii, gdzie opisywana sytuacja miała miejsce nie przewidywało w tamtym czasie żadnej formy monopolizacji rynku importu energii elektrycznej⁶⁶. Trybunał nie miał więc wątpliwości, że naruszone zostały art. 101 ust. 1 i 102 TFUE. Dopuszczalność analizowanego porozumienia zależała więc od możliwości skorzystania z derogacji przewidzianej w art. 106 ust. 2 TFUE.

Trybunał Sprawiedliwości rozstrzygając omawianą sprawę ponownie odwołał się do zasady proporcjonalności, zaznaczając, że powinna być interpretowana do pewnego stopnia elastycznie (*with a certain degree of flexibility*). ETS stanął na stanowisku, że ograniczenia konkurencji na skutek działań innych uczestników gry rynkowej, zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, będzie akceptowalne tak długo jak dzięki temu będą w stanie dostarczać będącą przedmiotem zobowiązania usługę⁶⁷. W związku z tym, konieczna jest analiza ekonomicznych warunków na jakich operuje przedsiębiorstwo świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym, w szczególności struktury kosztów związanych ze świadczeniem usługi użyteczności publicznej, ram prawnych funkcjonowania i charakterystyki rynku⁶⁸.

Biorąc pod uwagę powyższe czynniki Trybunał doszedł do konkluzji, że akurat w przypadku dostaw energii elektrycznej ustanowienie monopolu jest konieczne, bo inaczej potencjalni konkurenci rozpoczęliby swoje operacje w tych

⁶⁴ Orzeczenie C-393/92, *Almelo*. Trybunał Sprawiedliwości nie odszedł jednak całkowicie od restrykcyjnej wykładni art. 106 ust. 2. TFUE. Por. orzeczenie C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV i inni v. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, [1998] ECR I-04075.

⁶⁵ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 595.

⁶⁶ *NV Electriciteits-Maatschappij IJsselcentrale*, późniejszy *NV Energiebedrijf IJssel-mij*, w 1918 roku otrzymał licencję (koncesję) na dostawę energii w obszarach wiejskich na zasadach braku wyłączności (*een niet-exclusive concessie*).

⁶⁷ Orzeczenie C-393/92, *Almelo*, § 49.

⁶⁸ J. Holmes, op. cit., s. 1067., op. cit., 11.053. Por. także decyzja COMP 38.745 – *BdKEP*, [2006] niepublikowana, § 78, gdzie KE uznała, że analiza nie została przeprowadzona prawidłowo ponieważ operacyjne i finansowe uwarunkowania świadczenia usługi publicznej nie zostały w wystarczającym stopniu zbadane (odwołanie od decyzji por. T-490/04, *Niemcy i Deutsche Post v. Komisja*, usunięta z rejestru, Dz. Urz. UE z 05.07.2008, C171/48).

częściach rynku, gdzie możliwe jest osiągnięcie największych zysków i w ten sposób pozbawili (*cream off*) zobowiązanego dostawcy zasobów niezbędnych do pokrycia kosztów świadczenia usługi w tych obszarach, gdzie ponosi się z tego tytułu straty⁶⁹. W kontekście zastosowania zasady proporcjonalności, zwraca uwagę fakt, że Trybunał rozstrzygając sprawę *Almelo* w ogóle nie zajął się sprawdzeniem, czy istnieją mniej restrykcyjne środki pozwalające na osiągnięcie tych samych celów⁷⁰.

Ciążar udowodnienia konieczności skorzystania z derogacji w trybie art. 106 ust. 2 TFUE

Kluczowym podczas badania środków objętych derogacją przewidzianą w art. 106 ust. 2 TFUE pod kątem ich zgodności z zasadą proporcjonalności jest ustalenie na kim, państwie członkowskim/podmiocie uprzywilejowanym czy na Komisji Europejskiej spoczywa ciężar udowodnienia, czy cel (w interesie ogólnym) mógłby zostać osiągnięty mniej restrykcyjnymi metodami. W serii orzeczeń w sprawach związanych z monopolizacją rynków dystrybucji gazu ziemnego i energii elektrycznej (tzw. *Gas and Electricity Monopolies Cases*) Trybunał wskazał, że kraje członkowskie nie muszą wskazywać, że nie istnieją żadne, choćby hipotetycznie możliwe inne rozwiązania zapewniające realizację założonego celu, za czym optowała Komisja⁷¹. Dla ETS wystarczające jest, żeby państwa członkowskie w sposób dostateczny wskazały (*sufficiently explained*) negatywne następstwa zniesienia monopolu na danym rynku⁷². Rzecznik Generalny Darmon zwrócił jeszcze dodatkowo uwagę, że zasady konkurencji nie powinny mieć zastosowania jeżeli spowodowałyby niestabilność finansową operatora zobowiązanego do świadczenia usług użyteczności publicznej⁷³.

Oczywiście zakres i stopień ingerencji w rynek środków podejmowanych w ramach derogacji zawartej w art. 106 ust. 2 TFUE, koniecznych do zagwarantowania świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym będą się różniły

⁶⁹ Orzeczenie C-393/92, *Almelo*, § 46 – 49.

⁷⁰ T. Prosser, op. cit., s. 137.

⁷¹ Orzeczenie C-159/94, *Komisja v. Francja (Gas and Electricity Monopolies)*, [1997] ECR I-05815, § 90 – 107. Pozostałe sprawy to C-157/94, *Komisja v. Holandia*, [1997] ECR I-5699; C-158/94, *Komisja v. Włochy*, [1997] ECR I-5789. Czwarta sprawa C-160/94, *Komisja v. Hiszpania*, [1997] ECR I-5851 wniesiona przez Komisję, której zdaniem rząd Hiszpanii ustanowił *de facto* monopol na rzecz publicznego przedsiębiorstwa *Reseda* została oddalona w związku z tym, że KE nie była w stanie udowodnić istnienie takiego monopolu.

⁷² J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 596.

⁷³ Opinia Rzecznika Generalnego Darmona do sprawy C-159/94, *Komisja v. Francja*, pkt. 146.

w zależności od sektora gospodarki. W orzeczeniu w sprawie FFSA, SPI podzielił argumentację Komisji Europejskiej, że na podstawie art. 107 i 106 ust. 2 TFUE zwolnienia podatkowe udzielone przez władze Francji, będącemu monopolistą publicznemu operatorowi pocztowemu *La Poste*, były zgodne z zasadami konkurencji bo rekompensowały koszty świadczenia usług użyteczności publicznej (*public service obligation*)⁷⁴. Koszty te były generowane przez znajdujące się na obszarach wiejskich placówki, których konieczność utrzymania wynikała ze zobowiązania do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym. Sąd Pierwszej Instancji za przekonujące uznał analizy finansowe KE według, których korzyści finansowe monopolu nie w pełni pokrywały koszty wynikające ze zobowiązania i w związku z tym uznał, że dodatkowe źródło przychodów (pomoc publiczna w formie zwolnień podatkowych) było potrzebne do zapewniania dostarczania usług, do których *La Poste* została zobowiązana⁷⁵. W sentencji orzeczenia SPI podkreślił szerokie dyskrecyjne kompetencje Komisji Europejskiej w wykładni i stosowaniu art. 106 TFUE⁷⁶.

Zagadnienie proporcjonalności praw wyłącznych w rozumieniu art. 106 ust. 1 TFUE ustanowionych w ramach derogacji przewidzianej w art. 106 ust. 2 TFUE stało się przedmiotem analizy SPI podczas rozstrzygania sprawy *Air Inter*⁷⁷. Francja uznając konieczność (interes ogólny) istnienia regularnych połączeń lotniczych pomiędzy głównymi ośrodkami miejskimi na terenie kraju zdecydowała się przyznać publicznemu przewoźnikowi wspólnotowemu *Air Inter* prawa wyłączne do obsługi połączeń Paryż (Orly) – Tuluza i Paryż (Orly) – Marsylia⁷⁸. Rozwiązanie miało umożliwić krzyżowe subsydiowanie deficytowego połączenia z Marsylią ze środków generowanych przez wysoko dochodowe połączenie z Tulużą. Sprawa trafiła do Sądu Pierwszej Instancji w związku ze

⁷⁴ Orzeczenie 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 (FNSA-GA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v. Komisja*, [1997] ECR II-00229 oraz decyzja 98/365/EC: Commission Decision of 1 October 1997 concerning alleged State aid granted by France to SFMI- Chronopost [notified under document number C(1997) 3146], Dz. Urz. UE z 09.06.1998. L164/37.

⁷⁵ Orzeczenie T-106/95, *FFSA*, § 180.

⁷⁶ *Ibidem*, § 89 i 90.

⁷⁷ Orzeczenie T-260/94, *Air Inter SA v. Komisja*, [1997] ECR II-997.

⁷⁸ *Air Inter (Lignes Aériennes Intérieures)* nie był klasycznym przedsiębiorstwem publicznym w rozumieniu art. 106 ust. 1 TFUE. Przewoźnik stanowił przykład charakterystycznego dla francuskiego modelu gospodarczego przedsiębiorstwa prywatno-publicznego (tzw. *société d'économie mixte, SEM*), gdzie w strukturze własności firmy poza dominującym kapitałem publicznym występują też podmioty prywatne.

skargą linii lotniczej TAT (*Transport Aérien Transrégional*), której władze Francji nie pozwoliły na ustanowienie połączeń na liniach, gdzie zostały ustanowione prawa wyłączne na rzecz *Air Inter*, a zdaniem skarżącego nie mogły tego zrobić zgodnie z rozporządzeniem 2408/92/EC w sprawie dostępu przewoźników lotniczych Wspólnoty do wewnątrzwspólnotowych tras lotniczych⁷⁹. Strona pozwana broniła się argumentem, że środek w postaci wprowadzenia praw wyłącznych, w ramach wyłączenia wynikającego z przepisu art. 106 ust. 2 TFUE, jest proporcjonalny w stosunku do celu, któremu służy.

Sąd Pierwszej Instancji po raz kolejny podkreślił, że art. 106 ust. 2. TFUE zawiera wyjątek od stosowania zasad konkurencji i jako taki powinien być interpretowany w sposób zawężający⁸⁰. Wobec tego obowiązywanie reguł konkurencji może zostać uchylone tylko w takim zakresie w jakim uniemożliwiają (*obstruct*) świadczenie powierzonych usług w ogólnym interesie gospodarczym, a nie jeśli tylko je utrudniają (*hinderd or made more difficult*). Orzeczenie zawiera również stwierdzenie, że w przypadku użycia przepisu art. 106 ust. 2 TFUE ciężar udowodnienia konieczności uchylecia zasad konkurencji spoczywa na stronie powołującej się na przepis⁸¹. Po raz kolejny także podkreślone zostało znaczenie ekonomicznej analizy podczas oceny proporcjonalności działań podejmowanych ramach derogacji w art. 106 ust. 2 TFUE⁸².

A zatem dla rozstrzygnięcia sprawy *Air Inter* konieczne jest dokonanie oceny, czy w ówczesnym stanie prawnym możliwe byłoby osiągnięcie zamierzonych celów leżących w interesie ogólnym (utrzymywanie deficytowych połączeń) bez konieczności ustanawiania monopolu w ramach wyłączenia przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE⁸³. Rozporządzenie 2408/92/EC, na które powoływała się strona skarżąca zawiera przepisy regulujące działalność niedochodowych połączeń lotniczych, których utrzymanie konieczne jest ze względu na interes ogólny. Rozporządzenie przewiduje, w takiej sytuacji bezpośrednio subsydia państwowe dla operatora zobowiązanego do

⁷⁹ Rozporządzenie Rady nr 2408/92/EWG z dnia 23 lipca 1992 r. w sprawie dostępu przewoźników lotniczych Wspólnoty do wewnątrzwspólnotowych tras lotniczych, Dz. Urz. WE z 24.08.1992, L240/8.

⁸⁰ Orzeczenie T-260/94, *Air Inter*, § 135. Por także orzeczenia 127/73, *Belgische Radio en Televisie v. SV SABAM na NV Fonior (BRT II)*, [1974] ECR 313, § 19; C-242/95, *GT-Link A/S v. De Danske Statsbaner (DSB)*, [1997] ECR I-04449, § 50; C-157/94, *Komisja v. Holandia*, § 37; C-159/94, *Komisja v. Francja*, § 53; C-340/99, *TNT Traco SpA v. Poste Italiane SpA i inni*, [2001] ECR I-4109, § 56.

⁸¹ Ibidem, § 115.

⁸² Ibidem, § 105 i 106.

⁸³ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 598.

świadczenia takich połączeń⁸⁴. W związku z tym, skoro istniejące regulacje umożliwiają realizację danego celu, nieproporcjonalnym będzie ustanawianie praw wyłącznych przy wykorzystaniu derogacji zawartej w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE. ETS zaznaczył bowiem, że właściwe zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE wymaga świadomości, że środki (*means*) same w sobie nie stanowią celu (*ends*)⁸⁵.

Ekonomiczne przesłanki wyłączenia z art. 106 ust. 2 TFUE

Przytoczone orzecznictwo wskazuje na elastyczne podejście do zasady proporcjonalności w wykładni art. 106 TFUE. W każdym jednak przypadku Trybunał wskazuje konieczność przeprowadzenia analizy rynku i podjęciu decyzji o ewentualnym zastosowaniu art. 106 ust. 2 TFUE w oparciu o przesłanki ekonomiczne⁸⁶. Orzeczenie w sprawie *Komisja v. Portugalia* zawiera wytyczne, jak zdaniem Trybunału, powinno zostać przeprowadzone takie badanie⁸⁷. Pierwszym etapem jest oszacowanie kosztów netto (*net costs*) związanych ze świadczeniem usługi uniwersalnej (w ogólnym interesie gospodarczym). Ewaluacja powinna zostać dokonana w oparciu o obiektywne i przejrzyste kryteria. Co do zasady uwzględnia się wszystkie koszty poniesione przez operatora niezależnie od stopnia jego efektywności⁸⁸. Oszacowane powinny zostać również korzyści finansowe dla przedsiębiorstwa uprzywilejowanego związane z zastosowaniem danego środka państwowego (w ramach derogacji). Kolejny etap analizy polega na zestawieniu tych dwóch wartości z uwzględnieniem innych źródeł przychodu badanego przedsiębiorstwa takich jak pomoc publiczna. Dopiero w oparciu o zgromadzone w wyniku zalecanego przez Trybunał badania ekonomicznych uwarunkowań świadczenia danej usługi w ogólnym interesie gospodarczym i skutków planowanych działań regulacyjnych, decyzja o ewentualnym skorzystaniu z wyłączenia zawartego w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE powinna zostać podjęta⁸⁹.

Koncepcja proporcjonalności stosowania art. 106 ust. 2 TFUE wyłaniająca się z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości ma zdaniem J. L. Buendii Sierry dynamiczny charakter⁹⁰. Innymi słowy badanie ograniczającego konkurencję środka państwowego w ramach derogacji wynikającej z art. 106 ust. 2 TFUE, pod

⁸⁴ Art. 4 rozporządzenia 2408/92/EC.

⁸⁵ L. M. Soriano, op. cit., s. 113.

⁸⁶ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 599.

⁸⁷ Orzeczenie C-334/03, *Komisja v. Portugalia*, [2005] ECR I-08911, § 33.

⁸⁸ Por. także orzeczenie C-280/00, *Altmark Trans GmbH na Regierungspräsidium Magdeburg v. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, na Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, [2003] ECR I-07747.

⁸⁹ Orzeczenie C-334/0, *Komisja v. Portugalia*, § 33.

⁹⁰ J. L. Buendia Sierra, op. cit., s. 599 – 600.

kątem jego zgodności z zasadą proporcjonalności, powinno uwzględniać w pełni wszystkie okoliczności faktyczne danej sprawy w szczególności techniczne uwarunkowania świadczenia danej usługi⁹¹. Postęp technologiczny wpływa bowiem nie tylko na zmianę samego sposobu i metod dostarczania usługi będącej przedmiotem zobowiązania, ale także na strukturę kosztów związanych z tą działalnością⁹². W związku z tym rozwiązania organizacji rynku usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, wykorzystujące przepis art. 106 ust. 2 TFUE z biegiem czasu mogą zostać uznane za nieproporcjonalne wobec celu, któremu służą.

Uwagi końcowe – brak jednolitej wykładni

Zasada proporcjonalności odgrywa niewątpliwie dużą rolę podczas wykładni art. 106 TFUE i organizacji warunków świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości nie pozwała jednak na wskazanie jednolitej linii orzeczniczej odnośnie interpretacji wyłączenia zawartego w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności. Początkowe restrykcyjne podejście zastąpione zostało elastyczną interpretacją *Corbeau* i *Almelo*, ale rygorystyczne podejście powróciło w orzeczeniu w sprawie *Air Inter*⁹³. Brak spójnej linii orzeczniczej wynika w głównej mierze z tego, że uwarunkowania świadczenia usług użyteczności publicznej są tak różne w poszczególnych sektorach, że w każdym z nich inne narzędzia regulacyjne sprawdzają się najlepiej⁹⁴. Wobec tego ze względu na specyfikę poszczególnych sektorów, nie wydaje się możliwe wskazanie uniwersalnego modelu w jaki proporcjonalność środków zastosowanych w trybie art. 106 ust. 2 TFUE powinna być interpretowana.

⁹¹ A. Macnab (red.), *Bellamy & Child. Materials on European Community Law of Competition. 2009 Edition*, Oxford University Press 2009, s. 1327 – 1328.

⁹² Dobrym przykładem opisywanego zjawiska jest rynek usług telekomunikacyjnych. Rozwój technologii telefonii komórkowej sprawił, że zapewnienie dostępu do telefonii stacjonarnej przestało być priorytetem regulatora. Zjawisko to daje się zaobserwować również w związku z postępowaniem w dziedzinie mobilnego Internetu. Cel, którym jest zapewnienie dostępu do środków komunikacji, w przypadku obszarów peryferyjnie położonych staje się łatwiejszy do realizacji i nie wymaga już zastosowania działań regulacyjnych stanowiących daleko idącą ingerencję w rynek. Por. Gallup Europe, Report: "The situation of telecommunications services in the regions of the European Union", April 2000.

⁹³ J. Maillo, *Article 86 EC. Services of General Interest and EC Competition Law*, w: G. Amato, C-D, Ehlermann, A. Komninos (red.), *EC Competition Law: A Critical Assessment*, Hart Publishing 2007, s. 700 – 702.

⁹⁴ Por. także G. Davies, *Article 86 EC, the EC's Economic approach to Competition Law, and the General Interest*, w: *European Competition Journal*, Vol. 5, no. 2, August 2009, s. 549 – 584.

DEROGATION OF COMPETITION RULES FOR UNDERTAKINGS ENTRUSTED WITH THE OPERATION OF SERVICES OF GENERAL ECONOMIC INTEREST AND THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY

The model of regulatory framework for Services of General Economic Interest (SGEI) is a pivotal point in a Europe-wide political and legal debate of liberalisation *versus* welfare interests. The principle of proportionality is well-established as *acquis communautaire*. It requires each measure taken by the EU legislator to be based on a fair assessment and balancing of interests, as well as on a reasonable choice of means.

Article 106 (2) TFEU allows the Member States to exclude certain services from the scope of the Treaty Rules. It could be perceived as a shield for public service against demands of highly competitive, liberalised market. On the other hand all decisions of Member States excluding public service provides from competition rules are subject of review for their compliance with the general principles. So the key question is whether a measure is necessary to achieve legitimate goals of general interest or whether it goes further than that. In the field of Article 106 (2) TFEU the European Court of Justice developed extensive and inconsistent case law. From very restrictive approach allowing only these measures which have been indispensable to achieve SGEI goals to a more flexible interpretation in more recent cases.

This paper provides an overview of an interplay between the principle of proportionality and the policy-based measures to create preferential conditions for SGEI operators.