Jakub Kociubiński
Uniwersytet Wrocławski

Stosowanie *Pakietu Altmark (I i II)* wobec pomocy udzielanej przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym

1. Wprowadzenie

Zagadnienie związane z finansowaniem usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym znajduje się w centralnym punkcie debaty nad kształtem europejskiego modelu usług publicznych[1]. Ze względu na delikatną naturę problemu, w którym ujawniają się sprzeczne interesy państw członkowskich – wolna konkurencja *versus* cele społeczne – nie zdołano wypracować ogólnoeuropejskiego modelu finansowania tych usług, jednak kolejne sektory ulegają stopniowej harmonizacji[2]. Przez wiele lat utrzymywał się stan niepewności odnośnie do tego, kiedy publiczne środki przeznaczane na finansowanie operatorów usług w ogólnym interesie gospodarczym stanowić będą pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE), a kiedy korzystać będą z wyłączenia (klauzuli ucieczki) przewidzianego w art. 106 ust. 2 TFUE[3].

---

1 Na temat pojęcia „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym" por. J. Kociubiński, *Pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w prawie konkurencji UE*, [w:] „Europejski Przegląd Sądowy", 8/2011, s. 4-11; oraz J. Kociubiński, *Artykuł 14* [w:] A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej – Komentarz*, Tom I, LEX Wolters Kluwer business 2012; U. Neergaard, *Services of General Economic Interest: The Nature of the Beast*, [w:] M. Krajewski, U. Neergaard, J. Van de Gronden (red.), *The Changing Legal Framework for Services of General Economic Interest in Europe. Between Competition and Solidarity*, T.M.C. Asser Press 2009, s. 17-50

2 E. Szyszczak, *Financing Services of General Economic Interest*, [w:] „The Modern Law Review", Vol. 67, no. 6, November 2004, s. 983.

3 Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE z 30.03.2010, C 83/47. Wszystkie cytaty TFUE w dalszej części pracy z tego samego źródła.

Problem, który istniał w związku ze stosowaniem art. 106 ust. 2 TFUE w bardzo celny sposób podsumowali L. Hancher i P. Larouche, którzy stwierdzili, że podstawową kwestią jest dokonanie rozróżnienia między regułą a wyjątkiem[4]. Status prawny danego środka pomocowego ma bowiem wpływ na warunki jego dopuszczalności, zasady przyznawana etc. Pomoc publiczna podlega notyfikacji, kontroli i zatwierdzeniu przez Komisję Europejską w trybie art. 108 ust. 3 TFUE. Nadzór KE ma więc charakter *ex ante*. Środki stanowiące tzw. rekompensatę z tytułu świadczenia usługi publicznej, czyli dopuszczalne w ramach wyłączenia zawartego w art. 106 ust. 2 TFUE nie wymagają notyfikacji, a ich kontrola ma charakter *ex post*, stąd też państwa członkowskie mają większą swobodę w stosowaniu działań pomocowych, wykorzystując ten przepis. Przełom nastąpił, kiedy Trybunał Sprawiedliwości (ETS) wydał orzeczenie w sprawie *Altmark*, w którym wskazał na przesłanki, których kumulatywne wypełnienie pozwoli wyłączyć dany środek państwowy spod reżimu prawa pomocy publicznej[5].

2. Zakres *Pakietu Altmark I i II*

Następstwem orzeczenia było wydanie przez Komisję Europejską tzw. *Pakietu Altmark I* kodyfikującego i precyzującego zasady finansowego wsparcia operatorów usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[6]. W grudniu 2011 pierwotny pakiet

---

4 L. Hancher, P. Larouche*, The Coming of Age of EU Regulation of Network Industries and Services of General Economic Interest*, [w:] P. Craig, G. de Búrca (red), *The Evolution of EU Law. Second Edition.* Oxford University Press 2011, s. 765.

5 Orzeczenie C-280/00, *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg p. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, [2003] ECR I-7747. Szerzej por. J. Kociubiński, *Services of General Economic Interest – Towards European Concept of Public Services*, [w:] "Wroclaw Review of Law, Administration & Economics", Vol. 1, no. 2 (2011), s. 49 – 64, w szczególności s. 58 – 63.

6 W skład pierwszego pakietu wchodziły: Decyzja Komisji 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 (notyfikowana jako dokument nr C(2005) 2673), Dz.Urz. UE z 29.11.2005, L 312/67 (dalej: decyzja w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 TWE); Wspólnotowe ramy dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, Dz.Urz. UE z 29.11.2005, C 297/4 (dalej: Wspólnotowe ramy) oraz Dyrektywa Komisji 2005/81/WE z dnia 28 listopada 2005 r. zmieniająca dyrektywę 80/723/EWG w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między Państwami Członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi oraz w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE z 29.11.2005 L 312/47. Zastąpiona później przez dyrektywę Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w spra-

uległ zmianie w ramach reformy, której zasadniczym celem było dostarczenie państwom członkowskim zestawu prostszych, jaśniejszych i bardziej elastycznych przepisów pozwalających w bardziej efektywny sposób finansować działających na ich terenie operatorów usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

W skład *Pakietu Altmark II* wchodzą następujące akty: decyzja w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[7]; Zasady ramowe Unii Europejskiej dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych[8] oraz Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[9].

Będąca następstwem rozstrzygnięcia sprawy *Altmark* decyzja w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE określa warunki zgodności z rynkiem wewnętrznym pomocy przyznawanej przez państwo w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, która w związku z tym nie podlega notyfikacji w trybie art. 108 ust. 3 TFUE[10]. *Raison d'être* decyzji było wyłączenie niewielkich rekompensat dla przedsiębiorstw, których skala działania nie jest w stanie wpłynąć w żaden sposób na rozwój handlu między państwami członkowskimi i konkurencję w sposób sprzeczny z interesem Unii spod reżimu prawnego pomocy publicznej.

---

wie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz.Urz. UE z 17.11.2006, L 318/17.

7 Decyzja Komisji z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz. Urz. UE z 11.01.2012, L 7/3 (dalej: decyzja w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE).

8 Komunikat Komisji Zasady ramowe Unii Europejskiej dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, Dz. Urz. UE z 11.01.2012, C 8/15 (dalej: zasady ramowe).

9 Komunikat Komisji w sprawie stosowania reguł Unii Europejskiej w dziedzinie pomocy państwa w odniesieniu do rekompensaty z tytułu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym, Dz. Urz. UE z 11.01.2012, C 8/4 (dalej: Komunikat z 2011).

10 Art. 2 decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

Zdaniem D. Grespana takie rozwiązanie służy zmniejszeniu administracyjnych wymogów nakładanych na państwa podczas organizacji rynku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, jak i oferuje wyższy poziom pewności prawnej odnośnie do kompatybilności publicznego wsparcia dla operatorów tych usług z Traktatami[11]. Oczywiście władze publiczne mogą wciąż zgłaszać Komisji dowolny program pomocowy, nawet jeśli mieści się on w podmiotowym i przedmiotowym zakresie decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE[12].

Omawiana decyzja weszła w życie z dniem 31 stycznia 2012 roku[13]. Komisja Europejska stosować będzie zasady zawarte w nowym *Pakiecie Altmark* od momentu jego publikacji w dzienniku urzędowym, także do tych projektów pomocowych, które zostały notyfikowane wcześniej[14]. W przypadku środków pomocowych uznanych za zgodne z rynkiem wewnętrznym w ramach wcześniejszej decyzji w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 TFUE pozostają one zgodne z rynkiem wewnętrznym i zwolnione z wymogu zgłoszenia na kolejny okres dwóch lat[15]. Natomiast w przypadku pomocy, która nie spełnia kryteriów dopuszczalności w ramach wcześniejszego pakietu, a spełnia warunki sformułowane w jego nowszej wersji, jest zgodna z rynkiem wewnętrznym i zwolniona z wymogu uprzedniego zgłoszenia[16].

Jest to złagodzenie podejścia w stosunku do postanowień pierwszego pakietu. Pierwotnie bowiem państwowe wsparcie finansowe dla operatorów świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, które zostało uznane za nienależnie przyznaną pomoc publiczną przed uchwaleniem decyzji, nie ulegało legalizacji z chwilą jej wejścia w życie[17]. Zgodnie z linią orzeczniczą sformułowaną w sprawach *SFEI* i *Transalpine* sądy krajowe nakazać mogą ich zwrot wraz z odsetkami za okres ich nielegalnego przy-

---

11 D. Grespan, *Services of General Economic Interest*, [w:] W. Mederer, N. Pesaresi, M. Van Hoof (red.), *EU Competition Law. Volume IV. State Aid. Book Two*, Claeys & Casteels 2008, s. 1129.

12 Por. art. 3 decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

13 Art. 12 decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

14 Zasady Ramowe, pkt 5 (67, 68, 69).

15 Art. 10 lit. a decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

16 Art. 10 lit. b decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

17 D. Grespan, *Services of General…*, *op. cit*., s. 1129-1130.

znawania[18]. Rodzić to mogło potencjalnie poważne konsekwencje finansowe dla podmiotów, które otrzymywały taką pomoc[19].

Ze względu jednak na poprzedzający orzeczenie w sprawie *Altmark* stan niepewności odnośnie do prawnego statusu pomocy przyznawanej na pokrycie kosztów świadczenia usług w interesie gospodarczym Komisja stała na stanowisku, że sądy krajowe nie powinny jednak decydować się na tak daleko idący krok, co zostało wyrażone w decyzji w sprawie *Poste Italiane*[20]. Trzeba bowiem, na co zwrócił uwagę D. Grespan, mieć na względzie, że władze publiczne dążą do tego, żeby świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym było niezakłócone, dlatego KE musi uwzględniać skutki (np. ogłoszenie upadłości i zaprzestanie działania), które wywołać może konieczność zwrotu przez operatora tych usług funduszy, które uznane zostały za niesłusznie przyznaną pomoc publiczną[21]. Wobec powyższego postanowienia *Pakietu Altmark II* ocenić należy pozytywnie w kontekście wzrostu pewności prawnej.

Art. 2 decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE zawiera podmiotowy zakres obowiązywania aktu. Warto zwrócić uwagę, że decyzja znajdzie także zastosowanie wobec przedsiębiorstw zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym otrzymujących rekompensatę z tego tytułu o wysokości nieprzekraczającej piętnastu milionów euro w skali roku w dziedzinach innych niż transport i infrastruktura transportowa[22]. Szpitale świadczące opiekę medyczną, w tym w stosownych przypadkach usługi ratownictwa medycznego; świadczenie usług pomocniczych związanych bezpośrednio z główną działalnością, zwłaszcza w zakresie badań naukowych, które otrzymują rekompensatę z tytułu świadczenia usług publicznych, jak również działające w zakresie opieki zdrowotnej i opieki długoterminowej, opieki nad dziećmi, dostępu do i reintegracji

---

18 Orzeczenia C-39/94, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) i inni p. La Poste i innym*, [1996] ECR I-3547 i C-368/04, *Transalpine Ölleitung in Österreich GmbH i inni p. Finanzlandesdirektion für Tirol i innym*, [2006] ECR I-9957.

19 D. Grespan, *Services of General…*, *op. cit*., s. 1129-1130.

20 Decyzja z 26.09.2006, NN 51/2006, Poste Italiane SpA – State compensation for universal postal service obligations 2000–2005, Dz.Urz. UE z 30.11.2006, C 291/17.

21 D. Grespan, *Services of General…*, *op. cit*., s. 1129-1130.

22 Jeśli wysokość rekompensaty zmienia się w okresie powierzenia, kwotę roczną oblicza się jako średnią rocznych kwot rekompensaty przewidywanych w okresie powierzenia.

na rynku pracy, mieszkalnictwa socjalnego, opieki nad słabszymi grupami społecznymi oraz włączenia społecznego tych grup, leżą w zakresie podmiotowym decyzji[23].

W tym kontekście odnotować należy, na co wskazują A. Cygan, M. Krajewski i M. Farley, że w dziedzinie służby zdrowia i spraw socjalnych precyzyjne wyznaczenie granicy między kompetencjami państwa a Unii Europejskiej jest kłopotliwe[24]. Stąd nie jest do końca pewne, czy państwowe środki przeznaczane na wsparcie podmiotów operujących na tych rynkach w ogóle oceniane mogą być pod kątem ich zgodności z Traktatami i prawem wtórnym[25].

A. Bartosch ma wątpliwości, czy podmiot zajmujący się mieszkalnictwem socjalnym wypełni przesłanki pozwalające uznać go za przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa UE dlatego, że nie jest jasne, czy jego działalność może zostać uznana za mającą charakter gospodarczy[26]. Warunkiem *sine qua non* bycia uznanym za przedsiębiorstwo i w ten sposób bycia podmiotem unijnego prawa pomocy publicznej i konkurencji jest prowadzenie działalności gospodarczej[27]. Jak wskazali P. Nicolaides, M. Kekelekis i M. Kleis działalność nie będzie gospodarcza, kiedy nie ma rynku dla porównywalnych produktów, ponieważ uczestnictwo w nim nie jest dobrowolne lub nie ma dobrowolności transakcji na nim lub kiedy dany obszar działalności jest zastrzeżony dla władz publicznych[28]. Wobec powyższego wygląda, że mieszkalnictwo socjalne nie będzie miało wymaganego

---

23 Art. 2 ust. 1 lit. b i c decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

24 A. Cygan, *Public Healthcare in the European Union: Still a Service of General Interest?*, [w:] „International and Comparative Law Quarterly", Vol. 57, no. 3, July 2008, s. 529-560 i M. Krajewski, M. Farley, *Limited Competition in National Health Systems and the Application of Competition Law: the „AOK Bundesverband" Case*, [w:] „European Law Review", Vol. 29, no. 6, December 2004, s. 842-851.

25 Por. także S.L. Greer, *Choosing Paths in European Union Health Services Policy: A Political Analysis of a Critical Juncture*, [w:] „Journal of European Social Policy", Vol. 18, no. 3, August 2008, s. 225-228.

26 A. Bartosh, *Social Housing and European State Aid Controls*, [w:] „European Competition Law Review", Vol. 28, no. 10, October 2007, s. 364.

27 Por. orzeczenie C-41/90, *Klaus Höfner i Fritz Elser p. Macrotron GmbH*, [1991] ECR I-1979. Szerzej por. M. Herrman, F. J. Säcker, *The Concept of Undertaking*, [w:] G. Hirsh, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law: European Community. Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, Sweet & Maxwell 2008, s. 407-433.

28 P. Nicolaides, M. Kekelekis, M. Kleis, *State Aid Policy in the European Community: Principles and Practice*, Kluwer Law International 2008.

charakteru gospodarczego. Ponadto nie jest do końca jasne, jakie obszary aktywności obejmuje pojęcie „mieszkalnictwo socjalne”[29].

Dodatkowo w zakres podmiotowy decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE wchodzą operatorzy zajmujący się utrzymywaniem połączeń morskich i powietrznych z wyspami, jeśli na trasach tych w okresie dwóch lat przed powierzeniem zobowiązania do świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym roczne natężenie ruchu pasażerów nie przekroczyło trzysta tysięcy osób[30].

Również przedsiębiorstwa zarządzające portami lotniczymi i morskimi, jeśli w okresie dwóch lat poprzedzających nałożenie na nie zobowiązania do świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym, natężenie ruchu nie przekraczało w nich odpowiednio dwieście i trzysta tysięcy wchodzą w zakres podmiotowy decyzji[31].

Zasady ramowe precyzują, w jaki sposób Komisja Europejska oceniać będzie zgodność z prawem UE działań państwowych wspierających operatorów usług w ogólnym interesie gospodarczym, których nie obejmuje decyzja w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE. Zasadniczo kryteria sformułowane w obydwu tych aktach odzwierciedlają stan istniejącego orzecznictwa, ale Zasady ramowe zawierają także dodatkowe postanowienia odnośnie do stałego monitorowania wysokości rekompensaty pod kątem jej kompatybilności z przepisem art. 106 ust. 2 TFUE.

Zasady ramowe mają formę komunikatu Komisji i w związku z tym formalnie nie stanowią prawnie wiążącego źródła prawa UE. W żadnym wypadku nie oznacza to jednak, że są pozbawione znaczenia[32]. Wydawane przez Komisję akty mające charakter *soft law*, a Zasady ramowe należą do tej kategorii, wyrażają stanowisko KE dotyczące określonej kwestii prawnej i stanowią samozobowiązanie, że wiążące przepisy prawa będą interpretowane i stosowane w określony w komunikacie sposób[33].

---

29 Por. decyzja z 07.03.2007, Pomoc państwowa N 798/2006 – Królestwo Szwecji (*Support for construction of special housing for elderly people*), Dz.Urz. UE z 14.06.2006, C 139 [summary notice], gdzie Komisja uznała pomoc za dopuszczalną na podstawie art. 107 ust. 3 lit. c TFUE, w ogóle nie odwołując się do kryteriów przewidzianych w *Pakiecie Altmark* (w art. 2 ust. 1 lit. b decyzji w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 TWE).

30 Art. 2 ust. 1 lit. d decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

31 Art. 2 ust. 1 lit. e decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE.

32 Szerzej por. J. Klabbers, *Informal Instruments before the European Court of Justice*, [w:] „Common Market Law Review”, Vol. 31, no. 5, October 1994, s. 997 i n.; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe. Zagadnienia teorii i praktyki. Tom I*, C. H. Beck 2000, s. 521 i n.

33 Por. orzeczenia T-214/95, *Het Vlaamse Gewest (Flemish Region) p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [1998] ECR II-717, pkt. 79 i T-187/99, *Agrana Zucker i Stärke AG p. Komisji Wspól-*

Przedmiotowy zakres obowiązywania *Pakietu Altmark II* wyznaczany jest zawartą w motywach zarówno do decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE, jak i zasad ramowych deklaracją, że stosowanie ich odbywać się będzie bez uszczerbku dla obowiązujących przepisów w dziedzinie zamówień publicznych i konkurencji, w szczególności art. 101 i 102 TFUE[34]. Także szczególne przepisy sektorowe ograniczają zakres podmiotowy pakietu. Wspólnotowe ramy i decyzja w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE nie znajdują zastosowania do sektora transportu, który objęty jest szczególnym traktatowym reżimem pomocy przewidzianym w art. 93 TFUE[35]. Także sektor publicznego nadawania leży poza zakresem przedmiotowym pakietu[36].

Deklarowanym przez Komisję celem pakietu jest wyjaśnienie, kiedy, jej zdaniem, państwowe środki wykorzystywane do finansowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym dopuszczalne będą w ramach derogacji zawartej w przepisie art. 106 ust. 2 TFUE[37]. W tym kontekście H.W. Micklitz wskazuje, że państwa członkowskie co do zasady zmuszone są przyjąć, że reguły konkurencji znajdują zastosowanie wobec regulacji usług należących do opisywanej kategorii, ale dysponują jednocześnie osłoną umożliwiającą subsydiowanie operatorów świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym, jeżeli tylko kryteria *Altmark* zostaną spełnione[38]. Konieczne

not Europejskich, [2001] ECR II-1587, pkt. 56. Szerzej na ten temat por. O. A. Ştefan, *European Competition Soft Law in European Courts: A Matter of Hard Principles*, [w:] „European Law Journal", Vol. 14, no 6, November 2008, s. 753-772.

34 decyzji w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 TFUE, motyw 28-29 i Zasady ramowe, motyw 10.

35 Na ten temat por. D. Grespan, *A Busy Year for State Aid Control in the Field of Public Service Broadcasting. What is a Normat Market Transaction?*, [w:] „European State Aid Law Quarterly", 1/2010, s. 79-98; F. Mortensen, *Altmark, Article 86(2) and Public Service Broadcasting*, [w:] „European State Aid Law Quarterly", Vol. 7, no. 2, 2008, s. 239-249.

36 Por. Komunikat Komisji w sprawie udzielania pomocy państwa dla radiofonii i telewizji publicznej (2001/C 320/04), Dz.Urz. UE z 15.11.2001, C 320/5, oraz późniejszy Komunikat Komisji w sprawie stosowania zasad pomocy państwa wobec radiofonii i telewizji publicznej, Dz.Urz. UE z 27.10.2009, C 257/1, gdzie Komisja sformułowała trzy przesłanki, których wypełnienie umożliwi zastosowanie art. 106 ust. 2 TFUE wobec finansowania aktywności opisywanych w komunikacie. Po pierwsze musi istnieć precyzyjnie zdefinioniowana usługa świadczona w ogólnym interesie gospodarczym. Po drugie, przedsiębiorstwo musi być w wyraźnie zobowiązane do świadczenia tej usługi. Po trzecie, zakres wyłączenia musi być proporcjonalny do zamierzonych celów.

37 Zasady ramowe, motyw 7.

38 H.W. Micklitz, *Universal Services: Nucleus for a Social European Private Law*, [w:] M. Cremona (red.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford University Press 2011, s. 69.

jest kumulatywne wypełnienie przesłanek *Altmark*[39]. Praktyczne ich zastosowanie jest jednak dosyć problematyczne, ponieważ, na co zwraca uwagę M. Klasse, na chwilę obecną brak jest wystarczającej ilości orzeczeń aplikujących te przesłanki[40].

3. Wymóg precyzyjnego określenia zobowiązania do świadczenia usługi publicznej

Pierwszym z warunków, który wymienił Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Altmark*, a który został powtórzony później przez Sąd Pierwszej Instancji (SPI obecny Sąd) w orzeczeniu w sprawie *BUPA*, jest konieczność jasnego określenia zobowiązania do świadczenia usługi użyteczności publicznej (*clearly defined public service obligations*)[41]. Zobowiązanie takie wynikać musi z prawa (aktu) państwa członkowskiego i musi zostać „powierzone" (*entrusted*) analogicznie, jak wynika to z przepisu art. 106 ust. 2 TFUE[42]. Nie ma przy tym znaczenia, czy powierzenie odbyło się na wniosek danego przedsiębiorstwa, czy też nie[43]. Oczywiście sam fakt, że istnieje wynikający z prawa wewnętrznego wymóg uzyskania autoryzacji (koncesji, licencji, zezwolenia etc.) do świadczenia danej usługi, nie oznacza automatycznie, że ma ona charakter użyteczności publicznej[44].

Jak wskazał bowiem SPI w sentencji orzeczenia *BUPA,* samo pojęcie „zobowiązania do świadczenia usługi publicznej" odpowiada pojęciu „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym" z art. 14 i 106 ust. 2 TFUE[45]. Analogicznie jak w przypad-

---

39 J. Steiner, L. Woods, C. Twigg-Flesner, *EU Law. Ninth Edition*, Oxford University Press 2006, s. 653.

40 M. Klasse, *Services of General Economic Interest* [w:] M. Heidenhain (red.), *European State Aid Law Handbook*, C.H. Beck, Hart, Nomos 2010, s. 517.

41 Orzeczenia C-280/00, *Altmark*, pkt 89 i T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd, BUPA Ireland Ltd p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [2005] ECR II-741, pkt 181.

42 *Ibidem*. Por. także orzeczenie w sprawach połączonych C-34/01 – C-38/01, *Enrisorse*, pkt 31 i orzeczenie C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl p. Giuseppe Calafiori,* [2006] ECR I-2641, pkt 62.

43 Orzeczenie T-17/02, *Fred Olsen SA p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [2005] ECR II-2031, pkt 188.

44 Orzeczenie T-289/03, *BUPA*, pkt 178-179 i 183.

45 *Ibidem*, pkt 162. Por. J. Kociubiński, *Pojęcie usług…*, *op. cit*., s. 4-11.

ku określania usług w ogólnym interesie gospodarczym Wspólnotowe ramy i Zasady ramowe wskazują, że państwa członkowskie mają co do zasady swobodę przypisywania usług do tej kategorii, chyba że, jak na przykład w przypadku powszechnych usług pocztowych, dany sektor został objęty szczególną regulacją sektorową[46]. Wybór kategorii usług zaliczonych przez władze publiczne do należących do tej szczególnej kategorii podlega także kontroli pod kątem rażących błędów w ocenie (*manifest error of assessment*)[47]. W szczególności, co podkreślił SPI w orzeczeniu w sprawie *NOS*, w którym podtrzymał wcześniejszą decyzję Komisji, definicja dokonana przez państwo musi być wystarczająco precyzyjna, żeby można było stwierdzić, że dana działalność zostanie objęta szczególnym reżimem prawnym w wyniku powierzenia zobowiązania do jej wykonywania[48].

Nowym elementem, będącym następstwem sprawy *Altmark*, jest wyrażone we Wspólnotowych ramach stanowisko KE zachęcające kraje członkowskie do konsultowania z nią, kiedy zamierzają zdefiniować zobowiązania z tytułu świadczenia usługi publicznej, które później mają być powierzone przedsiębiorcom[49]. Władze publiczne nie mogą bowiem arbitralnie włączać usługi do kategorii świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym tylko po to, żeby wyłączyć te sektory spod obowiązywania unijnego prawa konkurencji[50]. Zasady ramowe ponadto wskazują, że władze państw członkowskich powinny w drodze konsultacji społecznych określać zakres pożądanych działań regulacyjnych w zakresie omawianych usług w sposób umożliwiający uwzględnienie interesu odbiorców i usługodawców[51].

Dodatkowo, co doprecyzował Trybunał w orzeczeniu w sprawie *Enrisorse*, to, czy dana usługa realizuje ogólny interes gospodarczy, nie może być dorozumiane w oparciu

---

46 Zasady ramowe, pkt. 8.

47 Por. także orzeczenia T-17/02, *Fred Olsen*, pkt 216; T-289/03, *BUPA*, pkt 166 i 169; T-442/03, *SIC - Sociedade Independente de Comunicação, SA p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [2008] ECR II-1161, pkt 195.

48 Decyzja 2008/136/WE: Decyzja Komisji z dnia 22 czerwca 2006 r. w sprawie finansowania ad hoc holenderskich nadawców wypełniających misję służby publicznej C 2/2004, Dz.Urz. UE z 22.02.2008, L 49/1, pkt 118 oraz orzeczenie w sprawach połączonych T-231/06 i T-237/06, *Królestwo Niderlandów (T-231/06) i Nederlandse Omroep Stichting (NOS) (T-237/06) p. Komisji Europejskiej*, [2010] ECR 00.

49 Wspólnotowe ramy, pkt 10 (2.2).

50 Orzeczenie T-289/03, *BUPA*, pkt 168.

51 Zasady ramowe, pkt 14.

o jej charakterystykę[52]. Stanowisko to znajduje uzupełnienie w opinii Rzecznika Generalnego N. Fennelly'ego do wcześniejszej sprawy *Republika Francuska p. Komisji Wspólnot Europejskich,* gdzie wskazał, że misja świadczenia usług użyteczności publicznej musi mieć charakter „zewnętrzny" wobec zobowiązanego przedsiębiorstwa w tym sensie, że nie może leżeć bezpośrednio w jego interesie, na przykład służyć poprawie stosunków pracowniczych[53]. Sama istota zobowiązania do świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym, co stwierdził SPI w orzeczeniu w sprawie *Danske Busvognmænd*, oznacza, że obciążenia nałożone z jego tytułu przekraczają zwykłe obowiązki wynikające z regulujących rynek przepisów czy porozumień zbiorowych[54], dlatego że samo istnienie pewnych wynikających z przepisów prawa wewnętrznego obciążeń po stronie przedsiębiorcy nie przesądza, że wynikają one z faktu powierzenia zobowiązana do świadczenia usługi użyteczności publicznej[55]. Może oczywiście być przesłanką podczas analizy, czy zobowiązanie takie występuje, ale nie decydującą[56].

Ze względu na kazuistyczny charakter samej koncepcji usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym i jej poszczególnych elementów nie jest oczywiście możliwe wskazanie pełnego katalogu tych usług i w związku z tym stworzenie wyczerpującej listy „zobowiązań do świadczenia usług użyteczności publicznej", które kompatybilne są z wymogami wskazanymi w orzeczeniu *Altmark*[57]. W oparciu o orzecznictwo ETS i decyzje Komisji Europejskiej można jednak stworzyć listę przykładową, która jednak w żadnym wypadku nie pretenduje do bycia wyliczeniem kompletnym. W decyzji w sprawie *Slovenian Green electricty scheme* KE uznała zadanie polegające na zapewnieniu ciągłych (stabilnych) dostaw energii elektrycznej za odpowiadające wymogom

---

52 Orzeczenie w połączonych sprawach C-34/01 do *Enirisorse SpA p. Ministero delle Finanze*, [2003] ECR I-14243, pkt. 33-34.

53 M. Szydło, *Pomoc państwa ...*, *op. cit*., s. 33. Por. także opinia Rzecznika Generalnego Niala Fennelly'ego do sprawy C-251/97, *Republika Francuska p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [1999] ECR I-6639, pkt 20.

54 Orzeczenie T-157/01, *Danske Busvognmænd p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [2004] ECR II-917.

55 2008/708/WE: Decyzja Komisji z dnia 23 października 2007 r. w sprawie pomocy państwa C 34/06 (ex N 29/05 i ex CP 13/04), jaką Republika Federalna Niemiec zamierza przyznać na wprowadzenie naziemnej telewizji cyfrowej (DVB-T) w Nadrenii Północnej-Westfalii, Dz. Urz. UE z 03.09.2008, L 236/10, pkt 98-99.

56 Orzeczenie T-289/03, *BUPA*, pkt 179.

57 C. Quigley, *op. cit*., s. 161-163.

jasnego i precyzyjnego zdefiniowania misji użyteczności publicznej[58]. Do podobnej konkluzji doszedł Trybunał Sprawiedliwości w sprawie *Calafiori*, gdzie przedmiotem analizy były usługi doradztwa podatkowego (*tax assistance services*)[59]. W przywoływanej już wielokrotnie sprawie *Ferring* ETS za spełniające powyższe przesłanki uznał zobowiązanie hurtowni medycznych do utrzymywania stałego zapasu określonych kategorii produktów, a w sprawie *ADBHU* obowiązek gromadzenia i utylizacji smarów, natomiast w przełomowej sprawa *Altmark* organizacje publicznego transportu regionalnego[60]. Natomiast Sąd Pierwszej Instancji za spełniające warunki precyzyjnego zdefiniowania zobowiązania do świadczenia usługi użyteczności publicznej w sprawie *BUPA* uznał świadczenie prywatnych zdrowotnych usług ubezpieczeniowych[61].

4. Standardy obliczania rekompensaty

Drugim z wymogów, których wypełnienie konieczne jest do wyłączenia danego środka spod reżimu pomocy publicznej, jest określenie wysokości rekompensaty w sposób przejrzysty w oparciu o obiektywne parametry[62]. Operacja ta dokonana musi być przed wyborem podmiotu, któremu powierzone zostanie zobowiązanie do świadczenia usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[63]. Oczywiście nie oznacza to, że *ex ante* ustalona musi być sama wysokość rekompensaty, ale jedynie parametry, na podstawie których zostanie ona później ustalona[64]. *Raison d'être* tego wymogu jest zapobieżenie sytuacji, w której przedsiębiorstwo zobowiązane dzięki wsparciu państwo-

---

58 2007/580/WE: Decyzja Komisji z dnia 24 kwietnia 2007 r. w sprawie programu pomocy państwa, realizowanego przez Słowenię w oparciu o krajowe ustawodawstwo dotyczące kwalifikowanych producentów energii elektrycznej, sprawa nr C 7/2005, Dz.Urz. UE z 24.08.2007, L 219/9, pkt 102-103.

59 Orzeczenie C-451/03, *Calafiori*.

60 Orzeczenia 240/83, *ADBHU*; C-53/00, *Ferring SA p. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*, [2001] ECR I-9067; C-280/00, *Altmark*.

61 Orzeczenie T-289/03, *BUPA*.

62 M. Szydło, *Pomoc państwa wspierająca świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym w świetle najnowszego orzecznictwa wspólnotowego*, [w:] „Europejski Przegląd Sądowy", 2/2006, s. 38.

63 *Ibidem*. Por. European Commission: XXXIIIrd Report on Competition Policy 2003, Brussels-Luxembourg 2004.

64 European Commission: *XXXIIIrd Report*…, *op. cit*.

wemu uzyska przewagę nad swoimi konkurentami, co stanowi nadużycie samej idei usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[65]. W orzeczeniach w sprawach *Enrisorse* i *Danske Busvognmænd* Trybunał i SPI wskazały, że warunek ten nie zostanie wypełniony, jeśli władze publiczne nie poinformują, co dokładnie obejmuje dana usługa użyteczności publicznej, jakie koszty towarzyszą jej świadczeniu i na jakiej podstawie wysokość rekompensaty została wyliczona[66].

5. Dostosowanie rekompensaty do kosztów świadczenia usługi

Państwowy regulator, określając wysokość rekompensaty z tytułu świadczenia usługi publicznej, nie może dopuścić, żeby przekroczyła ona poziom niezbędny do pokrycia kosztów danej usługi determinowany w oparciu o koszty operatora dostępne w ramach przejrzystości finansowej (księgowej) i przy uwzględnieniu jego rozsądnego zysku[67]. Jest to istotne dlatego, że w sprawie *Republika Francuska p. Komisji Wspólnot Europejskich* ETS doszedł to wniosku, iż niepoparte dowodami w postaci sprawozdań finansowych twierdzenie, że środki publiczne przeznaczane są na pokrycie kosztów związanych ze świadczeniem usługi użyteczności publicznej jest niewystarczające[68].

Komisja Europejska w decyzji *North Rhine-Westphalia DTT* jednoznacznie odrzuciła argument, że warunek dokumentacji ponoszonych kosztów konieczny jest do wypełnienia tylko w przypadku, kiedy przychody i wydatki związane wyłącznie z dostarczaniem usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym mogą być wyodrębnione spośród innych kosztów i zysków danego operatora[69]. Rozstrzygając

---

65 Orzeczenia C-280/00, *Altmark* , pkt 90 i T-289/03, *BUPA*, pkt 214.

66 Orzeczenia 38/81, *Effer SpA p. Hans-Joachim Kantner*, [1982] ECR 825, pkt 37 i T-157/01, *Danske Busvognmænd*, pkt 98.

67 Orzeczenie C-280/00, *Altmark*, pkt 92. Por. także D. Grespan, *op. cit*.; M. Fehling, *Problems of Cross-subsidisation*, [w:] M. Krajewski, U. Neergaard, J. Van de Gronden (red.), *op. cit*., s. 129-148.

68 Orzeczenie C-251/97*, Republika Francuska p. Komisji Wspólnot Europejskich*, pkt 44-46.

69 Decyzja 2008/708/WE: Decyzja Komisji z dnia 23 października 2007 r. w sprawie pomocy państwa C 34/06 (ex N 29/05 i ex CP 13/04), jaką Republika Federalna Niemiec zamierza przyznać na wprowadzenie naziemnej telewizji cyfrowej (DVB-T) w Nadrenii Północnej-Westfalii (*North Rhine-Westphalia DTT*), Dz.Urz. UE z 03.09.2008, L 236/10, pkt 98-99, także orzeczenie C-280/00, *Altmark*.

sprawę *Laboratoires Boiron,* Trybunał Sprawiedliwości zetknął się z praktyczną implikacją obowiązku dokumentacji danych księgowych[70]. W przypadku, kiedy przed sądem krajowym toczy się postępowanie w związku z podejrzeniem, że operator usług użyteczności publicznej otrzymuje nielegalną pomoc publiczną, jest oczywiste, że konkurent, który skierował sprawę do sądu, nie posiada informacji pozwalających w sposób ostateczny zweryfikować zasadność swoich argumentów. Dlatego sąd krajowy zażądać może od podmiotu zobowiązanego do świadczenia danych usług w ogólnym interesie gospodarczym przedstawienia stosownych zestawień finansowych pozwalających określić, czy rzeczywiście nienależnie otrzymuje pomoc publiczną[71].

6. Zasady wyboru operatora usług w ogólnym interesie gospodarczym

Optymalną metodą wyboru operatora, któremu powierzone zostanie zobowiązanie do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym jest zastosowanie instrumentów przewidzianych w unijnym prawie zamówień publicznych. Pozwoli to wyłonić przedsiębiorstwo, które będzie w stanie wypełniać zobowiązania na najkorzystniejszych warunkach cenowych[72]. Oczywiście należy także mieć świadomość, że oprócz ceny także inne kryteria ofert brane są pod uwagę (parametry techniczne, funkcjonalność etc.)[73]. W związku z tym „najkorzystniejsza" oferta nie zawsze oznaczać będzie tę najtańszą[74]. Jak jednak wskazał Rzecznik Generalny P. Léger w cytowanej już opinii do sprawy *Altmark*, nałożenie na państwa członkowskie obowiązku stosowania tej formy wyboru ope-

---

70 Orzeczenie C-526/04, *Laboratoires Boiron SA p. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales de Lyon (Urssaf), która wstąpiła w prawa i obowiązki Agence Central des Organismes de Sécurité Sociale (ACOSS)*, [2006] ECR I-7529.

71 *Ibidem*, pkt 53-55.

72 Por. decyzja Pomoc państwowa – N 475/2003 – Republika Irlandii (*Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply*), Dz.Urz. UE z 07.02.2004, C 34 [summary notice].

73 K. Strzyczkowski, *op. cit*., s. 488.

74 A. Nykiel-Mateo, *Pomoc państwa a ogóne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*, Wolters Kluwer business 2009, s. 71. Por. także A. Górczyńska, *Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych*, [w:] M. Królikowska-Olczak (red.), *Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki*, Wydawnictwo Difin 2005, s. 29 i n.; M. Szydło, *Pomoc państwa…*, *op. cit*., s. 40.

ratora byłoby nieproporcjonalne. Także Trybunał Sprawiedliwości w rozstrzygnięciu sprawy *Olsen* wyraził pogląd, że z brzmienia art. 106 ust. 2 TFUE (ani orzecznictwa) nie wynika, że powierzenie musi odbyć się w drodze przewidzianej w prawie zamówień publicznych[75]. Oczywiście, jak słusznie wskazują S. Santamato i N. Pesaresi, należy mieć świadomość, że nawet zastosowanie zamówień publicznych nie oznacza automatycznie, że poziom rekompensaty nie będzie zawyżony w stosunku do rzeczywistych kosztów świadczenia objętej zobowiązaniem usługi[76].

W sytuacji, kiedy prawo zamówień publicznych nie zostanie zastosowane podczas wyłaniania przedsiębiorstwa do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, poziom rekompensaty powinien być określony w oparciu o szacunkową wycenę kosztów operacji „typowego, właściwie zarządzanego i dysponującego odpowiednimi środkami przedsiębiorstwa" (*typical undertaking, well run and adequately provided with the means of performing the services*)[77].

Ścisłe stosowanie tego wymogu, jak zauważa K. Bacon, jest kłopotliwe w praktyce[78]. Komisja nie zdecydowała się na zastosowanie go w decyzji *Post Office debt payment funding*, gdzie w ogóle zabrakło określenia kosztów „typowego" przedsiębiorstwa[79], podobnie jak w decyzjach *RES* i *RTVE,* gdzie Komisja Europejska stwierdziła, że właściwie zarządzane (*well run*) przedsiębiorstwo nie powinno doprowadzić do przerostu zatrudnienia i w związku z tym żadna rekompensata nie należy się w związku z jego

---

75 Orzeczenie T-17/02, *Fred Olsen*, pkt 239.

76 S. Santamato, N. Pesaresi, *Compensation for services of general economic interest: some thoughts on the Altmark ruling*, [w:] „Competition Policy Newsletter 2004", no. 1, s. 19.

77 Orzeczenie C-280/00, *Altmark*, pkt 93.

78 K. Bacon (red.), *European Community Law of State Aid*, Oxford University Press 2009, s. 61-62. Por. na przykład decyzje z zakresu transportu drogowego 2009/973/WE: Decyzja Komisji z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie pomocy restrukturyzacyjnej dla COMBUS AS, Dz.Urz. UE z 23.12.2009, L 345/28; 2009/845/WE: Decyzja Komisji z dnia 26 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa przyznanej przez Austrię na rzecz przedsiębiorstwa Postbus w powiecie Lienz C 16/07 (ex NN 55/06), Dz.Urz. UE z 20.11.2009, L 306/26; 2009/325/WE: Decyzja Komisji z dnia 26 listopada 2008 r. w sprawie pomocy państwa C 3/08 (ex NN 102/05) – Republika Czeska dotyczącej rekompensaty z tytułu świadczenia usług użyteczności publicznej dla przedsiębiorstw autobusowych z Moraw Południowych, Dz.Urz. UE z 16.04.2009, L 97/14; 2011/3/UE: Decyzja Komisji z dnia 24 lutego 2010 r. w sprawie umów o świadczenie usług publicznych w zakresie transportu zawartych pomiędzy duńskim ministerstwem transportu a Danske Statsbaner w sprawie pomocy państwa C 41/08 (ex NN 35/08)), Dz.Urz. UE z 11.01.2011, L 7/1.

79 Decyzja Commission Decision in case N 822/2006, *Debt payment funding to Post Office Limited*, Dz.Urz. UE z 17.04.2007, C 80 [summary notice], pkt 73.

redukcją[80]. W pewnych przypadkach KE doszła do wniosku, że „typowe" przedsiębiorstwo po prostu nie istnieje w danym sektorze[81].

Poza tym, na co zwraca uwagę P. Nicolaides, określenie „typowe, właściwie zarządzane i dysponujące odpowiednimi środkami przedsiębiorstwo" jest tak nieprecyzyjne, że pozostawia ogromne pole do interpretacji, szczególnie, że głównie w sektorach sieciowych liczba operujących podmiotów jest z reguły bardzo mała, jeżeli nie ograniczona tylko do monopolisty[82]. Autor wskazuje także, że nie jest jasne, w jaki sposób koszty takiego „typowego" przedsiębiorstwa zostaną obliczone, tym bardziej, że koszty prawdziwego operatora ulegać mogą okresowym wahaniom (np. z powodu restrukturyzacji czy zmiany standardu oferowanych usług), stąd bez odpowiedzi pozostaje pytanie o długość okresu, który zostanie użyty na potrzeby określania kosztów operatora[83].

7. Orzeczenie *BUPA* – złagodzenie kryteriów *Altmark*

Wobec powyższych wątpliwości dotyczących praktycznej aplikacji przesłanki dotyczącej sposobu wyliczania rekompensaty, ścisłe podejście sformułowane oryginalnie w rozstrzygnięciu *Altmark* uległo ewolucji, złagodzeniu w orzeczeniu Sądu Pierwszej Instancji w sprawie *BUPA*[84]. Okoliczności sprawy związane są z otwarciem irlandzkiego

---

80 Decyzje Cases N 541/2004 and N 542/2004 The reform of the Dutch health care insurance system (RES), Dz.Urz. UE z 21.12.2005, C 324/28, pkt 3.4.1 i Pomoc państwowa NN 8/2007 – Królestwo Hiszpanii (*Financing of workforce reduction measures of RTVE*), Dz.Urz. UE z 15.05.2007, C 109 [summary notice], pkt 29.

81 Decyzja 2006/237/WE: Decyzja Komisji z 22 czerwca 2005 r. dotycząca subwencji przedstawionych do realizacji przez Niderlandy na rzecz AVR wykorzystywanych przy unieszkodliwianiu odpadów niebezpiecznych, Dz.Urz. UE z 23.03.2006, L 84/37, pkt 73, oraz decyzja z 23.10.2007, Pomoc państwowa, C 47/2007 – Republika Federalna Niemiec (*Public service contract between Deutsche Bahn Regio and the Länder of Berlin and Brandenburg*), Dz.Urz. UE z 08.02.2008, C 35/13. Por. także M. Stasiak, *Poproszę bilet… na koszt państwa. Pomoc państwa a rekompensata za usługi o charakterze powszechnym w transporcie drogowym*, [w:] B. Kurcz (red), *Pomoc państwa. Wybrane zagadnienia*, C.H. Beck 2009, s. 233.

82 P. Nicolaides, *Compensation for Public Service Obligations: The Floodgates of State Aid?*, [w:] „European Competition Law Review", Vol. 24, no. 11, November 2003, s. 573.

83 *Ibidem*. Por. także M. Szydło, *Pojęcie pomocy …*, *op. cit*., s. 40; L. Hancher, P. Larouche, *op. cit*., s. 763.

84 Warto odnotować, że w rozstrzygnięciu brak jest jakiegokolwiek odwołania do obecnego art. 14 TFUE. Na temat roli obecnego art. 14 TFUE 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. 22-38.

rynku prywatnych ubezpieczeń medycznych (*PMI*), które nastąpiło w połowie lat dziewięćdziesiątych XX wieku[85]. Państwowy regulator rynku (*Health Insurance Authority HIA*) „w interesie dobra wspólnego" (*in the interest of common good*) wprowadził system, który miał na celu stabilizację rynku, tzw. *Risk Equalisation Scheme* (*RES*)[86]. Celem było zapobieżenie ryzyku, że działający na rynku operatorzy ograniczą się przede wszystkim do oferowania usług niskiego ryzyka i wobec tego osoby starsze czy z problemami zdrowotnymi, a więc grupy wysokiego ryzyka, będą zmuszone do płacenia znacznie wyższych składek ubezpieczeniowych. System został zaprojektowany w ten sposób, że stworzono klasyfikację ryzyka (*community rating*). W oparciu o nią te podmioty, które oferowały ubezpieczenia o mniejszym niż standardowy, wskazany w klasyfikacji, poziomie ryzyka, zmuszone były do ponoszenia opłat na rzecz państwowego regulatora, który następnie przekazywałby te środki tym ubezpieczycielom, którzy świadczą usługi wysokiego ryzyka. W praktyce skutkowało to tym, że będący do niedawna monopolistą VHI, ze względu głównie na strukturę wiekową swoich klientów (system nie przewidywał możliwości odmowy ubezpieczenia i zerwania już raz zawartego kontraktu), otrzymywał większość środków płaconych przez konkurentów w ramach systemu wyrównywania ryzyka (*RES*)[87].

Reforma została notyfikowana Komisji w trybie art. 108 ust. 3 TFUE i zaakceptowana, bo zgodnie z argumentacją KE system wyrównywania ryzyka (*RES*) obejmuje opłaty, które stanowią konieczne minimum do zrekompensowania kosztów wynikających ze zobowiązań do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym (usług zdrowotnych wysokiego ryzyka) i w związku z tym nie stanowią pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE[88]. BUPA i BUPA Ireland, przedsiębiorstwa działające na irlandzkim rynku ubezpieczeń zdrowotnych, wystąpiły ze skargą o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji wyrażającej zgodę na ustanowienie systemu wyrównywania

---

85 Przed liberalizacją *Voluntary Health Insurance Board* (*VHI*) był jedynym dostawcą ubezpieczeń zdrowotnych.

86 Por. Health Insurance Act, 1994 (Open Enrolment) Regulations, 1996 [Statutory Instrument No. 81 of 1996]; Health Insurance Act, 1994 (Lifetime Cover) Regulations, 1996 [Statutory Instrument No. 82 of 1996]; Health Insurance Act, 1994 (Minimum Benefit) Regulations, 1996 [Statutory Instrument No. 83 of 1996].

87 Por. W. Sauter, *Case comment: Case T-289/03 BUPA*, [w:] „Common Market Law Review", Vol. 46, no. 1, 2009, s. 269-286.

88 Decyzja z 13.05.2003, Pomoc państwowa N 46/2003 – Republika Irlandii *(Irish health insurance RES)*, Dz.Urz. UE z 06.08.2003, C 186 [summary notice].

ryzyka (*RES*). Sąd Pierwszej Instancji uznał skargę za dopuszczalną, mimo że BUPA ani BUPA Ireland nie były adresatami kwestionowanej decyzji, ale dlatego, że wypełniły przesłanki sformułowane w orzeczeniu w sprawie *Extranet*, czyli istnienia szczególnej sytuacji podmiotu skarżącego, która odróżnia go od innych uczestników gry rynkowej, oraz posiadania bezpośredniego interesu w wynikającego z ponoszenia wymiernych strat w wyniku funkcjonowania mechanizmu[89].

Kształt będącego przedmiotem analizy SPI systemu organizacji ubezpieczeń medycznych w sposób oczywisty nie pozwala na wskazanie bezpośredniego związku między wysokością opłat wymaganych od dostarczycieli ubezpieczeń niskiego ryzyka a dodatkowymi kosztami ponoszonymi w wyniku oferowania ubezpieczeń wysokiego ryzyka. Ponadto mechanizm nie uwzględnia żadnego porównania i odniesienia się do kosztów, które ponosiłoby „typowe, efektywne przedsiębiorstwo" w danej branży. W tym więc względzie przesłanki sformułowane w orzeczeniu w sprawie *Altmark* nie zostały wypełnione[90]. A jednak Sąd Pierwszej Instancji uznał, że kwestionowany system satysfakcjonuje wymogi testu *Altmark* i w związku z tym przekazywane operatorom ubezpieczeń wysokiego ryzyka środki nie stanowią pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE[91].

Sąd Pierwszej Instancji w sentencji orzeczenia przyznał, że kwestionowany system wyrównywania ryzyka (*RES*) rzeczywiście nie w pełni odpowiada trzeciemu kryterium *Altmark* (zasadom obliczania rekompensaty), ale uznał, że odpowiada jego „duchowi i przeznaczeniu" (*spirit and purpose of that condition*)[92]. W odniesieniu do czwartego wymogu sformułowanego w orzeczeniu *Altmark*, czyli konieczności ustalenia kosztów świadczenia danej usługi i porównania ich z kosztami „typowego efektywnego operatora", to, rozstrzygając sprawę *BUPA,* SPI uznał, że w tym przypadku nie ma konieczności dokonywania takiego porównania. Wystarczającym bowiem było ustalenie, że system wyrównywania ryzyka (*RES*) nie dopuszcza sytuacji, kiedy środki otrzymywane przez przedsiębiorstwa świadczące usługi wysokiego ryzyka zostaną wykorzystane na pokry-

89 Orzeczenie C-358/89, *Extranet Industrie SA p. Radzie*, [1992] ECR I-3813. Por. także orzeczenie Case C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores p. Radzie*. [2002] ECR I-6677, pkt 36.

90 Wcześniejsza decyzja z 13.05.2003 Pomoc państwowa N 46/2003 – Republika Irlandii *(Irish health insurance RES)* oparta była w całości na art. 106 ust. 2 TFUE.

91 Orzeczenie T-289/03, *BUPA*, pkt 258.

92 *Ibidem*, pkt 233-238.

cie obciążeń wynikających z nieefektywności ekonomicznej[93]. Orzeczenie w sprawie *BUPA*, które złagodziło kryteria *Altmark,* nie zostało zaskarżone do Trybunału Sprawiedliwości.

Pojawia się zasadnicza wątpliwość, czy w przyszłości Komisja rzeczywiście odmawiać będzie uznania środków pomocowych za podlegające wyłączeniu z art. 106 ust. 2 TFUE tylko dlatego, że nie został dochowany wymóg przejrzystości w wyniku niezastosowania prawa zamówień publicznych do wyboru operatora usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym[94].

8. Praktyka stosowania kryteriów *Altmark*

Istnieje relatywnie niewiele decyzji Komisji Europejskiej, w których uznała ona, że wszystkie cztery kryteria *Altmark* zostały spełnione[95]. Faktem jest, że ilość decyzji poświęconych omawianemu zagadnieniu nie jest duża, jednak raczej daje się zauważyć trend łagodniejszego traktowania kryteriów *Altmark*, zbliżonego do tego znanego z rozstrzygnięcia sprawy *BUPA*[96]. W decyzji w sprawie *CADA Ireland*, która dotyczyła systemu rekompensat dla dostawców energii elektrycznej, środki publiczne przyznawane były podmiotom wyłonionym w drodze konkurencyjnej procedury przetargowej (otwartej także dla przedsiębiorstw spoza Irlandii), ale wysokość dofinansowania odpowiadała zapotrzebowaniu złożonemu przez operatorów, czyli nie została ustalona z góry w opar-

---

93 *Ibidem*, pkt 248-249.

94 K. Bacon, T. Karalis, C. Zatschler, *Section 29. State Aid*, [w:] D. Vaughan, A. Robertson (red.), *Vaughan & Robertson Law of the European Union. Volume 6*, Richmond 2004, s. 418; D. Cahill, *The Ebb and Flow, the Doldrums and the Raging Tide: Single Market Law's Ebb and Flow over Services of General Economic Interest, the Legal Doldrums over Services of General Interest, and the Raging Tide of Article 106(2) (ex Art 86(2)) over State Aid and Public Procurement*, [w:] „European Business Law Review", Vol. 21, no. 5, October 2010, s. 655-656; L. Gyselen, *Services of General Economic Interest and Competition under European Law – A Delicate Balance*, [w:] „Journal of European Competition Law & Pracice", Vol. 1, no. 6, December 2010, s. 499.

95 M. Klasse, *op. cit*., s. 519.

96 Por. 5/351/WE: Decyzja Komisji z dnia 20 października 2004 r. dotycząca programu pomocy realizowanego przez Królestwo Hiszpanii na rzecz spółki lotniczej Intermediación Aérea SL, Dz.Urz. UE z 30.04.2005, L 110/56, pkt 59 i 2005/163/WE: Decyzja Komisji z dnia 16 marca 2004 r. w sprawie pomocy państwa wypłaconej przez Włochy przedsiębiorstwom żeglugowym Adriatica, Caremar, Siremar, Saremar i Toremar (Grupa Tirrenia), Dz. Urz. UE z 26.02.2005, L 53/29, pkt 60.

ciu o obiektywne parametry, jednak Komisja uznała, że badany system spełnia kryteria *Altmark* i nie stanowi wobec tego pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE[97].

Natomiast w decyzji w sprawie *Busverkehr Wittenberg* Komisja stanęła na stanowisku, że ryczałt (*lump-sum*) płacony operatorowi wyłonionemu w wyniku opartej na kryterium najniższej oferty procedury przetargowej nie spełnia wymogów *Altmark*[98]. KE oparła swoją ocenę na fakcie, że suma wsparcia finansowego stanowiła ryczałt i nie była skorelowana z przychodami, które dane przedsiębiorstwo osiąga w związku z pełnieniem określonej usługi użyteczności publicznej. Oczywiście tak skonstruowany system premiował działania przedsiębiorstwa zmierzające do zwiększenia liczby klientów, ale z drugiej strony pozostawiał ryzyko strat, kiedy liczba klientów będzie niska[99]. Komisja uznała wprawdzie, że z ekonomicznego punktu widzenia system był właściwie zbalansowany, jeśli chodzi o relację ryzyka do zysku, jednak czyni możliwym sytuacje, kiedy rekompensata przekraczać będzie poziom niezbędny do pokrycia kosztów usługi objętej zobowiązaniem i w związku z tym nie jest możliwe uznanie badanego systemu za zgodny z trzecią przesłanką *Altmark*[100].

Także praktyka stosowania czwartego kryterium *Altmark* jest niejednoznaczna. W decyzji *BBC Digital Curriculum* władze publiczne nie wybrały podmiotu do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w drodze przewidzianej w prawie zamówień publicznych ani nie przedstawiły żadnych danych dotyczących kosztów „typowego, właściwie zarządzanego" przedsiębiorstwa danej branży[101]. A jednak Komisja uznała, mimo niewypełnienia wszystkich przesłanek *Altmark*, że będące przedmiotem badania wsparcie finansowe może podlegać wyłączeniu z art. 106 ust. 2 TFUE[102].

---

97 Decyzja Pomoc państwowa – N 475/2003 – Republika Irlandii *(Public Service Obligation in respect of new electricity generation capacity for security of supply)*, Dz.Urz. UE z 07.02.2004, C 34 [summary notice], pkt 56.

98 Decyzja Pomoc państwowa N 604/2005 – Republika Federalna Niemiec (*Busverkehr Landkreis Wittenberg*), Dz.Urz. UE z 31.08.2006, C 207 [summary notice].

99 M. Klasse, *op. cit*., s. 521.

100 Decyzja N 604/2005…, *op. cit*. System został jednak uznany za kompatybilny z rynkiem wewnętrznym w trybie art. 107 ust. 3 TFUE.

101 Decyzja z 01.10.2003, Pomoc państwowa, N-37/03 – Zjednoczone Królestwo (*BBC Digital Curriculum*), Dz.Urz. UE z 12.11.2003, C 271/47.

102 *Ibidem*. Por. także orzeczenie w połączonych sprawach T-568/08 i T-573/08, *M6 i TF1 p. Komisji Europejskiej* (Dz.Urz. UE z 14.08.2010, C 221/41).

Nieco inne rozłożenie akcentów daje się zauważyć w decyzji *ESB Ireland*. Komisja badała system polegający na tym, że irlandzki dostawca energii elektrycznej ESB pobierać mógł od konsumentów opłaty dodatkowe w stosunku do tych, które otrzymywał za dostawy energii[103]. Opłaty te były każdorazowo określone w taryfie, która podlegała zatwierdzeniu przez regulatora rynku. *Raison d'être* tego rozwiązania było umożliwienie operatorowi pokrywanie kosztów związanych ze świadczeniem usługi w ogólnym interesie gospodarczym, która objęta była zobowiązaniem[104]. Komisja uznała, że wysokość opłat określona została w sposób satysfakcjonujący kryteria *Altmark*, ponieważ w oparciu o jasne, z góry wiadome przesłanki, a wysokość nie przekracza rzeczywistych kosztów świadczonej usługi. Niemniej jednak operator nie został wybrany w wyniku publicznej procedury przetargowej, a władze irlandzkie nie dostarczyły danych na temat kosztów, które ponosiłoby „typowe efektywnie zarządzane przedsiębiorstwo"[105]. W związku z tym KE doszła do wniosku, że system będący przedmiotem analizy stanowi pomoc państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE[106].

9. Uwagi końcowe

Wygląda na to, że dające początek nowej linii orzeczniczej rozstrzygnięcie, które zapadło w sprawie *Altmark,* i będący jego następstwem pierwszy pakiet regulacyjny zakończyły okres niepewności dotyczący zasad i prawnych podstaw finansowania usług, których świadczenie odbywa się w ogólnym interesie gospodarczym[107]. Analizując praktykę Komisji i orzecznictwo Trybunału związane ze stosowaniem przesłanek *Altmark*, L. Hancher i P. Larouche dochodzą do konkluzji, że mimo podkreślania konieczności ścisłego trzymania się przesłanek zawartych w pakiecie regulacyjnym, w rzeczywistości

---

[103] Decyzja z 14.07.2004, Pomoc państwowa, N 143/2004 – Republika Irlandii (*Public Service Obligation – Electricity Supply Board [ESB]*), Dz.Urz. UE z 01.10.2005, C 242/4.

[104] Dodatkowe koszty wynikały z konieczności posiadania rezerw zdolności produkcyjnej dla zaspokajania potrzeb podczas szczytowego poboru energii elektrycznej.

[105] W związku z tym nie można stwierdzić, że efektywność ESB jest na poziomie optymalnym i co za tym idzie wysokośc rekompensaty nie jest zawyżona.

[106] Decyzja N 143/2004, w szczególności pkt 3.1 i 3.3.

[107] Por. N. Travers, *Public Service Obligations and State Aid: Is that really clear after Altmark*, [w:] „European State Aid Quarterly", 2003, s. 387-392; P. Nicolaides, *Compensation for Public Service Obligations: the Floodgates of State Aid?*, [w:] „European Competition Law Review", Vol. 24, no. 11, November 2003, s. 561-573; A. Nykiel-Mateo, *op. cit*., s. 69 i n.

większość działań związanych z finansowaniem usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym i tak uznawanych jest za podlegające art. 106 ust. 2 TFUE, a nie art. 107 TFUE[108].

J.M. Thouvenin przywołuje takie orzeczenia, jak *Van Gend*[109], *Simmenthal*[110] czy *ERTA*[111] i ich fundamentalne znaczenie dla prawa UE, i prognozuje, że orzeczenie w sprawie *Altmark* również stanie się jednym z kamieni milowych orzecznictwa ETS[112]. Zapewne tak się stanie, jednak w praktyce kryteria *Altmark* nie są stosowane konsekwentnie. Czas pokaże, w jaki sposób stosowany będzie nowy *Pakiet Altmark II*.

Summary

Application of Altmark Package (I & II) to Undertakings Entrusted with Operations of Services of General Economic Interest

This paper provides an overview of one of the most important issues regarding the regulatory regime of Services of General Economic Interest and legal classification of aid provided for SGEI operators. For many years there was no certainty whether these State measures are State aid as per Article 107 of the Treaty of Functioning of European Union or whether they fall within the derogation encapsulated in Article 106(2) TFEU. The groundbreaking *Altmark* ruling and two regulatory packages (*Altmark I* and *Altmark II*) that follow bring this legal dispute to a close. The packages in question determine sets of criteria which, when met, would allow a given measure to be approved under the 'escape clause' from Article 106(2) TFEU.

[108] L. Hancher, P. Larouche, *op. cit*., s. 761. Por. także orzeczenie T-266/02, *Deutsche Post AG p. Komisji Wspólnot Europejskich*, [2008] ECR II-1233 podtrzymane w drugiej instancji w orzeczeniu C-399/08, *Komisja Europejska p. Deutsche Post AG*, [2010] ECR I-00.

[109] Orzeczenie 6/64, *Flaminio Costa p. E.N.E.L.*, [1964] ECR 1141.

[110] Orzeczenie 106/77, *Amministrazione delle Finanze dello Stato p. Simmenthal SpA*, [1978] ECR 629.

[111] Orzeczenie 22/70, *Komisja Wspólnot Europejskich p. Radzie (ERTA/AETR)*, [1971] ECR 263.

[112] J.-M. Thouvenin, *The Altmark and its Consequences*, [w:] M. Krajewski, U. Neergaard, J. Van de Gronden (red.), *op. cit*., s. 103.

This article aims to provide an in–depth analysis of practical application of *Altmark Package* as well as the new regulatory regime established by the reform of December 2011.