t. LXXV • nr 5/2022 (887) • DOI 10.33226/0137-5490.2022.5.2

Dr hab. Jakub Kociubiński

Uniwersytet Wrocławski
ORCID: 0000-0002-4391-7439
e-mail: jakub.kociubinski@uwr.edu.pl

Punkt odniesienia podczas oceny selektywności krajowych środków niepodatkowych w prawie pomocy państwa Unii Europejskiej

The reference point for assessing the selectivity of national non-tax measures in the European Union law

Streszczenie

Stosowanie kryterium selektywności stanowiącego jedną z przesłanek występowania pomocy państwa w prawie Unii Europejskiej jest uznawane za powodujące najwięcej problemów w praktyce, gdyż jeżeli badany środek jest kierowany do szerszej grupy niż konkretnie wskazani adresaci, konieczne jest wyznaczenie punktu odniesienia, normalnych warunków, na tle których można dokonać oceny, czy niektóre podmioty są traktowane korzystniej.

Celem niniejszego artykułu jest analiza istniejącego orzecznictwa europejskiego i praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej dotyczącego interpretacji kryterium selektywności, ze szczególnym uwzględnieniem ewolucji podejścia zauważalnego w najnowszym dorobku, i na tej podstawie weryfikacja hipotezy, że standard interpretacyjny stosowany do oceny środków niepodatkowych jest koncepcyjnie nieadekwatny, a zauważalny kierunek zmian nie daje szans na naprawę istniejących mankamentów. Na tej podstawie autor formułuje postulat dotyczący modyfikacji interpretacji w celu uzyskania większej przejrzystości i zmniejszenia arbitralności w postępowaniach z zakresu pomocy państwa.

Słowa kluczowe: prawo Unii Europejskiej, pomoc państwa, selektywność, ogólna struktura systemu, rynek właściwy

Abstract

The application of the selectivity criterion forming a part of the State aid definition under the European Union Law is widely regarded as highly problematic owing to the need to establish a general benchmark in order to establish whether there has been a preferential treatment, anytime when a measure under scrutiny have a scope extending beyond specifically named undertakings.

The purpose of this paper is to analyze the existing European case-law and the European Commission's decisions on the selectivity criterion with a particular emphasis on its evolution observable in the newer acquis, and on this basis to verify the hypothesis that the interpretative standard adopted to the assessment of the selectivity criterion for non-tax measures is conceptually inadequate and the direction of changes is incapable of addressing these deficiencies. Within this framework the author formulates a postulate regarding modification of the interpretative standard with an aim to increase transparency and reduce arbitrariness in State aid assessments.

Keywords: EU law, State aid, selectivity, general scheme of the system, relevant market

JEL: K21, K23, K33, K34

Wprowadzenie

Kryterium selektywności stanowiące jedną z przesłanek występowania pomocy państwa w prawie Unii Europejskiej (UE) jest powszechnie uznawane za najbardziej kłopotliwe do stosowania w praktyce (Nicolaides, & Rusu, 2012; Romariz, 2014; Quigley, 2015; Hoffman & Micheau, 2016; Säcker & Montag, 2016; Bacon, 2017). Zgodnie z modelową, ogólną interpretacją bazującą na literalnym brzmieniu art. 107 ust. 1 TFUE środek jest selektywny, gdy w ramach danego systemu prawnego skutkuje uprzywilejowaniem niektórych przedsiębiorstw w stosunku do

innych — zaliczających się do innych sektorów lub do tego samego sektora — i znajdujących się, w odniesieniu do celu tego systemu, w porównywalnej sytuacji faktycznej i prawnej[1]. Przez lata interpretacja kryterium selektywności stała się przedmiotem bogatego i nieco niespójnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE (dalej: TS, Trybunał). Była także rozwijana w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej (dalej: KE, Komisja). Natomiast wspomniane trudności w stosowaniu cały czas istnieją i wiążą się z ustaleniem punktu odniesienia, normy, na tle której można dokonać oceny korzystniejszego traktowania, jeżeli badany środek jest skierowany do szerszego grona niż grupa enumeratywnie wymienionych beneficjentów (Nicolaides & Rusu, 2012, s. 791). W nowszym dorobku poświęconym tej kwestii daje się zauważyć początki dwóch do pewnego stopnia przeciwstawnych trendów interpretacyjnych: Z jednej strony Trybunał wydaje się kłaść większy nacisk na konieczność wykazania realnej selektywności, sceptycznie podchodząc do dotychczasowych szablonów interpretacyjnych umożliwiających stwierdzenie *prima facie* selektywności, np. w związku z sektorowym ograniczaniem środka[2]. Z drugiej natomiast Komisja — co było wcześniej sondowane przez przedstawicieli KE — stara się (mówiąc ogólnie) bardziej polegać na dosyć abstrakcyjnie postrzeganych warunkach rynkowych jako wyznaczniku selektywności[3].

Celem niniejszego artykułu jest zestawienie istniejącego dorobku dotyczącego kryterium selektywności z nowszymi trendami interpretacyjnymi i na tej podstawie weryfikacja stawianej przez autora hipotezy, że obecne podejście do testu selektywności jest koncepcyjnie nieadekwatne, a kierunek ewolucji prowadzi do niepotrzebnej komplikacji i tak złożonej kwestii. Poprzez przeprowadzoną analizę artykuł ma służyć także przedstawieniu postulatów autora, dotyczących sposobu modyfikacji podejścia do oceny kryterium selektywności stosowanego podczas oceny domniemanej pomocy o charakterze niepodatkowym, mających służyć poprawie przejrzystości i analitycznej użyteczności badania.

Naczynia połączone — selektywność jako determinanta pomocy państwa

Wprowadzenie kryterium selektywności wynika z traktowania pomocy państwa jako przywileju — korzyści nieosiągalnej w normalnych warunkach rynkowych (Kociubiński, 2018). Tak rozumiana korzyść będzie miała charakter relatywny. Będzie się manifestować poprzez poprawę sytuacji rynkowej beneficjenta wobec innych profesjonalnych uczestników rynku[4]. Ta nierówność tworząca przewagę przesądza z kolei o zaburzającym charakterze środka[5]. *A contrario*, jeżeli ów środek byłby skierowany do wszystkich uczestników rynku, wówczas nikt nie uzyskałby dodatkowej przewagi, nie doszłoby więc do zaburzenia konkurencji i handlu (Nykiel-Mateo, 2009)[6].

W praktyce bliźniacze kryteria zaburzenia konkurencji i handlu na ogół uznaje się za spełnione, jeśli dojdzie do ustalenia, że badany środek pomocowy wiąże się z powstaniem selektywnej korzyści (Bacon, 2017; Säcker & Montag, 2016). Konkluzja nie jest wprawdzie *de iure* automatyczna, ale w prawie pomocy państwa UE badanie wpływu na rynek jest bardzo rudymentarne[7]. Nie ma potrzeby wyznaczania rynku właściwego (relewantnego) czy też ustalania poziomu wymiany handlowej w danej branży ani ustalania realnych konkurentów[8]. Wystarczające jest wykazanie logicznie poprawnego, czyli dającego się uzasadnić wiedzą nomotetyczną z mikroekonomii, sposobu, w jaki pomoc mogłaby wpłynąć na rynek[9]. Nie ma tym samym potrzeby wykazywania, czy i w jakim stopniu pomoc rzeczywiście wpłynęła *in minus* na wskaźniki biznesowe konkretnych niebeneficjentów.

Choć sposób badania wpływu na rynek w sprawach z zakresu pomocy publicznej bywa krytykowany jako nieprzystający do funkcjonującego od ponad trzech dekad w innych obszarach prawa konkurencji UE tzw. bardziej ekonomicznego podejścia (*More Economic Approach*), to wskazuje się, że jest uzasadniony mechaniką systemu kontroli pomocy publicznej opartej zasadniczo na ocenie *ex ante* (por. Alborn & Berg, 2004; Temple Lang, 2014; Bacon, 2017 z Witt, 2017). Jeżeli na potrzeby postępowania byłyby dopuszczone realne dane dotyczące wpływu danego środka pomocowego na rynek, to w efekcie doszłoby do premiowania państw, które uruchomiły wsparcie z pogwałceniem obowiązku notyfikacji, bo tylko te byłyby w stanie dostarczyć faktyczne dane, nie zaś prognozy (Hoffman & Micheau, 2016, s. 152)[10]. Na potrzeby dalszych rozważań należy jednak podkreślić (unikając rysującej się fałszywej dychotomii), że niedopuszczenie realnych danych nie jest tożsame ze stwierdzeniem, że standard oceny prognoz jest optymalny.

Jeżeli kluczową kwestią jest dostrzeżenie nierynkowej korzyści, którą odnoszą niektórzy uczestnicy rynku — a wówczas zaburzający skutek funkcjonuje niemal jako *quasi* domniemanie — to niezbędne jest wskazanie punktu odniesienia, normy, na tle której widać, że beneficjent znalazł się w lepszej sytuacji. Wyróżnia się dwa rodzaje selektywności, najczęściej określane jako selektywność materialna i geograficzna (zwana także terytorialną). Jest to klasyfikacja czysto porządkująca, nie prawna, ale jest ogólnie przyjęta (Quigley, 2015; Hoffman & Micheau, 2016; Säcker & Montag, 2016; Bacon, 2017). Pierwsza kategoria, selektywność materialna, opiera się na rozróżnieniu ze względu na charakterystykę beneficjentów — sektor, typ produkcji itd.[11] Drugi rodzaj dotyczy terytorialnego zasięgu środków pomocowych. Środek będzie selektywny geograficznie, jeśli będzie znajdował zastosowanie do określonych obszarów, nie zaś do całego terytorium państwa[12].

Jako punkt wyjścia do dalszej dyskusji można przyjąć twierdzenie, że tak rozumiana selektywność jest pewnym ersatzem „pełnego" badania wpływu środka pomocowego na rynek. Zgodnie bowiem z istniejącym w orzecznictwie podejściem nie ma co prawda konieczności wskazania realnych konkurentów, natomiast trzeba wskazać, które obszary i w jaki sposób mogą zostać dotknięte[13]. Tym samym tok dalszej analizy będą wyznaczać dwie współzależne

kwestie: czy określenie systemu odniesienia w sposób stosowany w obecnym dorobku umożliwia dostrzeżenie zaburzeń konkurencji i handlu, jakie może powodować badany środek, oraz czy przy szerokim rozumieniu selektywności jej powiązanie z rudymentarnie postrzeganym zaburzeniem konkurencji i handlu nie jest zbyt daleko idącym „skrótem dowodowym".

Normalne warunki rynkowe

Referencyjny przykład sygnalizowanej we wstępie modyfikacji interpretacji selektywności w odniesieniu do środków niepodatkowych („nieprzetestowanej" dotąd przed TS) stanowi decyzja Komisji z 10.06.2021 r. dotycząca wsparcia dla naziemnej sieci cyfrowej w Hiszpanii (SA.28599)[14]. Jest przykładem ewolucji podejścia, łącząc w sobie nowe elementy z kanonem interpretacyjnym stosowanym wcześniej. Stanowi tym samym, zdaniem autora, dobrą ilustrację opisywanego zagadnienia, bo na jej przykładzie można równocześnie dostrzec zarówno mankamenty dotychczasowego podejścia, jak i sygnalizowane w hipotezie ryzyka wiążące się nowszym sposobem interpretacji. Niemniej będzie stanowić jedynie ogólny odnośnik, służący głównie do uporządkowania dyskusji, bo jej tekst jest dosyć reprezentatywny dla podejścia KE (a umożliwia odniesienie się do konkretnych passusów), natomiast zasadnicza analiza będzie bazować na znacznie szerszym dorobku.

Komisja, przeprowadzając ocenę środka polegającego na udzielaniu dotacji przedsiębiorstwom oferującym usługi naziemnej telewizji cyfrowej pod kątem występowania przesłanek pomocy z art. 107 ust. 1 TFUE, zajęła stanowisko, że systemem odniesienia są „normalne warunki rynkowe, w jakich powinny działać przedsiębiorstwa" (pkt 169). Zdaniem KE w normalnych warunkach rynkowych — jest to wspominany nowy element — przedsiębiorstwa muszą ponosić swoje koszty, czy to czysto operacyjne, czy związane z ekspansją (inwestycyjne), zatem publiczne środki przeznaczone na ich pokrycie wiążą się z powstaniem selektywnej korzyści.

Komisja zdecydowała się wprowadzić także uzupełniające uzasadnienie selektywności. Można to tłumaczyć nietypowością prezentowanego głównego podejścia (passusem o konieczności ponoszenia kosztów jako wyznaczniku porównywalności). W tym sensie próba skonstruowania dodatkowej argumentacji ma dać więcej powodów do uzasadnienia osiągniętej konkluzji. Owe dodatkowe elementy *prima facie* stanowią zwrot w stronę wcześniejszej interpretacji. Komisja stanęła bowiem na stanowisku, że jeżeli przedsiębiorstwa wykorzystujące różne technologie nadawania mogą (w sensie technicznym) świadczyć takie same usługi w obszarze, gdzie przyznawana jest pomoc publiczna, wówczas znajdują się w porównywalnej sytuacji (pkt 171–188, zwłaszcza pkt 173 i 175–177).

Powyższy element uzupełniającego uzasadnienia zasadniczo jest zbieżny z *acquis* dotyczącym materialnej selektywności[15]. Natomiast dalej KE rozwinęła argumentację, wskazując (co też jest pewnym *novum*), że różnice w ramach prawych, na jakich funkcjonują przedsiębiorstwa wykorzystujące różne technologie, są irrelewantne (pkt 175). Nie prowadzą bowiem do świadczenia innych usług. Nie zostało to *explicite* wyartykułowane w decyzji (pod tym względem decyzja jest sformułowana warsztatowo dosyć niejasno), ale można założyć, że jeśli usługi nie są inne, to są potencjalnie konkurencyjne (zob. wywód pkt 174–177 i 181–183)[16]. Jeśli przyjmiemy powyższe założenie, argumentacja sprowadza się (*implicite*) do stwierdzenia, że środek będzie selektywny, jeśli wsparcie dostaną tylko niektórzy z grupy konkurentów[17].

W tym miejscu powstaje pewna wątpliwość, bo nie wydaje się, żeby dodatkowe uzasadnienie selektywności rzeczywiście uzupełniało główną linię argumentacji. Przeciwnie, prezentuje inne podejścia, które wcale nie są komplementarne względem siebie lub przynajmniej nie muszą być. Pierwsze z nich bazuje na wyznaczeniu abstrakcyjnego systemu odniesienia — normalnych warunków rynkowych — stanowiącego pewną ogólną wizję gospodarki rynkowej. Drugie natomiast skupia się na ocenie porównywalności podmiotów dokonanej na bazie profilu ich działalności. Zostały one jednak przedstawione jako komplementarne elementy w tym sensie, że (co jest zasadniczo zgodne z istniejącym dorobkiem) porównywalność może być dostrzeżona w danym systemie odniesienia[18]. Pojawiająca się wątpliwość, każąca zakwestionować taką komplementarność, dotyczy arbitralności zdefiniowania obu elementów. Tym samym sygnalizowane na końcu wcześniejszej sekcji współzależne kwestie wyznaczające tok dyskursu można doprecyzować w świetle nowszego podejścia interpretacyjnego w następujący sposób: po pierwsze, źle wyznaczony punkt odniesienia nie pozwoli na ocenę porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej przedsiębiorstwa — najbliższą analogią jest tzw. pułapka celofanowa występująca w prawie antytrustowym[19]; po drugie, do oceny pozostaje czy znajdowanie się w danym systemie odniesienia samo w sobie przesądza o porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej. Te zagadnienia zostaną kolejno poddane analizie.

Określenie systemu odniesienia

Opisany powyżej sposób rozumienia normalnych warunków rynkowych, w których przedsiębiorstwa ponoszą swoje koszty, jako punktu referencyjnego do identyfikacji selektywności wykazuje bardzo duże podobieństwo z kryterium „ogólnej struktury systemu" stosowanym podczas oceny występowania pomocy publicznej w odniesieniu do środków fiskalnych, podatkowych (por. Rossi-Maccanico 2013; Säcker & Montag, 2016, s. 192 i n.).

Ograniczając opis bardzo szerokiego tematu stosowania prawa pomocy państwa UE w odniesieniu do podatków do zakresu niezbędnego do analizy tytułowego zagadnienia, należy wskazać, że wspominane kryterium ogólnej

struktury systemu jest próbą pogodzenia z jednej strony tzw. obiektywnej koncepcji pomocy państwa, a z drugiej traktatowego podziału kompetencji między państwa członkowskie a Unię, umieszczającego podatki bezpośrednie w sferze wyłącznych kompetencji krajowych (Kociubiński, 2018).

Zgodnie z obiektywną koncepcją pomocy środek ocenia się na podstawie rzeczywistego efektu, a mianowicie, czy wypełnia przesłanki wskazane w art. 107 ust. 1 TFUE. Jeśli tak, wówczas stanowi pomoc niezależnie od formy czy intencji państwa w zakresie jego wprowadzenia[20]. Taka interpretacja ma swoje uzasadnienie w konieczności zachowania szczelności systemu kontroli wsparcia. Zabierając krajowym władzom publicznym kompetencje w zakresie definiowania pomocy, zapobiega się próbom obejścia traktatowych reguł przez wyłączenie środka spod ich zakresu przez np. zadeklarowanie, że nie ma on na celu udzielenia wsparcia, tylko realizuje zupełnie inne cele leżące w interesie publicznym[21]. Środki podatkowe, jeżeli zmniejszają poziom obciążeń niektórych profesjonalnych uczestników rynku, będą co do zasady wypełniać przesłanki sformułowane w art. 107 ust. 1 TFUE i tym samym, zgodnie ze wspominaną obiektywną koncepcją pomocy, będą stanowić wsparcie, które powinno być kontrolowane w unijnym reżimie pomocy państwa (Säcker & Montag, 2016, s. 191).

Znajdą się jednak poza zakresem traktatowych reguł, jeżeli będą stanowiły część tzw. ogólnej struktury systemu. Nie chodzi tu o obiektywne uzasadnienie, *ratio legis* badanego środka (to nigdy nie powinno być brane pod uwagę podczas badania występowania pomocy, tylko później jej dopuszczalności)[22], tylko różne traktowanie podmiotów na mocy owego środka musi być uzasadnione wewnętrzną logiką systemu, którego ten środek stanowi część[23]. Musi wynikać z zasad, które są immanentną częścią systemu odniesienia[24].

Wskazywane na początku tej sekcji podobieństwo wynika z tego, że opisywane podejście wymaga stworzenia pewnej metakoncepcji krajowego systemu odniesienia — jego aksjologii i zasad (Kociubiński, 2018). Mowa więc o w znacznej mierze sztucznym konstrukcie opierającym się, zdaniem autora, na chwiejnej podstawie logicznej. Zakłada bowiem *implicite*, że system odniesienia jest pewnym zewnętrznym tworem „oderwanym" od działań państw. Zastaną i przez to niezmienną rzeczywistością, na tle której oceniane są późniejsze interwencje władz publicznych (Romariz, 2014, s. 42; Kociubiński, 2018, s. 11). Tymczasem system w takim rozumieniu nie istnieje, bo w rzeczywistości państwa nie tylko go tworzą, ale również modyfikują (mniej lub bardziej świadomie) z każdą ingerencją w gospodarkę.

Instruktywnego przykładu praktycznych problemów związanych ze stworzeniem przez KE ogólnej struktury systemu dostarczają sprawy dotyczące podatków obrotowych w Polsce i na Węgrzech. W polskiej sprawie Komisja uznała, że jeśli celem systemu podatkowego jest generowanie wpływów do budżetu — tak KE zinterpretowała cele systemu — to wszelkiego rodzaju redukcji poziomu obciążeń nie da się uzasadnić jego celami[25]. Tymczasem krajowy system podatkowy miał charakter progresywny, stanowisko KE w efekcie oznaczało zatem, że pomoc wystąpi wobec każdego przedsiębiorstwa, które nie jest objęte najwyższą stawką. Podejście Komisji zostało w całości odrzucone przez Trybunał — w sprawie polskiej unieważniając decyzje KE, a w węgierskich zajmując analogiczne stanowisko w odpowiedzi na pytanie prejudycjalne[26]. Można wskazywać, iż przykład nie jest najlepszy jako nieco anegdotyczny, gdyż argumentacja KE niebezpiecznie zbliżała się do absurdu. Zdaniem autora ten nieco przerysowany *casus* jest jednak o tyle dobrą ilustracją, że ukazuje do czego może w skrajnych przypadkach doprowadzić próba ustalenia „z zewnątrz" zasad rządzących krajowym systemem odniesienia.

W kontekście przedstawionego synoptycznie powyżej *acquis* można dokonać próby odpowiedzi na pytanie dotyczące tytułowego problemu: „Jak ocenić system odniesienia do ustalenia selektywności niepodatkowych środków oparty na normalnej sytuacji rynkowej?". Zdaniem autora istota problemu jest taka sama jak przy ocenie środków podatkowych. Natomiast od strony praktycznej problemy z ustaleniem gospodarczego benchmarku dla środków niepodatkowych są większe, gdyż powinny objąć więcej niż tylko ocenę wysokości ponoszonych danin publicznych. Warunki rynkowe, w jakich działają przedsiębiorstwa, są determinowane przez wiele czynników, z których część ma charakter prawno-regulacyjny i wiąże się na przykład z koniecznością dostosowania się do różnego rodzaju norm w zakresie bezpieczeństwa, warunków pracy czy ochrony środowiska, a część ma charakter czysto biznesowy czy operacyjny i jest związana np. z rozpoznawalnością marki, konfiguracją łańcuchów logistycznych, relacji z podwykonawcami etc. Porównywalność ma więc aspekt zarówno formalny (tak jak w kryterium ogólnej struktury systemu), jak i czysto materialny. Uwzględniając przyjęty standard dotyczący wpływu pomocy państwa na rynek, który jest rudymentarny, odpowiedź na pytanie, czym są normalne warunki rynkowe mające stanowić punkt odniesienia, nie jest jednoznaczna lub, mówiąc precyzyjniej, zastosowanie tego standardu nie umożliwia udzielenia jednoznacznej odpowiedzi[27].

Jeżeli punktem odniesienia ma być poziom różnego rodzaju obciążeń formalnie wymaganych od profesjonalnych uczestników rynku, zastany w chwili rozpoczynania postępowania w sprawie możliwej pomocy, wówczas każde „polepszenie" sytuacji przedsiębiorstw byłoby odstępstwem od normy — byłoby niemal automatycznie programem pomocowym[28]. Twierdzenie w decyzji KE, że w normalnych warunkach rynkowych przedsiębiorstwa muszą pokrywać swoje koszty, jest na największym poziomie ogólności prawdziwe wobec każdego podmiotu działającego w gospodarce rynkowej. Takie rozumienie sugerowałoby, że normalnymi warunkami rynkowymi są pewne hipotetyczne warunki zbliżające się do teoretycznego ekonomicznego modelu konkurencji doskonałej (por. Faull

& Nikpay, 2014, s. 21). Byłby to więc zupełnie arbitralny system, nieodzwierciedlający realiów panujących w danym państwie.

Tu zdaniem autora ujawnia się pewien defekt podejścia Komisji — zbyt szybkie przejście do konkluzji. Podejście zdaje się abstrahować od faktu, że władze posiadają cały katalog narzędzi bezpośrednio lub pośrednio kształtujących warunki rynkowe. Można zatem wskazywać na rzeczywiste sytuacje, gdzie partycypacja środków państwowych jest normą lub przynajmniej jest tak rozpowszechniona, że jej braku nie można nazwać normą. Jako przykład można podać finansowanie infrastruktury, gdzie często koszty są na tyle duże, że przekraczają możliwości inwestora, wymagając zaangażowania środków państwowych. Dotyczy to nie tylko infrastruktury mającej charakter publiczny, bo o ile tu udział publicznych środków jest normą, to nie zawsze występuje pomoc w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (Ruechardt, 2018), ale także tej, która jest wykorzystywana w sposób komercyjny (przez co wsparcie stanowi pomoc), nawet jeśli ma też pewien walor użyteczności publicznej — np. porty lotnicze i terminale w portach morskich (Ruechardt, 2018).

W orzecznictwie TS konsekwentnie podkreśla się, że nie istnieje „prawo do pomocy publicznej”[29]. Udzielenie wsparcia jest dyskrecjonalną decyzją państwa członkowskiego. Nie można wyprowadzać ekspektatywy otrzymania pomocy z faktu, że inne przedsiębiorstwo w podobnej sytuacji otrzymało wsparcie. W związku z tym pojawia się pytanie, czy jeśli w danych warunkach rynkowych otrzymanie pomocy jest normą — system odniesienia zakłada, że wsparcie udzielane jest rutynowo — to czy na tej podstawie można jednak formułować roszczenie otrzymania pomocy w sytuacji odmowy udzielonej przez państwo? Odpowiedź musi być przecząca, bo inaczej doszłoby do powstania „inwazyjnego” systemu, który prowadziłby do możliwości wymuszenia wydatków państwa, co jest w oczywisty sposób nieakceptowalne. Natomiast to pokazuje, że jeśli system odniesienia zakładający subsydiowanie jako normę nie jest opcją (bo państwo może całkowicie dyskrecjonalnie nie udzielić wsparcia w konkretnej sytuacji), to niezależnie od rzeczywistego poziomu zaangażowania środków publicznych pozostaje przyjęcie systemu odniesienia opartego na teoretycznym modelu konkurencji doskonałej, wskazując, że w gospodarce rynkowej przedsiębiorstwa ponoszą swoje koszty, co wydaje się dodatkowo ilustrować arbitralność tak ogólnego systemu referencyjnego, pozbawiającą go użyteczności analitycznej.

Wreszcie można zadać ogólniejsze pytanie, które też do pewnego stopnia funkcjonuje w sprawach z zakresu środków podatkowych, a mianowicie czy ingerencja państwa w gospodarkę powinna być oceniana na podstawie ustalonych wcześniej normalnych warunków rynkowych, czy też sama w sobie stanowi zmianę tych warunków (Kociubiński, 2018, s. 12; zob. również Romariz, 2014, s. 46).

Natomiast uwzględniając wspominany aspekt materialny systemu odniesienia, to zdaniem autora twierdzenie, że normalne warunki rynkowe polegają na tym, że profesjonalni uczestnicy rynku ponoszą swoje koszty, będzie miało rację bytu i jakąkolwiek użyteczność analityczną tylko pod warunkiem wcześniejszego ustalenia, że przedsiębiorstwa (objęte domniemanym środkiem pomocowym i pozbawione dostępu do niego) są względem siebie konkurencyjne. Uwzględnienie aspektu materialnego związanego z rzeczywistą sytuacją rynkową może jednak prowadzić do zatarcia granicy między przesłanką selektywności z jednej strony a połączonymi przesłankami zaburzenia konkurencji i handlu z drugiej[30]. W obecnym podejściu funkcjonuje *quasi* domniemanie, że środek, który przyznaje selektywną korzyść, ma zaburzający skutek. Jeżeli by uwzględnić sytuację konkurencyjną na rynku jako determinantę systemu odniesienia — co *prima facie* powinno być pożądane, jeśli system ma być realistyczny — wówczas stwierdzenie możliwości zaburzenia konkurencji i handlu determinowałoby istnienie selektywności.

Byłoby to też podejście sprzeczne z istniejącym dorobkiem, zwłaszcza tym, zgodnie z którym środki skierowane do konkretnego sektora też są selektywne[31]. Jeżeli bowiem w danym sektorze nie ma konkurencji międzygałęziowej, wówczas tylko ten sektor stanowiłby zamknięty system odniesienia i środek obejmujący cały sektor nie byłby selektywny[32]. Podejście byłoby więc w dużym stopniu odwrotnością interpretacji zastosowanej np. w sprawach połączonych C-106/09 P i C-107/09 P Komisja vs. Gibraltar, gdzie TS stwierdził, że środki, które są nieselektywne, mogą w połączeniu z innymi okolicznościami powodować jednak *de facto* powstanie selektywnej korzyści (pkt 91–108)[33]. Ponadto można wskazywać, że w praktyce przedsiębiorstwa bywają aktywne równocześnie w różnych sektorach, więc niebezpieczeństwem podejścia traktującego normalne warunki rynkowe jako dane ekonomiczne warunki w danej branży jest to, że zaburzający skutek środka może pozostać niewykryty, gdyż zaburzenie będzie manifestować się przez tzw. subsydiowanie krzyżowe (zwane też skośnym) polegające na wykorzystaniu korzystnego efektu powstałego w jednym obszarze działalności do wsparcia innych operacji[34].

Podsumowując analizę w tej sekcji, zdaniem autora budowanie systemu odniesienia do oceny selektywności niepodatkowych środków wzorowanego koncepcyjne na ogólnej strukturze systemu należy jednoznacznie skrytykować jako podążanie „ślepą uliczką” interpretacyjną. O ile w przypadku środków podatkowych wspominana ogólna struktura systemu jest pewnym „złem koniecznym”, bo wynika z potrzeby poszanowania krajowych kompetencji wyłącznych w sferze podatków bezpośrednich, o tyle w przypadku środków niepodatkowych nie ma analogicznego argumentu, który przemawiałby za stosowaniem sztucznego konstruktu, metakoncepcji normalnych warunków. Jest to niepotrzebne komplikowanie i tak złożonej materii przy braku jakiejkolwiek przeciwwagi[35]. Zdaniem autora przedstawione wątpliwości nie przekreślają jednak samej istoty budowania systemu odniesienia opartego na realiach ekonomicznych. Ukazują natomiast nieadekwatność koncepcyjną opisanego podejścia bazują-

cego na abstrakcyjnie rozumianym rynku i panujących na nim warunkach. To twierdzenie będzie stanowić punkt wyjścia do analizy w następnej sekcji.

Ustalenie porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej

W konsekwencji sformułowania powyższych konkluzji pojawia się (sygnalizowane wcześniej) pytanie, czy przedsiębiorstwa znajdujące się w jednym systemie odniesienia — w przedstawionym rozumieniu — znajdują się w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej. Zdaniem autora nie, gdyż porównywalność sytuacji prawnej i faktycznej powinna stanowić sama w sobie system odniesienia, a nie — jak by to mogło wynikać z przedstawionego wcześniej podejścia — być determinowana przez ten (sztuczny) system.

W bogatym dorobku orzeczniczym wywodzącym się od linii argumentacji zastosowanej w rozstrzygnięciu C-143/99 Adria-Wien TS wskazuje, że punkt odniesienia pozwalający ocenić porównywalną sytuację prawną i faktyczną powinien być określony w świetle celów badanego środka pomocowego[36]. Niemniej zakres tego środka nie stanowi sam w sobie punktu odniesienia. Innymi słowy, fakt, że jest on adresowany do określonej grupy podmiotów, nie przesądza, że tylko one znajdują się w porównywalnej sytuacji. Tak samo jak nie przesądza o tym, że wszyscy adresaci są w porównywalnej sytuacji względem siebie[37].

Jak już zostało wspomniane, na potrzeby postępowań z zakresu pomocy państwa nie ma konieczności wyznaczania rynku właściwego, porównywalność nie oznacza konkurencyjności. Potwierdził to wyraźnie TS w sprawie T-210/02 RENV British Aggregates, stwierdzając, że wykazanie istnienia bezpośredniej konkurencji między przedsiębiorstwami nie jest konieczne[38]. Natomiast istnienie „pewnego stopnia" (*some degree*) konkurencji — przynajmniej potencjalnej relacji konkurencyjności i substytucyjności produktów — może być relewantną okolicznością (pkt 112 i 144).

Orzecznictwo dotyczące wyznaczenia wspominanej porównywalności jest bardzo ogólnikowe i nie dostarcza przez to użytecznych wskazówek interpretacyjnych. Wskazuje się jedynie, że dokonana ocena musi zawierać wystarczające uzasadnienie, żeby umożliwić kontrolę sądową, w szczególności ocenę, dlaczego podmioty korzystające ze środka pomocowego są w porównywalnej sytuacji z tymi, które zostały wykluczone[39]. Zasadne jest odnotowanie, że jest to stanowisko, które Trybunał w najnowszej sprawie C-70/16 P Comunidad Autónoma de Galicia and Retegal zajął, negując stanowisko KE, że nie ma sensu dalsze wyjaśnienie kwestii selektywności, skoro środek jest *prima facie* selektywny jako skierowany do konkretnego sektora (pkt 57–63). Podobnie w rozstrzygnięciu sprawy C-524/14 P Komisja vs. Hansestadt Lübeck TS, odchodząc od dominującego podejścia, stwierdził, że sektorowy środek niekoniecznie jest selektywny[40]. Będzie selektywny, tylko jeśli w kontekście badanego reżimu prawnego będzie przyznawał korzyść niektórym przedsiębiorstwom w tym lub innym sektorze, które w świetle celów tego reżimu znajdują się porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej (pkt 58).

Nowsze orzecznictwo wskazywałoby (wbrew większości wcześniejszego dorobku), że sam sektorowy charakter środka nie wystarczy. W przywoływanej sprawie C-524/14 P Komisja vs. Hansestadt Lübeck, dotyczącej opłat lotniskowych, które były niższe niż w innych portach w kraju, środek został uznany za nieselektywny jako skierowany na tych samych zasadach do wszystkich linii korzystających z obiektu w Lubece. Przewoźnicy korzystający z innych portów zostali uznani za znajdujących się w nieporównywalnej sytuacji. Zdaniem autora jest to konkluzja nieuprawniona. Istnieje bogaty materiał analityczny ukazujący konkurencję między regionalnymi portami lotniczymi starającymi się skłonić linie lotnicze, głównie niskokosztowe, do korzystania z obiektu (np. Budd & Ison, 2017; Kociubiński, 2020 wraz z cytowanymi tam źródłami). Z perspektywy przewoźników, jeżeli rynki regionalne nie stanowią szczególnie atrakcyjnej biznesowo opcji, a otwieranie/zamykanie lokalnych połączeń nie powoduje zburzeń całej siatki, czyli może być łatwo dokonane, wówczas linie osiągają swoistą przewagę kontraktową nad lokalnymi władzami kontrolującymi port i są w stanie uzależnić rozpoczęcie bądź kontynuowanie operacji od otrzymania preferencyjnych warunków. Nawet jeżeli docelowe produkty — połączenia lotnicze — będą względem siebie niekonkurencyjne z punktu widzenia pasażerów (połączenia z różnych miast do innych destynacji), to wcześniej występuje konkurencja między liniami dotycząca wejścia na wspomniane rynki lokalne (Budd & Ison, 2017, s. 137 i n.). Podejście ze sprawy C-524/14 P Komisja vs. Hansestadt Lübeck jest więc o tyle kontrowersyjne, że selektywność w przedstawionym kontekście była zazwyczaj rozumiana rozszerzająco, nawet jeżeli ocierało się to o arbitralność — właśnie dla objęcia możliwie wszystkich antykonkurencyjnych efektów przy powierzchowności badania przesłanek zaburzenia konkrecji i handlu — natomiast tu mamy do czynienia z równie arbitralnym zwrotem w drugą stronę.

Należy także przywołać okoliczności sprawy C-518/13 Eventech, dlatego że w przywoływanej decyzji dotyczącej naziemnej telewizji cyfrowej (SA.28599) w odpowiedzi na stanowisko stron KE uznała je za nieuprawniające do jakichkolwiek analogii[41]. Tymczasem zdaniem autora sprawa jest nie tylko bezpośrednio porównywalna, ale też bardzo relewantna, a niedostrzeżenie paralel ilustruje mankamenty podejścia Komisji. Sprawa (gdzie ostatecznie nie było pomocy w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE, ale w związku z brakiem zasobów państwowych) dotyczyła możliwości korzystania z buspasów w Londynie, do czego były uprawnione tradycyjne londyńskie taksówki, tzw. Black Cabs, lecz nie pozostałe przedsiębiorstwa zajmujące się indywidualnym przewozem osób. Komisja w decyzji SA.28599 stwierdziła, że sprawa C-518/13 Eventech dotyczyła środka regulacyjnego, co było bezpośrednio związane z bezpieczeństwem i wydajnością systemu transportu, podczas gdy sprawa telewizji naziemnej obejmuje system dotacji (pkt 175).

Zdaniem autora jest to argumentacja będąca zaprzeczeniem obiektywnej koncepcji pomocy. Jeżeli korzystanie z buspasów wiąże się z powstaniem korzystnego efektu w postaci możliwości zaoferowania szybszych, więc atrakcyjniejszych dla pasażerów usług transportowych, wówczas za pomocą jakich instrumentów zostało to osiągnięte, powinno być bez znaczenia[42]. Szczególnie, że taka korzyść miała charakter nierynkowy w tym sensie, że tylko państwo było w stanie ją przyznać. Zasadność argumentu powołującego się na bezpieczeństwo i wydajność systemu transportowego jest nieweryfikowalna, bo nie ma żadnych danych dotyczących wpływu wpuszczenia pozostałych przedsiębiorstw transportowych na buspasy. Zasadniczy punkt krytyki odnosi się do tego, że skoro, jak zostało wspomniane, w sprawie dotyczącej telewizji naziemnej KE uznała, że porównywalność wynika z tego, że przedsiębiorstwa niezależne od reżimu, w jakim działają, oferują te same usługi, i jeżeli zasadą jest, że wszyscy ponoszą swoje koszty, to zwolnienie niektórych wiąże się z powstaniem wobec nich selektywnej korzyści (pkt 169). Taka selektywna korzyść powstanie też, jeżeli wskutek ingerencji państwa tylko niektóre z konkurencyjnych wobec siebie przedsiębiorstw transportowych — należy założyć, że transport indywidualny samochodami osobowymi na terenie miasta jest jednym rodzajem usługi — będą bez dodatkowych kosztów przedstawiać bardziej konkurencyjną ofertę[43].

Dochodzi więc do rozmycia granicy między wprawdzie powiązanymi, ale jednak odrębnymi przesłankami selektywności z jednej strony i zaburzenia konkurencji i handlu z drugiej. Oparcie się na stwierdzeniu, że przedsiębiorstwa oferują takie same usługi *implicite*, mogłoby bowiem sugerować, nie że selektywność jest determinantą zaburzenia konkurencji i handlu, tylko że istnienie potencjalnie zaburzającego skutku wskazuje na to, że środek jest selektywny. Takie rozmycie nie jest samo w sobie zjawiskiem negatywnym (jest do pewnego stopnia nieuniknione), natomiast może powodować niekorzystne konsekwencje dla jakości badania domniemanych środków pomocowych przy obecnie stosowanym standardzie oceny wpływu na rynek. Dlatego, zdaniem autora, w tym obszarze należy szukać rozwiązań wskazanych w tekście problemów.

Wyznaczenie rynku właściwego jako remedium?

Na podstawie wcześniej wypracowanych konkluzji cząstkowych autor chciałby sformułować sygnalizowany we wstępie postulat dotyczący zwiększenia przejrzystości i ograniczenia arbitralności podczas wyznaczania punktu odniesienia przy ocenie selektywności domniemanej pomocy. Wyznaczenie rynku relewantnego (właściwego) powinno stać się konstytutywnym elementem postępowań z zakresu pomocy państwa. Zasadnicze *rationale* jest następujące:

Zdefiniowanie rynku właściwego, które jest obligatoryjnym elementem w sprawach z zakresu prawa antymonopolowego i kontroli koncentracji, ma za zadanie stworzyć obraz sytuacji konkurencyjnej (Faull & Nikpay, 2014, s. 42 i n.). Bazuje na kryterium substytucyjności, którego stosowanie polega na ustaleniu, czy dany produkt lub usługa mogą być zamienione na inny produkt (rynek produktu) lub produkt znajdujący się w innym obszarze (rynek geograficzny). Jeśli konsumenci chcą i są w stanie dokonać takiej zamiany, wówczas przyjmuje się, że produkt i substytut lub ten sam produkt dostępny w innym miejscu znajdują się na jednym rynku relewantnym (Baker, 2007, s. 132–133). Rynek właściwy jest więc systemem odniesienia pozwalającym ocenić, które oferowane dobra są względem siebie konkurencyjne (Faull & Nikpay, 2014, s. 43)[44]. Wyznaczenie rynku relewantnego nie jest więc równoznaczne z oceną wpływu na rynek, tylko stworzeniem systemu referencyjnego.

Istnieje bardzo bogaty dorobek — zarówno, jeśli chodzi o orzecznictwo, praktykę decyzyjną, jak i źródła ekonomiczne — dotyczący praktycznych aspektów czy wyzwań związanych z wyznaczeniem rynku relewantnego (np. Baker, 2007; Faull & Nikpay, 2014; Fox & Gerrard, 2017; Robertson, 2020 wraz z cytowanymi tam sprawami i źródłami)[45]. Co trzeba podkreślić, jest to operacja, do której stosuje się te same zasady (w sensie funkcjonowania mechanizmów ekonomicznych) niezależnie od tego, w kontekście jakiej sprawy mieszczącej się zakresie szeroko pojętego prawa konkurencji jest dokonywana. W sprawach dotyczących pomocy państwa można więc czerpać z unijnego dorobku dotyczącego prawa antymonopolowego czy kontroli koncentracji.

Jeżeli wyznaczenie rynku relewantnego nie jest tożsame z dokonywaniem badania wpływu na rynek, to realizacja sformułowanego postulatu nie zmieni zasadniczej logiki badania pomocy publicznej, która wynika z tego, że skoro większość środków pomocowych powinno się badać *ex ante*, nie można bazować na danych dotyczących już obserwowalnego wpływu na rynek[46]. Pozwoli natomiast stworzyć niearbitralne ramy analityczne, na tle których będzie można prognozować wpływ na konkurencję i handel.

Przedstawiana propozycja będzie się wiązać z usunięciem nieco na drugi plan kryterium selektywności i wyeksponowanie połączonych kryteriów zaburzenia konkurencji i handlu. W sytuacji, kiedy rynek właściwy stałby się systemem odniesienia, działające na nim przedsiębiorstwa powinny zostać uznane za znajdujące się w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej (nawet w obecnym podejściu selektywność wymaga ustalenia porównywalności). Tym samym środek skierowany do niektórych z nich będzie selektywny. Należy także odnotować, że rynek właściwy nie musi być ograniczony do terytorium państwa członkowskiego. Zatem środek skierowany do całego sektora nadal może być selektywny, ale tylko jeżeli dana branża będzie konkurencyjna w stosunku do innych operacji zagranicznych (jeśli przedsiębiorstwa są aktywne poza granicami, albo konkurują w kraju macierzystym z podmiotami zagranicznymi)[47].

Dla kompletności argumentacji należy też odnieść się do mogącego się pojawić zarzutu (kwestia pojawiła się wcześniej tekście), że działające na niekonkurencyjnym rynku właściwym przedsiębiorstwo może wykorzystać otrzymane, rzekomo niezakłócające wsparcie do osiągnięcia przewagi na innych rynkach, na których też jest aktywne, dzięki subsydiowaniu krzyżowemu. Innymi słowy, mowa o ryzyku pojawienia się antykonkurencyjnego efektu na innych rynkach. Tak postawiona sprawa jest znana szeroko pojętemu prawu konkurencji i należy w tym kontekście stwierdzić, że wyznaczenie rynku właściwego nie musi być ograniczone do produktu/usług, gdzie przyznawana jest pomoc, tylko co do zasady badanie powinno obejmować wszystkie rynki, które mogą być dotknięte[48]. Są to osobne rynki w sensie produktowym i geograficznym, ale powiązane okolicznościami sprawy. W prawie konkurencji Komisja wielokrotnie badała sytuacje, gdzie negatywne efekty manifestowały się na rynkach *upstream, donwstream* albo równoległych (zob. Faull & Nikpay, 2014; Fox, Gerrard, 2017; Robertson 2020 wraz z cytowanym tam dorobkiem). Nie jest więc to w żadnym wypadku *terra incognita,* jeśli chodzi o identyfikację rynków powiązanych.

Należy także ustosunkować się do kwestii, która pojawiła się np. w sprawach połączonych T-816/17 i T-318/18 Luksemburg i Amazon vs. Komisja[49]. Sąd stwierdził, że istnieją przedsiębiorstwa, których sytuacja prawna, a częściej faktyczna, jest nieporównywalna z innymi. W sprawie przedmiotem badania był Amazon, ale można wskazać na strategiczne przedsiębiorstwa, jak np. Airbus czy państwowi operatorzy różnego rodzaju sieci przesyłowych lub poczty. Okoliczności sprawy wydają się potwierdzeniem prezentowanego postulatu, bo stanowisko o nieporównywalności sytuacji np. Amazona było oparte na wiedzy czysto nomotetycznej, a mianowicie, że jest to globalny koncern, który, jeśli chodzi o zasięg i katalog oferowanych produktów, nie ma realnego konkurenta. Choć generalnie jest to twierdzenie prawdziwe, to należy zauważyć, że żadna z okoliczności świadczących o nieporównywalności przedsiębiorstwa nie przemawia za tym, że operuje ono w środowisku niekonkurencyjnym. Stanowi natomiast indykację istnienia pozycji dominującej, która jest interpretowana jako możliwość podejmowania działań unilateralnych bez konieczności uwzględniania reakcji konkurentów, którzy są zbyt słabi, żeby stanowić realne zagrożenie (Faull & Nikpay, 2014; Fox & Gerrard, 2017)[50]. Zidentyfikowanie dominacji jest zdaniem autora także relewantne w kontekście pomocy państwa, bo wparcie udzielone takiemu przedsiębiorstwu będzie miało relatywnie bardziej zaburzający skutek. Tylko sytuacja zupełnego braku konkurencji, czyli niemal zawsze prawny monopol, oznaczałaby brak zaburzenia i wtedy rynek rzeczywiście ograniczony byłby do jednego podmiotu[51]. Jeżeli ten podmiot nie prowadziłby żadnej innej działalności poza operacjami w formie monopolu, wówczas wsparcie nie stanowiłoby pomocy w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE w związku z brakiem zaburzającego skutku. Wtedy kwestia selektywności byłaby już czysto semantyczna.

Wreszcie zdaniem autora (wbrew istniejącemu orzecznictwu) obowiązek zdefiniowania rynku właściwego wynika bezpośrednio z brzmienia art. 107 ust. 1 TFUE (*a contrario* np. C-131/15 P Club Hotel Loutraki vs. Komisja)[52]. Jeżeli pomocą jest środek o zaburzającym skutku, to badanie musi umożliwiać identyfikację takiego zaburzenia (choćby potencjalnego). Tym samym obowiązek można równocześnie wyprowadzić z art. 296 (akapit drugi) TFUE i art. 41 (2) (c) KPP, gdyż dzięki temu decyzje z zakresu pomocy publicznej będą należycie uzasadnione. Ponadto można argumentować, że postulat ten wpisuje się w bardziej ekonomiczne podejście, polegające na możliwie szerokim bazowaniu na „twardych" danych i dorobku nauk ekonomicznych w celu obiektywizacji procesu decyzyjnego podczas rozstrzygania spraw z zakresu prawa konkurencji (Hildebrand, 2016; Witt, 2017). Choć funkcjonuje od około trzech dekad, to mimo wielu postulatów nie znajduje wystarczającego zastosowania w obszarze pomocy państwa (Alborn & Berg, 2004; Bacon 2017; Temple Lang, 2014; Romariz, 2014).

Podsumowanie

Rozpoczynając podsumowanie przeprowadzonych rozważań, należy stwierdzić, że interpretacja kryterium selektywności zawsze będzie powodować pewne problemy, bo one immanentnie wynikają z istoty badania, które wymaga określenia, co znaczy sformułowanie „niektóre przedsiębiorstwa". Postulując zatem zmiany w dotychczasowym podejściu do jego interpretacji, można realistycznie oczekiwać jedynie zmniejszenia mogących się pojawiać problemów, nie zaś ich eliminacji. Innymi słowy, panaceum nie istnieje. Należy także dodać, że jest wiele spraw, gdzie ze względu na okoliczności faktyczne ocena selektywności jest jednoznaczna, i wówczas opisane w tekście mankamenty interpretacji nie ujawniają się.

Odnośnie do samych mankamentów podejścia do kryterium selektywności stosowanego do oceny domniemanych niepodatkowych środków pomocowych ujawnionych w toku analizy, można stwierdzić, że źródłem, z którego wypływają wszystkie wskazane problemy, jest brak rygoryzmu metodologicznego. Widać, że zarówno wyznaczenie systemu odniesienia, jak i późniejsza ocena porównywalności prawnej i faktycznej, mówiąc nieco eufemistycznie, krążą wokół kwestii konkurencyjności i realiów rynkowych, ale nie stawiają sprawy jasno, ograniczając się do dosyć abstrakcyjnego i intuicyjnego (przynajmniej sprawiającego takie wrażenie) podejścia.

Zdaniem autora prezentowany postulat wprowadzenia wyznaczenia rynku relewantnego jako obligatoryjnego elementu postępowań z zakresu pomocy państwa jest realistyczny, bo nie wiąże się z demontażem zasadniczego rozumienia selektywności, jak również nie wpływa na fundamenty oceny pomocy *ex ante*. Należy ponownie podkre-

ślić, że wyznaczenie rynku właściwego nie jest równoznaczne z dokonaniem oceny wpływu na handel i konkurencję, lecz ze stworzeniem systemu referencyjnego, który jest koncepcyjnie dobrze ugruntowany w prawie konkurencji UE i podbudowany bogatym dorobkiem analitycznym. Będzie to więc wprowadzenie do postępowań dotyczących wsparcia państwowego standardów oczekiwanych od „bardziej ekonomicznego podejścia".

Przypisy/Notes

[1] Np. C-308/01 GIL Insurance, EU:C:2004:252; C-279/08 P Komisja vs. Holandia, EU:C:2011:551, pkt 52.

[2] Zob. C-70/16 P Comunidad Autonoma de Galicia, Retegal vs. Komisja, ECLI:EU:C:2017:1002, pkt 61.

[3] Zob. Decyzja Komisji (UE) 2020/1472 z 20.03.2020 r. w sprawie pomocy państwa SA.39078 — 2019/C (ex 2014/N) wdrożonej przez Danię na rzecz Femern A/S, Dz.Urz. UE z 2020 r., L 339/1; Decyzja Komisji (UE) 2021/2034 z 10.06.2021 r. w sprawie pomocy państwa SA.28599 (C 23/2010) (ex NN 36/2010, ex CP 163/2009) wdrożonej przez Hiszpanię na rzecz rozwinięcia naziemnej telewizji cyfrowej na obszarach oddalonych i mniej zurbanizowanych (poza regionem Kastylia-La Mancha), Dz.Urz. UE z 2021 r., L 417/1.

[4] T-55/99 CETM vs. Komisja, EU:T:2000:223, pkt 39; T-159/99 HAMSA vs. Komisja, EU:T:2002:188, pkt 156. Powtórzone w zawiadomieniu Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz. UE z 2016 r., C262/1, pkt 189.

[5] 730/79 Philip Morris vs. Komisja, EU:C:1980:209, pkt 11; C-148/04 Unicredito, EU:C:2005:774, pkt 56; C-182/03 i C-217/03 Forum 187, EU:C:20060 416, pkt 131.

[6] C-15/14 Komisja vs. MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt, EU:C:2015:362, pkt 60.

[7] Por. C-15/98 i C-105/99 Sardegna Lines, EU:C:2000:570, pkt 66–67 i T-1/08 INTP Buczek vs. Komisja, EU:T:2015:653, pkt 102–108 z T-304/04 i T-316/04 Włochy i Wam vs. Komisja, EU:T:2006:239, pkt 76.

[8] T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 to 607/97, T-1/98, T-3/98 do T-6/98 i T-23/98 Alzetta Mauro i in. vs. Komisja, EU:T:2000:151, pkt 95; T-55/99 CETM vs. Komisja, pkt 102; T-58/13 Club Hotel Loutraki AE i in. vs. Komisja, EU:T:2015:1, pkt 88–89.

[9] 248/84 Niemcy vs. Komisja, EU: C: 1987: 437, pkt 18; C-15/98 i C-105/99 Sardegna Lines, pkt 66; C-279/08 P Holandia vs. Komisja, EU:C:2011:551, pkt 131; T-515/13 i T-719/13 Lico Leasing, EU:T:2015:1004, 198–204.

[10] 78/76 Steinke & Weiling, EU:C:1977:52, pkt 24; T-214/95 Het Vlaamse Gewest vs. Komisja, EU:T:1998:77, pkt 54; C-298/00 Włochy vs. Komisja, EU:C:2004:240, pkt 49; C-346/03 i C-529/03 Giuseppe Atzeni i in., EU:C:2006:130, pkt 74.

[11] Np. C-522/13 Navantia, EU:C:2014:2262, pkt 36; C-78/08 do C-80/08, Paint Graphos, EU:C:2011:550, pkt 5–8

[12] Istnieje linia orzecznicza TS, zgodnie z którą, jeżeli środek wydany jest przez władze regionalne o odpowiednim stopniu autonomii i obowiązuje na całym terytorium tego regionu, wówczas nie będzie selektywny. Zob. np. C-88/03 Azores, EU:C:2006:511; T-211/04 i T-215/04 Gibraltar, EU:T:2008:595. Ta kwestia nie wpływa w istotny sposób na argumentację prezentowaną w tekście głównym (dotyczy zasadniczo środków fiskalnych), dlatego będzie pominięta.

[13] Por. C-148/04 Unicredito, pkt 44–48 i C-66/02 Włochy vs. Komisja, EU:C:2005:768, pkt 94–98 z np. C-172/03 Heiser, EU:C:2005:130, pkt 27 i 33 i C-71/09 P, C-73/09 P i C-76/09 P Venezia vuole vivere, EU:C:2011:368, pkt 134.

[14] Sprawa po raz pierwszy była przedmiotem badania KE w decyzji 2014/489/UE z 19.06.2013 r. w sprawie pomocy państwa SA.28599 (C 23/10 (ex NN 36/10, ex CP 163/09)) wdrożonej przez Królestwo Hiszpanii na rzecz rozwinięcia naziemnej telewizji cyfrowej na obszarach oddalonych i mniej zurbanizowanych (poza regionem Kastylia-La Mancha), Dz.Urz. UE z 2014 r. L217/52). Została ostatecznie skutecznie zaskarżona w sprawie C-70/16 P Comunidad Autonoma de Galicia, Retegal vs. Komisja, gdzie przyczyną unieważnienia decyzji był brak odpowiedniego uzasadnienia selektywności. Nowa decyzja nie została zaskarżona.

[15] Np. C-172/03 Heiser i C-143/99 Adria-Wien, EU:C:2001:598.

[16] Por. z C-75/97 Maribel bis/ter, EU:C:1999:311, pkt 32; C-279/08 P Komisja vs. Holandia, pkt 50; T-143/12 Niemcy vs. Komisja, EU:T:2016:406, pkt 112 i 144.

[17] Jest to stanowisko do uzasadnienia także w świetle istniejącego dorobku. Z tym, że jeżeli obecnie środki skierowane do całego sektora również są *prima facie* selektywne, to argument o konkurencyjności jako wyznaczniku jest także do obrony, ale jeśli krajowe sektory konkurują na arenie międzynarodowej. Jest to założenie dające się uzasadnić danymi rynkowymi, ale nie było *explicite* artykułowane we wcześniejszym dorobku, nawet jeżeli okoliczności faktyczne spraw jednoznacznie do tego uprawniały jak np. C-6/97 Włochy vs. Komisja EU:C:1999:251 dotyczącej przedsiębiorstw zajmujących się transportem drogowym czy C-270/15 P Belgia vs. Komisja, EU:C:2016:489 dotyczącej sektora hodowli bydła.

[18] Np. T-222/04 Włochy vs. Komisja, EU:T:2009:194, pkt 66; T-379/09 Włochy vs. Komisja, EU:T:2012:422, pkt 47; T-287/11 Heitkamp, EU:T:2016:60, pkt 106–107.

[19] Tzw. pułapka celofanowa (*Cellophane fallacy*) po raz pierwszy zidentyfikowana w sprawie U.S. vs. E.I. du Pont przed Sądem Najwyższym w USA (351 U.S. 377, 76 S.Ct. 994, 100 L.Ed. 1264), określa sytuację, kiedy błędnie wyznaczony rynek właściwy nie obejmuje wszystkich konkurentów/substytucyjnych ofert i tym samym taki system referencyjny nie pozwala dostrzec zakłócenia konkurencji (Faull & Nikpay, 2014, s. 690).

[20] Zob. np. 173/73 Włochy vs. Komisja, pkt 13; C-75/97 Maribel bis/ter, pkt 25 C-81/10 P France Télécom vs. Komisja, EU:C:2011:811, pkt 17.

[21] Np. T-204/97 i T-270/97 EPAC vs. Komisja, EU:T:2000:148, pkt 75–76; T-109/01 Fleuren Compost, EU:T:2004:4, pkt 54; C-172/03 Heiser, pkt 44–46; C-270/15 P Belgia vs. Komisja, pkt 40.

[22] T-55/99 CETM vs. Komisja, pkt 53.

[23] T-92/00 i T-103/00 Territorio Histórico de Álava i in. vs. Komisja, EU:T:2002:61, pkt 60; T-427/04 i T-17/05 Francja i France Télécom vs. Komisja, EU:T:2009:474, pkt 230.

[24] C-88/03 Azores, pkt 81; C-78/08 do C-80/08, Paint Graphos, pkt 65 i 69; C-279/08 P Komisja vs. Holandia, pkt 76; C-522/13 Navantia, pkt 43.

[25] Decyzja Komisji (UE) 2018/160 z 30.06.2017 r. w sprawie pomocy państwa SA.44351 (2016/C) (ex 2016/NN) wdrożonej przez Polskę w odniesieniu do podatku od sprzedaży detalicznej, Dz.Urz. UE z 2018 r., L29/ 38), pkt 44–46.

[26] T-836/16 i T-624/17 Polska vs. Komisji, EU:T:2019:338 oraz C-75/18 Vodafone Magyarország, EU:C:2020:139; C-323/18 Tesco-Global Áruházak, EU:C:2020:140.

[27] Zob. zwłaszcza argumentacja zastosowana w sprawach C-256/97 DMT, EU:C:1999:332, pkt 29 T-55/99 CETM vs. Komisja, pkt 89 i 94; C-351/98 Hiszpania vs. Komisja, EU:C:2002:530, pkt 67; C-113/00 Hiszpania vs. Komisja, EU:C:2002:507, pkt 50.

[28] Taka konkluzja wynika z argumentacji KE zastosowanej np. w decyzji Komisji (UE) 2015/1586 z 26.02.2015 r. w sprawie środka SA.35388 (13/C) (ex 13/NN i ex 12/N) — Polska — Utworzenie portu lotniczego Gdynia-Kosakowo, Dz.Urz. UE z 2015 r., L250/165, pkt 105. Jeżeli na mocy powszechnie obowiązującego prawa operatorzy portów lotniczych muszą partycypować finansowo w utrzymaniu lotniskowej straży granicznej, to nowelizacja ustawy likwidująca ten wymóg byłaby programem pomocowym z racji selektywnego — sektorowego — zasięgu. Należy podkreślić, że to zagadnienie stanowiło *obiter dicta* dla głównej oceny pomocy, a decyzja została ostatecznie unieważniona (z przyczyn niezwiązanych z tą kwestią), ale zastosowana linia argumentacji jest reprezentatywna dla podejścia KE.

[29] Zob. np. T-217/17 FVE Holýšov i in. vs. Komisja, EU:T:2019:633 podtrzymany w C-850/19 P FVE Holýšov i in. vs. Komisja, EU:C:2021:740.

[30] Jest to do pewnego stopnia nieuniknione w praktyce, mimo iż w orzecznictwie podkreśla się formalną odrębność selektywności i przesłanek zaburzenia konkurenci i handlu (C-15/14 Komisja vs. MOL Magyar, pkt 59). Zwłaszcza wskazuje się, że proste skopiowanie konkluzji dotyczących selektywności samo w sobie nie wystarcza do uznania istnienia zaburzenia (C-15/98 i C-105/99 Sardegna Lines, pkt 66–67), choć praktyczny skutek tego stanowiska związany jest raczej ze stroną redakcyjną decyzji, nie zaś merytoryczną. Zob. w związku z tym dyskusja Romariz 2014, s. 47–48.

[31] Np. C-6/97 Włochy vs. Komisja; C-20/15 P Komisja vs. World Duty Free Group i in., EU: C: 2016: 981; C-270/15 P Belgia vs. Komisja, EU:C:2016:489.

[32] Ale obecnie wsparcie w sektorach zupełnie zamkniętych na konkurencję, czyli funkcjonujących jako prawne monopole, jest wprawdzie selektywne, ale nie powoduje zaburzenia konkurencji i handlu, więc nie stanowi pomocy w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE: Np. C-659/17 Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) vs. Azienda Napoletana Mobilita SpA. EU:C:2019:633; C-385/18 Arriva Italia Srl and Others v Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, EU:C:2019:1121 oraz decyzja KE SA.48706 Nordwasser, Dz.Urz. UE z 2021 r., C317/1

[33] C-106/09 P and C-107/09 P Komisja i in. vs. Gibraltar i in., EU:C:2011:732, pkt 91–108.

[34] Nawet przy wzmiankowanym rudymentarnym standardzie badania wpływu na rynek możliwość pojawienia się antykonkurencyjnych efektów w innych obszarach niż te, gdzie przyznana jest pomoc została dostrzeżona przez KE (decyzja Komisji z 2.10.2013 r. w sprawie rekompensaty należnej Simet SpA z tytułu świadczenia usług transportu publicznego w latach 1987–2003 (środek pomocy państwa SA.33037 (2012/C) — Włochy), Dz.Urz. UE z 2014 r., L114/98, pkt 98) i potwierdzona przez Sąd (T-15/14 Simet vs. Komisja, EU:T:2016:124).

[35] Ponadto w tym kontekście powstaje zagadnienie poboczne ogólniejszej natury. Test wypracowany w *acquis* powinien być możliwie ogólny, żeby dawał porównywalne i przewidywalne rezultaty w możliwie dużej liczbie późniejszych spraw, niezależne od ich *differentia specifica*. Jeżeli jednak specyfika określonego sektora uzasadnia zastosowanie dedykowanego podejścia będącego odstępstwem od ogólnie przyjętego standardu interpretacyjnego, to mając na względzie pewność prawa, należałoby postulować usankcjonowanie szczególnego podejścia za pomocą *soft law*, zamiast bazować na podejściu *ad hoc*.

[36] Np. C-143/99 Adria-Wien, pkt 41; C-409/00 Spanish Trucks II, EU:C:2003:92, pkt 47; C-308/01 GIL Insurance, pkt 68.

[37] C-88/03 Azores, pkt 56.

[38] T-210/02 RENV British Aggregates Association vs. Komisja, EU:T:2012:110.

[39] Np. C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P i C-213/02 P Dansk Rørindustri i in. vs. Komisja, EU:C:2005:408, pkt 453. Stanowisko dotyczące konieczności dostarczenia informacji wystarczających dla dokonania sądowej kontroli dotyczy wszystkich obszarów, gdzie akty prawa UE są zaskarżalne, dlatego całe orzecznictwo poświęcone tek kwestii może być zastosowane *per analogiam* do obszaru pomocy państwa.

[40] C-524/14 P Komisja vs. Hansestadt Lübeck, EU:C:2016:971.

[41] C-518/13 Eventech, EU:C:2015:9.

[42] Por. np. z 173/73 Włochy vs. Komisja, pkt 13; C-83/98 P. Francja v Ladbroke Racing i Komisja, EU:C:2000:248, pkt 25; C-452/10 P BNP Paribas i Banca Nazionale del Lavoro SpA (BNL) vs. Komisja, EU:C:2012:366, pkt 100.

[43] Por. *per analogiam* 730/79 Philip Morris vs. Komisja, pkt 11; C-148/04 Unicredito, pkt 56; C-217/03 Forum 187, pkt 131.

[44] W ramach postępowania muszą być wyznaczone równocześnie rynek geograficzny i produktu. Są to komplementarne elementy, które nie mogą być odseparowane — obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz.Urz. UE z 1997 r., C372/5, pkt 9.

[45] Należy odnotować, że sposoby wyznaczania rynku relewantnego funkcjonujące w prawie konkurencji w ostatnich latach stają się przedmiotem rosnącej krytyki jako zbyt statyczne i nieuwzgledniające dynamiki zmian na rynku (zob. Robertson, 2020). Abstrahując od oceny zasadności krytyki, zdaniem autora należy odnotować, że nie kwestionuje się samej idei zastosowania wspomnianego narzędzia, natomiast jej ostrze wymierzone jest w opóźnienie w przyjmowaniu nowych metod zwiększających dokładność badań. To dodatkowo ilustruje anachronizm podejścia stosowanego w obszarze pomocy państwa.

[46] Por. z ugruntowaną linią interpretacji z obszaru pomocy państwa, wymagającą wskazania jedynie, że badany środek może wpłynąć na konkurencję i handel, np. w sprawach T-288/97 Regione Friuli Venezia Giulia vs. Komisja, EU:T:2001:115, pkt 133; C-372/97 Włochy vs. Komisja, EU:C:2004:234, pkt 44; T-455/05 Componenta Oyj, EU:T:2008:597, pkt 102; C-494/06 P Komisja vs. Włochy i Wam SpA (Wam 2), EU:C:2009:272, pkt 50, która nie wymagałaby modyfikacji po realizacji dyskutowanego postulatu.

[47] Nawet przy obecnym standardzie badania wpływu na rynek ta kwestia została dostrzeżona w *acquis* dotyczącym pomocy państwa np. C-303/88 Włochy vs. Komisja (ENI-Lanerossi), EU:C:1991:136, pkt 27; C-75/97 Maribel bis/ter, pkt47 i 49; C-148/04 Unicredito, pkt 58. Niemniej w każdym przypadku mowa oczywiście o możliwym wpływie, jako że środek powinien być badany *ex ante*. Jeżeli byłby badany ex post, wówczas kwestia empirycznie obserwowalnego wpływu regionalnego, krajowego, unijnego czy międzynarodowego na rynek jest irrelewantna: C-310/99 Włochy vs. Komisja, EU:C:2002:143, pkt 85.

[48] Zob. C-222/04 Cassa di Risparmio di Firenze, EU:C:2006:8, pkt 142 i 145; T-308/11 Eurallumina vs. Komisja, EU:T:2014:894, pkt 73–75.

[49] T-816/17 i T-318/18 Luksemburg i Amazon vs. Komisja, EU:T:2021:252. Sprawa dotyczyła środków podatkowych, ale ta okoliczność jest w przedstawianym kontekście irrelewantna.

[50] Ugruntowana linia orzecznicza, której początek stanowi sprawa 27/76 United Brands vs. Komisja (Chiquita Bananas), EU:C:1978:22.

[51] Np. C-659/17 INPS; C-385/18 Arriva oraz decyzja KE SA.48706 Nordwasser.

[52] EU:C:2016:989. Zob. także w znacznej mierze przeciwny pogląd niż wyrażany przez autora: Biondi, 2012, s. 45.

Bibliografia/References

Ahlborn, C., & Berg, C. (2004). Can State aid learn from antitrust? The need for a greater role for competition analysis under the State aid rules. W: A. Biondi, P. Eeckhout, & L. Flynn (red.), *The law of State aid in the European Union*. Oxford University Press. https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199265329.003.0002

Bacon, K. (red.) (2017). *European Union law of State aid*. Oxford University Press.

Baker, J. B. (2007). Market definition: An analytical overview. *Antitrust Law Journal*, *74*(1), 129–173.

Biondi, A. (2010). The rationale of State aid: A return to orthodoxy. *Cambridge Yearbook of EU Law*, *12*, 35–52. https://doi.org/10.5235/152888712802636139

Budd, L., & Ison S. (red.) (2014). *Low cost carriers: Emergence, expansion and evolution*. Routledge.

Hildebrand, D. (2016). *The role of economic analysis in EU competition law: The European School*. Wolters Kluwer.

Faull, J., & Nikpay, A. (red.) (2014). *Faull and Nikpay: The EU law of competition*. Oxford University Press.

Fox, E., & Gerard, D. (red.) (2017). *EU competition law: Cases, texts and context.* Edward Elgar.

Hofmann, H. C. H., & Micheau, C. (red.) (2017) *State aid law of the European Union*. Oxford University Press.

Kociubiński, J. (2018). Selektywna korzyść krajowych środków podatkowych w prawie pomocy publicznej Unii Europejskiej. *Europejski Przegląd Sądowy*, (11), 10–15.

Kociubiński, J. (2020). Toxic relationship? Competition law scrutiny of airport-airline agreements — possibilities and challenges. *European Competition Law Review*, *41*(5), 251–259

Nicolaides, P., & Rusu I. E. (2012). The concept of selectivity: An ever wider scope. *European State Aid Law Quarterly*, *11*(4), 791–803. https://doi.org/10.21552/ESTAL/2012/4/314

Nykiel-Mateo, A. (2009). *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*. Wolters Kluwer.

Quigley, C. (red.) (2015). *European State aid law and policy*. Hart Publishing.
Robertson, V. H. S. E. (2020). *Competition law's innovation factor: The relevant market in dynamic contexts*. Oxford: Hart Publishing.
Romariz, C. (2014). Revisiting material selectivity in EU State aid law — or „The Ghost of Yet-To-Come". *European State Aid Law Quarterly,* 13(1), 3–50. https://doi.org/10.21552/estal/2009/4/150
Rossi-Maccanico, P. (2013). EU review of direct tax measures: Interplay between fundamental freedoms and State aid control. *EC Tax Review*, *1*, 19–28. https: //doi. org/10.54648/ecta2013003
Ruechardt, C. (2018). *EU State aid control of infrastructure funding*. Wolters Kluwer.
Säcker, F. -J., & Montag, F. (red.) (2016) *European State aid law: A commentary*. C.H.Beck, Hart Publishing, Nomos.
Temple Lang, J. (2014). EU State aid rules — The need for substantive reform. *European State Aid Law Quarterly*, *13*(4), 440–453. https://doi. org/10.21552/estal/2013/3/369
Witt, A. C. (2017). *The more economic approach to EU antitrust law*. Hart Publishing.

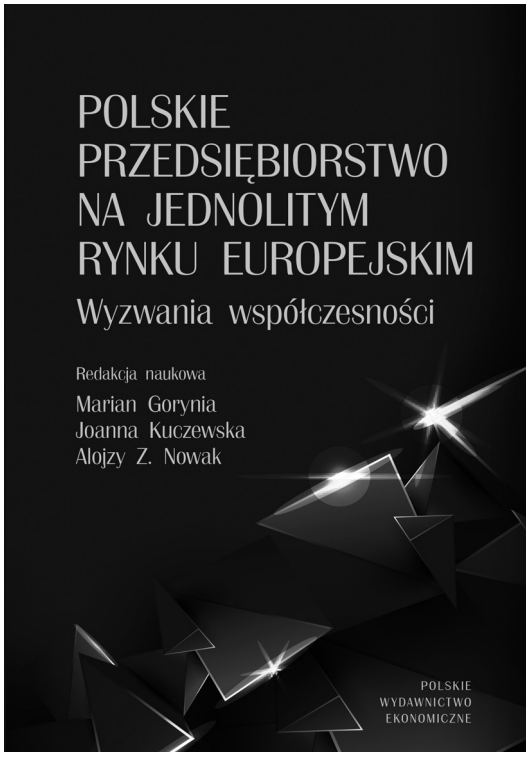
Dr hab. Jakub Kociubiński

Pracownik naukowo-dydaktyczny Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Specjalizuje się w problematyce prawa konkurencji UE ze szczególnym uwzględnieniem zagadnień z zakresu pomocy publicznej i regulacji transportu.

Dr hab. Jakub Kociubiński

Research and teaching employee of the Faculty of Law, Administration and Economics, University of Wrocław, Poland. Specializing in the EU competition law with a particular emphasis on State aid law and transport.

Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne poleca





Przedmiotem dociekań w niniejszej książce są współczesne wyzwania, przed jakimi stają przedsiębiorstwa funkcjonujące w ramach jednolitego rynku europejskiego. W intencji redaktorów i autorów praca ma być swego rodzaju „hołdem naukowym" złożonym prekursorowi badań nad strategiami firm działających na jednolitym rynku europejskim, przedwcześnie zmarłemu Profesorowi Andrzejowi Stępniakowi. Zamieszczone tutaj rozważania mogą stanowić swoistą kontynuację dociekań prowadzonych przez Profesora.

Uwzględniając powyższy kontekst, celem pracy jest po pierwsze określenie kluczowych uwarunkowań prowadzenia działalności biznesowej na jednolitym rynku europejskim. Po drugie celem pracy jest identyfikacja i ocena współczesnych wyzwań, z jakimi mierzą się przedsiębiorstwa europejskie. Chodzi tutaj w szczególności o konsekwencje globalnych przeobrażeń gospodarczych wywołanych pandemią COVID-19, zmiany strategii związane z brexitem oraz realizacją czwartej rewolucji przemysłowej.

Książka składa się z trzech części. Pierwsza część została poświęcona zagadnieniom związanym z implementacją kluczowych etapów integracji, tj. rynku wewnętrznego oraz unii gospodarczej i walutowej, wpływających na kształtowanie otoczenia biznesowego przedsiębiorstw w UE. W drugiej części zostały zaprezentowane kluczowe kwestie szeroko rozumianej polityki przedsiębiorczości w UE. W trzeciej części wyodrębniono główne obszary refleksji związanych z określeniem współczesnych wyzwań stojących przed przedsiębiorstwami europejskimi.

www.pwe.com.pl