

JAKUB KOCIUBIŃSKI

Uniwersytet Wrocławski
e-mail: kociubinski.jakub@prawo.uni.wroc.pl

Transport lotniczy jako usługa użyteczności publicznej — analiza unijnego modelu regulacji*

Wprowadzenie

Posiadanie odpowiedniej w stosunku do społecznych i ekonomicznych potrzeb regionu regularnej sieci połączeń lotniczych z resztą kraju jest warunkiem *sine qua non* zrównoważonego rozwoju gospodarczego i zaspokojenia potrzeb społeczności. W przypadku niektórych obszarów, ze względu na ich położenie, transport drogą powietrzną okazuje się niezastąpiony. Są to najczęściej peryferyjnie położone regiony, często w obszarach górskich, lub wyspy zamieszkiwane przez niewielkie społeczności. Dlatego obsługa tych połączeń może nie być racjonalna z ekonomicznego punktu widzenia. Zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej (*Public Service Obligation*) stanowi przewidzianą w prawie Unii Europejskiej (UE) odpowiedź na naszkicowany powyżej dylemat, jak zapewnić utrzymanie tras, które są społecznie użyteczne, ale nierentowne.

Tocząca się w Europie debata na temat sposobu ich regulacji na poziomie *acquis communautaire* z jednej strony odzwierciedla spór na temat roli państwa w gospodarce i rodzi wiele pytań związanych z interakcją między regułami konkurencji, prawem pomocy publicznej i swobodami rynku wewnętrznego a dą-

* Projekt został sfinansowany ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji numer DEC-2012/07/B/HS5/03951. Tekst powstał na podstawie referatu wygłoszonego na II Forum Innowacji Transportowych zorganizowanym przez fundację Centrum Analiz Transportowych i Infrastrukturalnych (CATI), które odbyło się w Warszawie 5–6 grudnia 2013 r.

żeniem do zwiększania spójności społecznej i terytorialnej. Z drugiej — stanowi także próbę wytyczenia granicy pomiędzy swobodą państw członkowskich w określaniu warunków, na jakich usługi użyteczności publicznej są świadczone na ich terytorium, co jest odbiciem politycznych wyborów dokonywanych przez władze publiczne, a podyktowaną koniecznością wypełniania postanowień prawa UE, które zmierzają do integracji rynku wewnętrznego¹.

Zagadnienie ma także wyraźny wymiar praktyczny. Usługa publiczna stanowi, bowiem narzędzie umożliwiające władzom publicznym i pośrednio portom lotniczym kształtowanie siatki połączeń do/z regionu, co poza pewnym wymiarem komercyjnym, w pierwszym rzędzie służy rozwojowi regionalnemu. Jak dotąd, tytułowa usługa nie funkcjonuje w Polsce, dlatego wydaje się zasadne w syntetyczny sposób przedstawić prawne ramy funkcjonowania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w transporcie lotniczym, w kontekście szans i wyzwań z tym związanych.

Koncepcja usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym — ramy dyskursu

Koncepcja usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym ma charakter autonomiczny². Mimo niewątpliwych podobieństw do znaczeniowo zbliżonych krajowych pojęć usług użyteczności publicznej (zwłaszcza francuskiej *service public* i niemieckiej *Daseinsvorsorge*), wzmiankowana koncepcja i związany z nią dorobek orzecznictwa oraz doktryny powstały na gruncie prawa unijnego i w związku z tym nie mogą być postrzegane w kategorii prostej analogii z modelami krajowymi³.

Analiza leksykalna przedmiotowego pojęcia występującego w art. 14 i 106 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE) oraz art. 36

¹ Szerzej por. J. Kociubiński, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w prawie Unii Europejskiej. Wyzwanie dla europejskiego modelu gospodarczego*, Toruń 2013.

² S. Dudzik, *Usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym w prawie Wspólnoty Europejskiej*, [w:] *Prawo gospodarcze Wspólnoty Europejskiej na progu XXI wieku*, red. C. Mik, Toruń 2002, s. 292–313; R. Lane, *EC competition law*, Harlow 2000, s. 231; V. Emmerich, *Monopole i Przedsiębiorstwa publiczne*, [w:] *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, red. M. Dausies, R. Skubisz, Warszawa 1999, s. 925.

³ J. Kociubiński, *op. cit.*, s. 79–97; H. Schweitzer, *Services of general economic interest: European law's impact on the role of markets and of member states*, [w:] *Market integration and public services in the European Union*, red. M. Cremona, Oxford 2011, s. 13. Por. także M. Szydło, *Swobody rynku wewnętrznego a reguły konkurencji. Między konwergencją a dywergencją*, Toruń 2006, s. 503–505.

Karty Praw Podstawowych (dalej: KPP) pozwala wyodrębnić dwa kluczowe elementy⁴: ogólny interes, któremu służą, oraz gospodarczy charakter⁵.

Pierwszy z komponentów zbliżony jest do pojęcia interesu publicznego występującego w wielu porządkach państw członkowskich (*algemeen belang, d'intérêt public, public interest* itp.)⁶. Można zatem stwierdzić, że oznacza świadczenia, które władza publiczna uznaje za niezbędne dla społeczności i w związku z tym gwarantuje ich dostępność na pożądanym poziomie, będąc za to konstytucyjnie odpowiedzialną i posiadając w związku z tym szczególne środki interwencji⁷. Jednocześnie, to państwa członkowskie co do zasady określają katalog przedmiotowych usług, a ich wybór kontrolowany jest na poziomie unijnym tylko pod kątem występowania „rażących błędów w ocenie” (*manifest error of assessment*)⁸. Szczególnie, z art. 14 TFUE wynika, że organizacja usług świadczonych

⁴ Wersja skonsolidowana Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE z dnia 26 października 2012 r., C 326/47; Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE z dnia 26 października 2012 r., C 326/391. Dalsze cytowanie TFUE z tego źródła.

⁵ Komunikat Komisji dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Dokument uzupełniający do komunikatu dotyczącego jednolitego rynku na miarę Europy XXI wieku Usługi świadczone w interesie ogólnym, w tym usługi socjalne świadczone w interesie ogólnym: nowe zobowiązanie europejskie, Bruksela 20 listopada 2007 r., COM(2007) 725 final, pkt. 2.1 i 2.3.

⁶ P. Herzog, *When Europe opens the door to public services*, „L'Option de Confrontation Europe” 2004, n. 20, s. 31; J. Banquero Cruz, *Beyond competition: services of general interest and European community law*, [w:] *EU law and the welfare state: In search of solidarity*, red. G. de Búrca, Oxford 2005, s. 169; J. Gundel, *Article 86*, [w:] *Competition law: European community. Practice and procedure. Article-by-article commentary*, red. G. Hirsch, F. Montag, F.-J. Säcker, London 2007, s. 1293.

⁷ Komunikat Komisji. Usługi użyteczności publicznej w Europie, 20 września 2000 r., COM(2000) Dz. Urz. UE C 17 z dnia 19 stycznia 2001 r., s. 4; Komisja Europejska. Zielona Księga w sprawie usług użyteczności publicznej. Dnia 21 maja 2003 r., COM(2003) 270 final., pkt 1.17. Por. także P. Behrens, *Public service and the internal market — an analysis of the Commission's communication on services of general interest in Europe*, „European Business Organization Law Review” 2001, t. 2, z. 3–4, s. 469–492; E. Malaret Garcia, *Public service, public services, public functions and guarantees of rights of citizens: Unchanging needs in a changed context*, [w:] *Public services and citizenship in European law. Public and labour law perspectives*, red. M. Freedland, S. Sciarra, Oxford 1998, s. 57 oraz Opinia Rzecznik Generalnej Stix-Hackl do połączonych spraw C-34/01 i C-38/01, *Enirisorse SpA v Ministero delle Finanze*, [2003] ECR I-14243, pkt 96. Podobne uzasadnienie znajduje się również w orzeczeniu TS 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) v Commission of the European Communities*, [1983] ECR 483, pkt 19–33.

⁸ Komunikat Komisji z 2000 r., pkt 3.22; oraz orzeczenia Sądu T-106/95, *Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA), Union des sociétés étrangères d'assurances (USEA), Groupe des assurances mutuelles agricoles (Groupama), Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurances (FNSAGA), Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances (FCA) and Bureau international des producteurs d'assurances et de réassurances (BIPAR) v Commission of the European Communities* [1997] ECR II-00229, pkt 192; T-17/02, *Fred Olsen, SA v Commission of the European Communities*, [2005] ECR II-02031, pkt 216; T-289/03, *British United Provident Association Ltd (BUPA), BUPA Insurance Ltd and BUPA Ireland Ltd v Commis-*

w ogólnym interesie gospodarczym należy do kompetencji dzielonych między Unię a państwa członkowskie, chociaż z brzmienia przepisu nie wynika, gdzie ta granica się znajduje⁹.

Gospodarczy charakter oznacza, że operatorem — podmiotem świadczącym dane usługi w interesie ogólnym jest przedsiębiorstwo w rozumieniu prawa UE¹⁰. Przy zastosowaniu przyjętej na gruncie *acquis communautaire* funkcjonalnej definicji, przedsiębiorstwem będzie każdy podmiot niezależnie od statusu prawnego i mechanizmu finansowania, który prowadzi działalności gospodarczą interpretowaną jako każde oferowanie towarów i/lub usług na rynku, niezależnie czy jest to aktywność prowadzona dla zysku, czy też nie¹¹.

sion of the European Communities [2008] ECR II-00081, pkt. 166 i 169; T-442/03, *SIC — Sociedade Independente de Comunicação, SA v Commission of the European Communities* [2008] ECR II-01161, pkt 195. Por. także D. Grespan, *Services of general economic interest*, [w:] *EU competition law. Volume IV. State Aid. Book Two*, red. W. Mederer, N. Pesaresi, M. Van Hoof, Leuven 2008, s. 1143; J. Kociubiński, *Artykuł 14*, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej — komentarz. Tom I*, red. A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak, Warszawa 2012, s. 265–280; J. Kociubiński, *Pojęcie usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w europejskiej polityce konkurencji*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2011, z. 8, s. 4–11.

⁹ J. Kociubiński, *Artykuł 14...*, s. 265–280. Por. także J.L. Buendia Sierra, *Exclusive rights and state monopolies under EC law. Article 86 (formerly article 90) of the EC treaty*, Oxford 1999, s. 333–334; M. Klasse, *Services of general economic interest*, [w:] *European state aid law handbook*, red. M. Heidenhain, München, Oxford, Baden-Baden 2010, s. 505.

¹⁰ E. Kosiński, *Rodzaje i zakres sektorowych wyłączeń zastosowania ogólnych reguł ochrony konkurencji*, Poznań 2007, s. 133–134. Unijne reguły konkurencji adresowane są do przedsiębiorstw: Tytuł VII — Wspólne reguły w dziedzinie konkurencji, podatków i zbliżania ustawodawstw, rozdział 1 — reguły konkurencji, sekcja 1 — reguły mające zastosowanie do przedsiębiorstw. TFUE Por. D. Miąsik, G. Materna, A. Jurkowska-Gomułka, *Artykuł 101*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, red. A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak, Warszawa 2012, s. 182–313 i A. Jurkowska-Gomułka, *Artykuł 102*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu...*, s. 314–349.

¹¹ Orzeczenie TS C-41/90 *Klaus Höfner i Fritz Elser p. Macrotron GmbH* [ECR] 1991, I-1979. Należy odnotować, że po raz pierwszy definicja pojęcia „przedsiębiorstwo” została sformułowana przez Trybunał na gruncie wykładni nieobowiązującego już Traktatu ustanawiającego Europejską Wspólnotę Węgla i Stali w orzeczeniu w sprawach połączonych 17/61 i 20/61 *Klöckner-Werke und Hösch p. Wysokiej Władzy* [1962] ECR 653. Por. także orzeczenia TS C-180/98 do C-184/98 *Pavel Pavlov and Others v. Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, [2000] ECR I-6451, pkt 75; 323/82 *SA Intermills v Commission of European Communities*, [1984] ECR 3809, pkt 11; C-159/91 i C-160/91 *Christian Poucet v Assurances Générales de France i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon*, [1993] ECR I-637, pkt 17; C-364/92 *SAT Fluggesellschaft mbH v. Eurocontrol*, [1994] ECR I-43, pkt 18; C-244/94 *Fédération Française des Sociétés d'Assurance, Société Paternelle- Vie, Union des Assurances de Paris-Vie and Caisse d'Assurances et de Prévoyance Mutuelle des Agriculteurs p. Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, [1995] ECR I-4013, pkt 14; C-55/96 *Job Centre coop. arl.* [1997] ECR I-7119, pkt 21; T-61/89 *Dansk Pelsdyravelerforening v Commission of European Communities*, [1992] ECR II-1931, pkt 50; C-260/89, *Elliniki Radio-phonía Tiléorassi AE (ERT) and Panellinia Omospondia Syllogon Prosspikou v Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP) and Sotirios Kouvelas and Nicolaos Avdellas and Others*, [1991] ECR I-2925, pkt 31; T-513/93 *Consorzio Nazionale degli Spedizionieri Doganali (CNSD) v Commission of European Communities*, [2000] ECR II-1807, pkt 36; C-244/94 *FFSA*, pkt 14; C-35/96, *Commission of*

Daje się zatem zauważyć pewną wewnętrzną sprzeczność wpisaną w samą istotę koncepcji, którą można opisać jako prowadzenie działalności gospodarczej w interesie publicznym¹². Jest *prima facie* oczywistym fakt, że zasadniczy *raison d'être* działalności gospodarczej stanowi zysk¹³. Aktywności związane z zaspakajaniem życiowych potrzeb społeczności kierują się innym paradygmatem, szczególnie że ze względu na charakterystykę działalności w sferze użyteczności publicznej, może nie być mechanizmów rynkowych zapewniających pożądany poziom realizacji danej usługi¹⁴. Niedomogi rynku (*market failures*) wymagają zatem podjęcia działań kompensacyjnych umożliwiających świadczenie określonych usług w ogólnym interesie gospodarczym na warunkach finansowych akceptowalnych dla dostawcy¹⁵.

European Communities v Italian Republic (Italian Customs Agents), [1998] ECR I-3851, pkt 36; C-55/96, *Job Centre*, pkt 21; C-67/96 *Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie* [1999] ECR I-5751, pkt 77; T-128/98 *Aéroports de Paris v Commission of European Communities* [2000] ECR II-3929, pkt 107; C-309/99 *J.C.J. Wouters, J.W. Savelbergh and Price Waterhouse Belastingadviseurs BV p. Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, intervenier: Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap* [2002] ECR I-1577, pkt 46; T-319/99 *Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN) v Commission of European Communities* [2003] ECR II-357, pkt 35; C-218/00 *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)* [2002] ECR I-691, pkt 22; C-264/01, C-306/01, C-354/01 i C-355/01, *AOK Bundesverband and others v Ichthyol-Gesellschaft Cordes, Hermani & Co. and others* [2004] ECR I-2493, pkt 46; C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, i C-208/02 P–C-213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH and others, KE KELIT Kunststoffwerk GmbH, Brugg Rohrsysteme GmbH, LR af 1998 (Deutschland) GmbH i ABB Asea Brown Boveri Ltd v Commission of European Communities* [2005] ECR I-5425, pkt 112; T-155/04 *SELEX Sistemi Integrati SpA v Commission of European Communities* [2006] ECR II-4797, pkt 50. oraz decyzje IV/31.149 – *Polypropylene*, Dz. Urz. WE z dnia 18 sierpnia 1986 r., L 230/1; IV/33.384 i IV/33.378 – *Distribution of package tours Turing the 1990 World Cup*, Dz. Urz. WE z dnia 12 listopada 1992 r., L326/31, pkt 43; IV/32.150 — *EBU/Eurovision System*, Dz. Urz. UE z dnia 27 lipca 1993 r., L 179/23, pkt 45; IV/35.767 — *Ilmailulaitos/Luftfartsverket*, Dz. Urz. UE z dnia 16 marca 1999 r., L 69/24, pkt 21; IV/36.888 — *1998 Football World Cup*, Dz. Urz. UE z dnia 8 stycznia 2000 r., L 5/55, pkt 65; COMP/37.859 — *De Post-La Poste*, Dz. Urz. UE z dnia 2 marca 2002 r., L 61/32, pkt 35.

¹² A. Jones, B. Sufrin, *EC competition law. Texts, cases & materials*, Oxford 2008, s. 621.

¹³ Por. Komunikat Komisji z 2000 r., s. 17. Por. w związku z tym H. Cox, *Decision Criteria and Principles for Public Services*, „Les annales de l'économie publique, sociale et cooperative” 1995, t. 66, nr 2, s. 152. Por. także orzeczenia TS C-380/98, *The Queen v H. M. Treasury, ex parte University of Cambridge* r. [2000] ECR I-8035, pkt 16; C-373/00, *Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH* r. [2003] ECR I-1931, pkt. 41–42. Również opinia Rzecznika Generalnego Colomera do sprawy C-393/06, *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH v Fernwärme Wien GmbH* r. [2008] ECR I-02339, pkt 31.

¹⁴ J.L. Buendia Sierra, *Article 86 — Exclusive rights and other anti-competitive state measures*, [w:] *Faull & Nikpay the EC law of competition. Second edition*, red. J. Faull, A. Nikpay, Oxford 2007, s. 590–593; D. Grespan, *op. cit.*, s. 1124–1127; J. Gundel, *op. cit.*, s. 1293–1295; A. Jones, B. Sufrin, *op. cit.*, s. 22.

¹⁵ J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji wobec przedsiębiorstw zobowiązanych do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym a zasada proporcjonalności*, „Studia Prawnicze” 2011, z. 2, s. 165–168; J. Kociubiński, *Usługi świadczone....*, s. 106–112 i 261–276.

Istota zobowiązania do świadczenia usługi publicznej

Public Service Obligation stanowi prawny łącznik między organem władzy publicznej, który prawnie i faktycznie odpowiada za dostępność określonej usługi publicznej, a jej faktycznym wykonawcą — podmiotem „zewnętrznym”, przedsiębiorstwem, linią lotniczą¹⁶. Zobowiązanie pozwala z jednej strony na utworzenie preferencyjnych warunków działania dla operatora mających zrekompenzować różnego rodzaju nieomówione rynki, a z drugiej — wprowadza element odpowiedzialności wykonawcy w przypadku braku lub nienależytego wykonania danej usługi¹⁷.

Co do zasady, państwa dysponują swobodą w ustalaniu prawnej formy, jaką przybierze zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej¹⁸. Wynika to w znacznej mierze z różnic między poszczególnymi instrumentami prawnymi regulującymi stosunki zobowiązania w państwach członkowskich¹⁹. Rozporządzenie 1008/2008 w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty określające warunki świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w sektorze transportu publicznego, wprowadza zestaw minimalnych wymogów formalnych dla aktu powierzenia²⁰. Umowa, która jest determinowana kształtem poprzedzającego jej zawarcie zaproszenia do składania ofert, musi obejmować: „normy obowiązujące w ramach obowiązku użyteczności publicznej; zasady dotyczące zmian i zakończenia umowy, w szczególności w celu uwzględnienia niemożliwych do przewidzenia zmian; okres ważności umowy;

¹⁶ D. Grespan, *op. cit.*, s. 1137; Services of General Economic Interest. Opinion Prepared by the State Aid Group of EAGCP, 29 June 2006, s. 2.

¹⁷ Orzeczenie TS w sprawie C-205/99, *Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) and Others v Administración General del Estado* [2001] ECR I-01271, pkt. 63–64. Por. także orzeczenia TS C-157/94, *Commission of the European Communities v Kingdom of the Netherlands*, [1997] ECR I-5699, pkt 40; 7/82, *Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) v Commission of the European Communities*, [1983] ECR 483, pkt 29–33. Por. także poprzedzające orzeczenie decyzja IV/29.839 — *GVL*, Dz. Urz. WE z dnia 28 grudnia 1981 r., L 370/49, pkt 66. Por. także decyzja KE w sprawie 2003/216/EC — *livret A and livret bleu*, Dz. Urz. UE L 88 z dnia 4 kwietnia 2003 r., s. 39. Decyzja została zaskarżona następnie do TS, który ostatecznie orzekł o jej nieważności z powodu niedopełnienia obowiązku uzasadnienia bez odnoszenia się do samej jej treści. Orzeczenie Sądu T-93/02, *Confédération nationale du Crédit mutual v Commission of the European Communities (livret A and livret bleu)* [2005] ECR II-143.

¹⁸ Orzeczenia TS C-393/92, *Municipality of Almelo and others v NV Energiebedrijf IJsselmij*, [1994] ECR I-01477, pkt 47; T-17/02, *Fred Olsen*, pkt 188. Por. także orzeczenie TS C-205/99, *Analir*, pkt 64 oraz Komunikat Komisji w sprawie usług użyteczności publicznej w Europie, Dz. Urz. UE z dnia 26 września 1996 r., C 281/3, pkt 22.

¹⁹ J. Gundel, *op. cit.*, s. 1295.

²⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 1008/2008 z dnia 24 września 2008 r. w sprawie wspólnych zasad wykonywania przewozów lotniczych na terenie Wspólnoty (Wersja przekształcona), Dz. Urz. UE z dnia 31 października 2008 r., L 293/3.

sankcje w przypadku niewywiązania się z umowy; obiektywne i przejrzyste parametry, na podstawie których oblicza się ewentualną rekompensatę za wypełnianie obowiązku użyteczności publicznej²¹. Wyliczenie nie ma charakteru taksatywnego, dlatego ustanowienie ewentualnych dodatkowych wymogów należy do kompetencji państw członkowskich²².

Zobowiązanie powinno obejmować jedynie minimum świadczeń niezbędnych do realizacji celów leżących w ogólnym interesie gospodarczym²³. W analizowanym sektorze obejmuje minimalną liczbę regularnych połączeń spełniających ustalone przez organ powierzający normy dotyczące ciągłości, regularności, ustalania taryf lub minimalnej pojemności²⁴. Powyższe parametry muszą być proporcjonalne w stosunku do potrzeb gospodarczych danego regionu²⁵. Dodatkowo konieczne jest dokonanie analizy, czy można wypełnić misję wzmiankowanych usług (zasadniczo w zakresie zapewnienia spójności społecznej i terytorialnej) za pomocą innych środków transportu, głównie lądowego²⁶. Jest to istotne zwłaszcza w przypadku tras łączących porty lotnicze w kontynentalnej części Europy, gdzie ze względu na dobrze rozbudowaną infrastrukturę drogową i kolejową istnienie takiej alternatywy jest realne²⁷. W tym kontekście zwraca jednak uwagę, że zobowiązanie do świadczenia usługi publicznej jest nałożone na wiele tras znajdujących się w kontynentalnej części Francji (*inter alia*: Lyon (Saint-Exupéry)–Angers/Bougers, Le Havre, Lorient, Tours czy Clermont-Ferrand–Lille, Toulouse, Marseille) niebędących miejscami odizolowanymi od infrastruktury transportowej kraju²⁸.

²¹ Art. 16 ust. 3 lit. a–e rozporządzenia 1008/2008.

²² Art. 17 ust. 3 rozporządzenia 1008/2008.

²³ Art. 16 ust. 1 w połączeniu z art. 16 ust. 3 lit. a rozporządzenia 1008/2008.

²⁴ Art. 16 ust. 1 rozporządzenia 1008/2008. Por. również G. Williams, *European experience of public service obligation*, [w:] *Air transport provision in remoter regions*, red. G. Williams, S. Bråthen, Farnham 2010, s. 99–113 oraz orzeczenie Sądu T-260/94, *Air Inter SA v Commission of the European Communities* [1997] ECR I-997, pkt 138.

²⁵ *Ibidem*. Por. w związku z tym J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji...*, s. 168–176.

²⁶ Art. 16 ust. 1 lit. b rozporządzenia 1008/2008. Transport kolejowy uznaje się za alternatywny, jeżeli czas przejazdu pociągu na danej trasie nie jest dłuższy niż trzy godziny i połączenia oferowane są z wystarczającą częstotliwością. Za wypełniające te przesłanki zostały uznane połączenia Paryż–Lille i Paryż–Bruksela obsługiwane przez pociągi TGV, na których francuski narodowy operator Air France wstrzymał operacje. Por. J. Kociubiński, *Relevant market in commercial aviation of the European Union*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2011, nr 1, s. 12–21; N. Neganman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Stragier, *Transport*, [w:] *Faull & Nikpay...*, s. 1579–1580. oraz decyzja C.38.477, *British Airways/SN Brussels Airways*, Dz. Urz. UE z dnia 8 listopada 2002 r., C 306/5, pkt. 29–32.

²⁷ K.J. Button, *Aviation deregulation in the European Union: Do actors learn in the regulation game?*, „Contemporary Economic Policy” 1996, nr 1; D. Rucińska, A. Ruciński, D. Tłoczyński, *Transport lotniczy. Ekonomika i organizacja*, Gdańsk 2012, s. 55–56.

²⁸ Pełna lista tras z nałożonym zobowiązaniem publikowana jest na stronach Komisji Europejskiej http://ec.europa.eu/transport/modes/air/internal_market/psa_en.htm (dostęp: 9.11.2013).

Organizacja operacji na trasach objętych zobowiązaniem do świadczenia usługi publicznej

W przypadku usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym w sektorze transportu lotniczego zobowiązanie może być nałożone w stosunku do regularnego przewozu lotniczego między portem lotniczym w Unii Europejskiej a „portem obsługującym region peryferyjny lub rozwijający się położony na swoim terytorium lub na drugorzędnej trasie do dowolnego portu lotniczego na swoim terytorium, którą uznaje się za żywotnie ważną dla gospodarczego i społecznego rozwoju regionu, który jest obsługiwany przez ten port lotniczy”²⁹.

Wybór tras, na które nałożone może być zobowiązanie do świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym, w dalszym stopniu determinuje ogólna zasada, że interwencja władz publicznych jest uzasadniona tylko w sytuacji, gdy nieskorygowany mechanizm rynkowy nie może zapewnić odpowiedniego poziomu realizacji danej użytecznej publicznie usługi³⁰. Innymi słowy, zobowiązanie musi mieć charakter „zewnętrzny” w stosunku do operatora, czyli nie może leżeć w jego ekonomicznym interesie, co oznacza, że przewoźnicy nie przyjęliby go, jeżeli braliby pod uwagę wyłącznie własny interes handlowy³¹. A zatem proces określenia trasy przebiega zasadniczo dwuetapowo. Pierwszemu krokowi związanemu z wytypowaniem trasy musi towarzyszyć drugie stadium polegające na zbadaniu, czy istnieją niedomogi rynku uzasadniające interwencję regulatora³².

Oczywiście, uwzględniając charakter kontroli *ex post* sprawowanej przez Komisję, państwa członkowskie posiadają dosyć szeroki margines swobody w wyborze tras³³. Innymi słowy, analiza rentowności danej trasy może w rzeczywistości nie występować lub mieć jedynie charakter rudymenarny. Od czysto praktycznej strony, biorąc pod uwagę fakt, że informacje o wszczęciu procedury wyboru operatora publikowane są w Dzienniku Urzędowym UE, Komisja posiada dobre rozeznanie i w związku z tym może na bieżąco reagować, jeżeli uzna, że

²⁹ Art. 16 ust. 1 rozporządzenia 1008/2008. Definicja regionu najbardziej oddalonego znajduje się w art. 299 ust. 2 TFUE.

³⁰ J.L. Buendia Sierra, *Article 86...*, s. 590–596; D. Grespan, *op. cit.*, s. 1137–1140; J. Gundel, *op. cit.*, s. 1293; A. Jones, B. Sufrin, *op. cit.*, s. 22–30. J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji...*, s. 168; E. Malaret Garcia, *op. cit.*, s. 57.

³¹ Art. 16 ust. 1 rozporządzenia 1008/2008.

³² J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 138–143.

³³ Komunikat Komisji z 2000 r., pkt 3.22; orzeczenia Sądu T-106/95, *FFSA*, pkt 192; T-17/02, *Fred Olsen*, pkt 216; T-289/03, *BUPA*, pkt 166 i 169; T-442/03, *SIC*, pkt 195. Por. także D. Grespan, *op. cit.*, s. 1143; J. Kociubiński, *Artykuł 14...*, s. 265–280; J. Kociubiński, *Pojęcie usług świadczonych...*, s. 4–11.

państwo popełniło „rażący błąd w ocenie”³⁴. Jak dotąd nie zapadła jednak decyzja (potwierdzona przez Trybunał) stwierdzająca wystąpienie takiego błędu³⁵.

Dodatkowo wybór trasy i jednocześnie w pewnym stopniu także kształt stosunku łączącego władze z operatorem determinowany jest koniecznością ograniczenia każdego konkretnego zobowiązania do dwóch miast — portów lotniczych³⁶. Wynika to w znacznej mierze ze stosowanej w *acquis communautaire* definicji rynku właściwego (relevantnego)³⁷. Stosowane jest podejście, zgodnie z którym każda para miast stanowi odrębny rynek na potrzeby analizy konkurencyjności, która jest krokiem poprzedzającym aplikację przepisów szeroko pojętego prawa konkurencji (*O&D — point-of-origin/point-of-destination*)³⁸. Przyjęta metodologia nieuwzględniająca efektu sieciowego i transferu pasażerów występującego u przewoźników działających w systemie *hub-and-spoke*, wydaje się, że wyklucza możliwość wzbogacenia wymogów stawianych wykonawcy usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym o wszelkiego rodzaju elementy związane z korelacją/koordynacją siatki połączeń w tym z siatkami innych operatorów (np. *code-sharing*)³⁹. Oczywiście, w przypadku połączeń obszarów peryferyjnych z dużym portem lotniczym o charakterze przesiadkowym, wzmiankowany efekt sieciowy będzie *de facto* istniał (przynajmniej w pewnym stopniu)⁴⁰.

Należy jednak odnotować, że rozporządzenie 1008/2008, określając, że przedmiotowe zobowiązanie musi dotyczyć dwóch miast, wskazuje na możliwość uwzględnienia „punktów międzylądowania”, akt milczy jednak na temat charakteru tych punktów⁴¹. Na poziomie regulacji pojawia się zatem wątpliwość, czy międzylądowania mogą mieć charakter komercyjny i wiązać się z załadunkiem/wyładunkiem pasażerów, czy mieć jedynie charakter techniczny podyktowany operacyjnymi uwarunkowaniami danej trasy. Przyjęcie pierwszej interpretacji oznaczałoby efektywne poszerzenie rynku właściwego i rozszerzenie zobowiąza-

³⁴ Art. 16 ust. 4 rozporządzenia 1008/2008.

³⁵ Por. T-266/07, *Air One v Commission of the European Communities*, (wykreślona z rejestru), (2007/C 211/101).

³⁶ Art. 16 ust. 4 lit. a rozporządzenia 1008/2008.

³⁷ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji, Dz. Urz. UE z dnia 9 grudnia 1997 r., C 372/5. J. Kociubiński, *Relevant Market in...*, s. 12–21; B. van Houtte, *Relevant markets in air transport*, „Common Market Law Review” 1990, nr 3, s. 527–528.

³⁸ *Ibidem.*; por także decyzje KE w sprawach M.3280 — *Air France/KLM*, Dz. Urz. UE z dnia 9 marca 2004 r., C 60/5; 2004/841/EC, *Air France/Alitalia*, Dz. Urz. UE z dnia 9 grudnia 2004 r., L 362/17; orzeczenie Sądu T-300/04, *easyJet Airline Company v Commission of the European Communities* (wykreślona z rejestru, Dz. Urz. UE z dnia 20 października 2007 r., C 247/41).

³⁹ Por. w związku z tym decyzja M.2041 — *United Airlines/US Airways*, Dz. Urz. UE z 29.09.2000, C 277/5. Efekt sieciowy został *implicite* przyjęty do wiadomości KE w decyzji M.3280 — *Air France/KLM*, Dz. Urz. UE z dnia 9 kwietnia 2004 r., C 60/5, pkt. 10–16 i 130–135.

⁴⁰ Por. *inter alia* J. Kociubiński, *Relevant Market in...*, s. 12–21; M. Negman, M. Jaspers, R. Wezenbeek, J. Stragier, *Transport...*, s. 1581–1583; G. Dobson, P.L. Lederer, *Airline scheduling and routing in a hub-and spoke system*, „Transportation Science” 1993, z. 3, s. 281–297.

⁴¹ Art. 16 ust. 4 lit. a rozporządzenia 1008/2008.

nia na dwie pary miast, z których jedna mogłaby być ekonomicznie samowystarczalna⁴². W obliczu aksjologii usług świadczonych zarówno w ogólnym interesie gospodarczym, jak i wskazanej powyżej stosowanej metody wyznaczania rynku właściwego (*O&D*) wydaje się, że należy tę wykładnię odrzucić.

Wybór wykonawcy danej usługi świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym w sektorze transportu lotniczego, mający formę przetargu publicznego, określony w rozporządzeniu 1008/2008 stanowi *lex specialis* w stosunku do prawa zamówień publicznych⁴³. Uprawnionym jest twierdzenie, że wypracowane standardy dotyczące przejrzystości, transparentności (*transparency*) obowiązujące zarówno w przypadku zamówień publicznych *sensu stricto*, jak i koncesji na świadczenie usług publicznych, do których stosuje się ogólne traktatowe reguły rynku wewnętrznego, znajdują także zastosowanie w przypadku procedury wyboru operatora usługi publicznej w transporcie lotniczym (tzw. *principle of consistent interpretation*)⁴⁴. Dystynkcja między tymi mechanizmami ma zatem charakter proceduralny, techniczny, a nie aksjologiczny⁴⁵.

Analogicznie jak w przypadku zamówień publicznych wybór operatora usługi publicznej w transporcie lotniczym respektować musi fundamentalne zasady *acquis communautaire*⁴⁶. Zwraca w tym miejscu uwagę wzmiankowana zasada przejrzystości⁴⁷. Można wysunąć twierdzenie, że stanowi narzędzie umożliwiającej kontrolę, czy pozostałe zasady, w szczególności zakazu dyskryminacji i uczciwej konkurencji, nie zostały naruszone⁴⁸. *Per analogiam* z prawem zamówień pu-

⁴² Por. *inter alia* G. Williams, *op. cit.*; G. Williams, *European experience with direct subsidization of air services*, „Public Money & Services” 2005, nr 3, s. 151; G. Williams, R. Pagliari, *A comparative analysis of the application and use of public service obligations within the EU*, „Transport Policy” 2004, nr 11, s. 55.

⁴³ J. Kociubiński, *Usługi świadczone*..., s. 222.

⁴⁴ A. Sánchez Graells, *Public procurement and the EU competition rules*, Hart Publishing, Oxford 2011, s. 201–208. Por. także orzeczenia TS C-160/01, *Karen Mau v Bundesanstalt für Arbeit*, [2003] ECR I-4791, pkt 34; C-397/01 do C-403/01, *Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klaus Nestvogel, Roswitha Zeller and Matthias Döbele v Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV.*, [2004] ECR I-8835, pkt. 113–114; C-212/04, *Konstantinos Adeneler and Others v Ellinikos Organismos Galaktos (ELOG)*, [2006] ECR I-6057, pkt. 108–111; C-187/05 do C-190/05, *Georgios Agorastoudis and Others, Ioannis Pannou and Others, Kostandinos Kotsabougoukakis and Others and Georgios Akritopoulos and Others v Goodyear Hellas ABEE*, [2006] ECR I-7775, pkt 43. C-456/98, *Centroteel Srl v Adipol GmbH*, [2000] ECR I-6007, pkt 17.

⁴⁵ Por. także Protokół nr 26 w sprawie usług świadczonych w interesie ogólnym, Dz. Urz. UE z dnia 26 października 2012 r., C 326. Por. w związku z tym. J. Kociubiński, *Zakres swobody władz publicznych w wyborze operatora usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej*, „Wrocławskie Studia Sądowe” 2012, nr 4, s. 24–44.

⁴⁶ L. Henriksson, *Restrictive use of award criteria in public procurement*, „Swedish Studies in European Law” 2001, s. 165; T. Tridmas, *General principles of EU law*, 2nd Edition, Oxford 2006, s. 29–35.

⁴⁷ A. Sánchez Graells, *op. cit.*, s. 221.

⁴⁸ Por. orzeczenia TS C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg*, 2) *ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH v Entsorgungsbetriebe*

blicznych zasada transparentności oznacza jednocześnie, że warunki procedury, muszą być określone w taki sposób, żeby „dostatecznie poinformowani i sumien- ni oferenci” nie mieli wątpliwości co do ich interpretacji⁴⁹. Komplementarny jest zakaz dowolnego i arbitralnego zmieniania warunków procedury po ogłoszeniu jej wszczęcia ani sposobu ich interpretacji⁵⁰.

Procedura ma charakter ogólnoeuropejski, co oznacza, że każdy przewoźnik unijny, posiadający certyfikat AOC i spełniający formalne warunki umożliwiające mu operowanie na terenie UE może przystąpić do przetargu, o którym informacja publikowane są w Dzienniku Urzędowym UE⁵¹. Zgodnie z rozporządzeniem 1008/2008 wyboru spośród ofert dokonuje się w najkrótszym możliwym terminie, biorąc pod uwagę adekwatność usługi, w tym cen i warunków, które mogą zostać podane użytkownikom, oraz koszt ewentualnej rekompensaty wymaganej od zainteresowanego państwa (państw) członkowskiego(-ich)⁵².

Należy dodatkowo wskazać, że nic nie stoi na przeszkodzie, żeby powyższa procedura obejmowała jednorazowo większą liczbę tras *en bloc*. Rozwiązanie takie ma niewątpliwie wymiar praktyczny i jest podyktowane względami ekonomiki, szczególnie, że w sektorze występuje synergetyczny efekt skali, każda trasa będzie jednak traktowana jako odrębne zobowiązanie, mimo że ich obsługa zostanie operacyjnie powiązana⁵³.

Preferencyjne warunki działalności dla linii lotniczych zobowiązanych do świadczenia usługi publicznej

Co do zasady nałożenie zobowiązania do świadczenia usługi w ogólnym interesie gospodarczym może nastąpić tylko wtedy, gdy siły rynkowe nie są w stanie zapewnić dostępności przedmiotowej usługi na pożądanym pozio-

Simmering GmbH, [2002] ECR I-11617, pkt 91; C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, ex parte: *Herold Business Data AG*, [2000] ECR I-10745, pkt 61; C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) v Stadt Wien*, [2002] ECR I-05553, pkt 45; C-278/98, *Unitron Scandinavia A/S i 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab v Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri* [1999] ECR I-8291, pkt 31. Por. także orzeczenie C-87/94, *Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium*, [1996] ECR I-02043, pkt 54.

⁴⁹ Wyrok TS w sprawie C-19/00, *SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo*, [2001] ECR I-07725, pkt 42.

⁵⁰ L. Henriksson, *op. cit.*, s. 167–168. Por. także orzeczenie C-448/01, *EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic of Austria*, [2003] ECR I-14527, pkt 58.

⁵¹ Art. 16 ust. 4 rozporządzenia 1008/2008.

⁵² Art. 17 ust. 7 rozporządzenia 1008/2008.

⁵³ Wynika to z literalnego brzmienia art. 16 ust. 1 rozporządzenia 1008/2008.

mie⁵⁴. Niedomogi rynku sprawiają więc, że przedsiębiorstwo, kierując się komercyjnym *rationale*, nie podejmuje się jej dostarczenia⁵⁵. To czyni konieczną korektę mechanizmu rynkowego⁵⁶. Oczywiście, jak wskazano, system wyznaczania tras i kontroli decyzji państw nie jest w stanie wykluczyć sytuacji, że dane połączenie będzie w rzeczywistości rentowne, ale fakt uznania istnienia ogólnego interesu gospodarczego daje prawną podstawę pod stworzenie preferencyjnych warunków operacji⁵⁷. Można argumentować (teoretyzując nieco), że w takim wypadku, uwzględniając wymóg proporcjonalności środków, wynikający zarówno *expressis verbis* z rozporządzenia 1008/2008, jak i naczelnej zasady prawa UE, może się pojawić kwestia, czy nie doszło do wspomnianego „rażącego błędu w ocenie”, ponieważ publiczne wsparcie dla komercyjnie opłacalnej trasy z samej istoty nie będzie proporcjonalne⁵⁸.

W sektorze transportu lotniczego istnieją zasadniczo dwa rodzaje środków tworzących preferencyjne warunki umożliwiające świadczenie usługi publicznej będącej przedmiotem zobowiązania: ograniczenie dostępu innym przewoźnikom do danej trasy (na okres do 5 lat) i/lub przyznanie operatorowi tak zwanej rekompensaty z tytułu świadczenia usługi publicznej (*public service compensation*)⁵⁹. Zastosowanie tych środków nie wyklucza się wzajemnie⁶⁰.

Zanim jednak można przejść do analizy środków tworzących preferencyjne warunki dla operatorów przedmiotowych usług, należy wskazać na istotną

⁵⁴ D. Grespan, *op. cit.*, s. 1137–1140; J. Gundel, *op. cit.*, s. 1293; A. Jones, B. Sufrin, *op. cit.*, s. 22–30; J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji...*, s. 168–176.

⁵⁵ Art. 16 ust. 1 rozporządzenia 1008/2008; J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 106 n.

⁵⁶ *Ibidem*. J. Banquero Cruz, *op. cit.*, s. 169; P. Behrens, *op. cit.*, s. 469–492; D. Grespan, *op. cit.*, s. 1137–1140; J. Gundel, *op. cit.*, s. 1293 n.; A. Jones, B. Sufrin, *op. cit.*, s. 22–30. J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji...*, s. 168–176; E. Malaret Garcia, *op. cit.*, s. 57.

⁵⁷ Co wynika z literalnego brzmienia art. 106 ust. 2 TFUE. Por. J. Gundel, *op. cit.*, s. 1293–1295.; M. Szydło, *Artykuł 106...* oraz C.H. Bovis, *Financing services of general interest in the EU: How do public procurement and state aids interact to demarcate between market forces and protection*, „European Law Journal” 2005, nr 1, s. 95.

⁵⁸ Por. w związku z tym Protokół nr 2 w sprawie stosowania zasad pomocniczości i proporcjonalności, Dz. Urz. UE L 83 z dnia 30 marca 2010 r., s. 206. oraz L.M. Soriano, *How proportionate should anti-competitive state intervention be?*, „European Law Review” 2003, nr 1, s. 113. Por. także G. De Búrca, *The principle of proportionality and its application in EC law*, „Yearbook of European Law” 1993, nr 13, s. 111–112, a także orzeczenie TS C-320/91, *Criminal proceedings against Paul Corbeau*, [1993] ECR I-02533, pkt 16.

⁵⁹ Zwraca uwagę, że przyznanie praw wyłącznych nie oznacza automatycznie, że ich beneficjent jest zobowiązany do świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym (L. Gyselen, *Services of general economic interest and competition under European law — a delicate balance*, „Journal of European Competition Law & Practice” 2010, nr 6, s. 492). Warunkiem *sine qua non* jest przeprowadzenie opisanej procedury powierzenia.

⁶⁰ Wyrok TS z dnia 17 maja 2001 r. w sprawie C-340/99, *TNT Traco SpA p. Poste Italiane SpA i innym*, Rec. 2001, s. I-4109. Wyroki TS w sprawie C-159/94, *EDF/GDF*, pkt 49 i z dnia 25 czerwca 1998 r. w sprawie C-203/96, *Chemische Afvalstoffen Dusseldorp BV i inni p. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer*, Rec. 1998, s. I-4075, pkt 65.

oko licznosc o charakterze prawnym odrzaniajaca sektor transportu lotniczego od pozostalych galazi transportu (z wyjatkiem morskiego). Majacy charakter *lex specialis* przepis artykulu 93 TFUE, ktory zawiera blankietowa zgode na wsparcie publiczne dla „koordynacji transportu” i „swiadczen nierozzerwalnie zwiazanych z pojeciem uslugi publicznej”, nie znajduje zastosowania do transportu lotniczego⁶¹. Przywolany artykul dotyczy wylaczenie transportu ladowego — drogowego i kolejowego — oraz wodnego sródladowego, poniewaz tylko te galazie zostaly *expressis verbis* wyszczególnione w tekście przepisu⁶². Brak analogicznego wskazania transportu lotniczego (i morskiego) sprawia, ze do tego sektora zastosowanie znajdzie ogólne prawo konkurencji w tym prawo subwencyjne⁶³.

Podstawa prawną bedzie zatem art. 106 ust. 2 TFUE. Przepis zawiera tak zwana „klauzulę ucieczki”, która umożliwia niestosowanie innych przepisów traktatowych, nie tylko prawa konkurencji, wobec przedsiębiorstwa zobowiązane do zarządzania usługami świadczone w ogólnym interesie gospodarczym⁶⁴. Miejsce umieszczenia przepisu w systematyce Traktatu zdaje się wskazywać, że jego adresatami są przedsiębiorstwa, w rzeczywistości jest jednak skierowany do państw członkowskich, bo to państwa prawnie i faktycznie odpowiadają za organizację usług użyteczności publicznej na swoim terytorium⁶⁵. Sposób interpretacji art. 106 ust. 2 TFUE ulegał zmianie wraz z ewolucją priorytetów i obecnie derogacja jest dopuszczalna, kiedy dzięki niej określona usługa w ogólnym interesie gospodarczym będzie świadczona na ekonomicznie akceptowalnych warunkach w sytuacji równowagi finansowej operatora⁶⁶.

⁶¹ C.H. Bovis, *Public service obligations in the Transport Sector: The demarcation Between State aids and services of General Interest Under EU Law*, „European Business Law Review” 16, 2005, nr 6, s. 1329–1330; M. Kekelekis, P. Nicolaides, *Public financing of urban transport: The application of EC state aid rules*, „World Competition” 2008, nr 3, s. 426.

⁶² Wyrok TS z dnia 30 kwietnia 1986 r. w sprawach połączonych 209/84, 210/84, 211/84, 212/84, 213/84 and 214/84, *Postępowanie karne przeciwko Lucasowi Asjes i innym, Andrewowi Gray i innym, Jaquesowi Maillot i innym, and Léo Ludwig i innym (Nouvelles Frontières)* Rec. 1986, s. 1425, pkt 31, 40–42.

⁶³ *Ibidem*; Przed wydaniem rozstrzygnięcia transport lotniczy pozostawał poza zasięgiem prawa UE (wtedy Wspólnotowego) Od 1962 r., kiedy pojawiły się pierwsze wspólnotowe regulacje sektora rozporządzenie Rozporządzenie EEC: Regulation No 141 of the Council exempting transport from the application of Council Regulation No 17 (Dz. Urz. WE z dnia 28 listopada 1962 r., L 124/2751), wyłączało możliwość zastosowania do transportu powietrznego reguł konkurencji w stosunku do ogólnych reguł relewantnych dla innych sektorów: Regulation No 17: First Regulation implementing Articles 85 and 86 of the Treaty (Dz. Urz. WE z dnia 21 lutego 1962 r., L 13/204).

⁶⁴ J. Gundel, *op. cit.*, s. 1293; M. Klasse, *op. cit.*, s. 501; M. Szydło, *Artykuł 106*, [w:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom II*, red. A. Wróbel, K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, Warszawa 2012, s. 401–406.

⁶⁵ *Ibidem*. Por. również J. Holmes, *The competition rules and the acts of member states*, [w:] *Bellamy & Child. European Community law of competition. Sixth edition*, red. P. Roth, V. Rose, Oxford 2008, s. 1061.

⁶⁶ J. Kociubiński, *Derogacja zasad konkurencji...*, s. 168–176; W kontekście ewolucji wykładni przepisu art. 106 ust. 2 TFUE por. orzeczenia w następującej sekwencji: C-18/88, *Régie des*

Powyższa interpretacja znajdzie więc zastosowanie wobec środków tworzących preferencyjne warunki dla przewoźników, w stosunku do których nałożono zobowiązanie z tytułu świadczenia usługi publicznej⁶⁷. Jest to bardzo permissywna linia wpisująca się w ogólną reorientację priorytetów europejskiego modelu gospodarczego, której początki można datować na lata 90. XX wieku, gdzie prawo konkurencji odrzuciło leseferystyczny paradygmat i przyjęło instrumentalny model, gdzie społecznie użyteczne cele są równorzędne z tymi czysto ekonomicznymi związanymi z szeroko pojętą konkurencyjnością gospodarki⁶⁸.

Kontrowersje pojawiają się w przypadku, gdy państwa członkowskie zdecydowały się ograniczyć dostęp do danej trasy dla innych przewoźników w związku z ustanowieniem zobowiązania do świadczenia usługi publicznej⁶⁹. Zakres swobody w zakresie podjęcia takiego kroku jest duży⁷⁰. Można kwestionować zasadność takiego działania, przyjmując *a priori* założenie stojące u podstaw decyzji o nałożeniu zobowiązania, że dana trasa nie jest odpowiednio obsługiwana w sytuacji nieskorygowanego mechanizmu rynkowego⁷¹. Każde to postawić pytanie, czy rzeczywiście występuje nieomówiony rynek uzasadniający ingerencję regulatora. Jest to problem immanentnie związany z wprowadzeniem praw wyłącznych, w rozumieniu art. 106 ust. 1 TFUE, ponieważ mimo zobowiązania do nienaruszania

télégraphes et des téléphones v GB-Inno-BM SA, [1991] ECR I-5941, pkt. 30, 155–173, *Giuseppe Sacchi*, [1974] ECR 00409; 41/83, *Italian Republic v Commission of the European Communities* [1985] ECR 00873; C-41/90, *Höfner*, pkt 24; C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA.*, [1991] ECR I-05889; C-260/89, *ERT*, pkt 38; C-67/96, *Albany*, pkt 107; C-115/97 do C-117/97, *Brentjens' Handelsonderneming BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen*, [1999] ECR I-6025, pkt 107; C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV v Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven*, [1999] ECR I-6121, pkt 97; C-266/96, *Corsica Ferries France SA v Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova Coop. arl, Gruppo Ormeggiatori del Golfo di La Spezia Coop. arl and Ministero dei Trasporti e della Navigazione*, [1998] ECR I-03949, pkt 43 – 44; C-320/91, *Corbeau*, pkt 16; C-393/92, *Almelo*, pkt. 48–51; C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA i Anni Azzurri Rezzato Srl p. Regione Lombardia*, [1997] ECR I-3395, pkt. 41–49.

⁶⁷ Można argumentować, że zmiana była spowodowana wprowadzeniem obecnego art. 14 TFUE. J. Banquero Cruz, *op. cit.*, s. 169; S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 345; J. Kociubiński, *Artykuł 14...*, s. 265–280; M. Ross, *Article 16 EC and services of general interest: From derogation to obligation*, „European Law Review” 2000, nr 1.

⁶⁸ *Ibidem*; L. Hancher, *Community, state and market*, [w:] *The evolution of EU law*, red. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 1999, s. 730–731; A. Héritier, *Market integration and social cohesion: The politics of public services in European regulation*, „Journal of European Public Policy” 2001, nr 5, s. 829; M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 151.

⁶⁹ Art. 16 ust. 9 rozporządzenia 1008/2008. Por. G. Anger, J. Holmér, P-E. Westin, *Experience of PSO and tendering process in Sweden*, [w:] *Air transport provision...*, s. 115–145.

⁷⁰ *Ibidem*; G. Williams, *European experience with...*, s. 151; G. Williams, R. Pagliari, *op. cit.*, s. 55.

⁷¹ G. Williams, *European experience of public...*, s. 99–113.

przez beneficjenta, w szczególności unijnych reguł konkurencji (choć sam ustęp ma charakter wyłącznie deklaracyjny), zawsze zastosowanie tego narzędzia regulacyjnego wiąże się z ryzykiem wystąpienia antykonkurencyjnych zachowań dostawcy usług⁷². Mimo że operator usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym jest *ex lege* zobowiązany do utrzymywania odrębnej księgowości dla kosztów i wydatków związanych z daną usługą publiczną, to w praktyce trudno jest ocenić, czy nie występuje subsydiowanie krzyżowe pozwalające osiągnąć przewagę na rynkach równoległych, nieobjętych zobowiązaniem, gdzie konkuruje z innymi uczestnikami gry rynkowej⁷³ — szczególnie, gdy są wątpliwości, czy objęta prawami wyłącznymi trasa jest w rzeczywistości rentowna.

Podstawową formą udzielania wsparcia operatorowi usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym w sektorze transportu lotniczego jest tak zwana rekompensata z tytułu świadczenia usługi publicznej (*Public Service Compensation*)⁷⁴. Od momentu przełomowego rozstrzygnięcia Trybunału w sprawie *Altmark*, które zakończyło stan niepewności odnośnie do prawnej kwalifikacji danego środka, wzmiankowane wsparcie nie stanowi pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE⁷⁵. Zamiast tego dotowanie zobowiązanego prze-

⁷² G. Davies, *Article 86 EC, the economic approach to competition law, and the general Interest*, „European Competition Journal” 2009, nr 21, s. 551. Przepis odwołuje się do art. 18 i 101–109 TFUE. Także J. Gundel, *op. cit.*, s. 1280 i cytowana tam literatura. Por. w związku z tym A. Sullivan, S.M. Sheffrin, *Economics: Principle in action*, Boston MA 2007.

⁷³ Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE z dnia 17 listopada 2006 r., L 318/17. Por. także M. Fehling, *Problems of cross-subsidisation*, [w:] *The changing legal framework for services of general interest in Europe. Between competition and solidarity*, red. M. Krajewski, U. Neergaard, J.W. van de Gronden, Den Haag 2009, s. 129; L. Hancher, J.L. Buendía Sierra, *Cross-subsidization and EC law*, „Common Market Law Review” 1998, nr 4, s. 901; D. Heald, *Contrasting approaches to the “problem” of cross subsidy*, „Management Accounting Research” 1996, nr 7, s. 56; P. Nicolaides, *Economics of services of general economic interest*, [w:] *The EC state aid regime. Distortive effects of state aid on competition and trade*, red. M. Sánchez Rydelski, London 2007, s. 585–586 oraz orzeczenie Sądu T-613/97, *Union française de l’express (UFEX), DHL International SA, Federal express international (France) SNC and CRIE SA v Commission of the European Communities* [2006] ECR II-01531, pkt 128.

⁷⁴ Art. 16 ust. 12 lit. a w związku z art. 17 ust. 8 rozporządzenia 1008/2008.

⁷⁵ Orzeczenie TS C-280/00, *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg p. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, i Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, [2003] ECR I-7747. Por. także orzeczenia TS C-442/03, *SIC — Sociedade Independente de Comunicação, SA v Commission of the European Communities* [2008] ECR II-1161; 240/83, *Procureur de la République v Association de défense des brûleurs d’huiles usagées (ADBHU)* [1985] ECR 531; C-53/00, *Ferring SA v Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)* [2001] ECR I-09067 T-289/03, *BUPA*. Por. inter alia P. Nicolaides, *Compensation for public service obligations: The floodgates of state aid?*, „European Competition Law Review” 2003, nr 11, s. 561–573; N. Travers, *Public service obligations and state aid: Is that really clear after Altmark*, *European „State Aid Quarterly”* 2003, s. 387–392.

woźnika odbywa się w ramach wyłączenia z art. 106 ust. 2 TFUE⁷⁶. Dystynkcja jest zasadniczo związana z mechanizmem kontroli⁷⁷. Pomoc publiczna podlega notyfikacji Komisji, a jej udzielenie zależy od zgody udzielonej w formie decyzji w trybie art. 108 ust. 3 TFUE⁷⁸. Kontrola ma więc charakter *ex ante* i jest dużo skuteczniejsza niż mający charakter *ex post* nadzór nad przyznawaniem rekompensaty (w trybie art. 106 ust. 3 TFUE)⁷⁹.

Co do zasady wysokość kompensacji jest determinowana z jednej strony przedstawionym sposobem wykładni art. 106 ust. 2 TFUE stanowiącym jej traktatową podstawę, a z drugiej określonymi w rozporządzeniu 1008/2008 parametrami. Nie może zatem przekroczyć kwoty niezbędnej do pokrycia kosztów netto poniesionych w związku z wykonywaniem każdego obowiązku użyteczności publicznej, z uwzględnieniem przychodów uzyskiwanych przez przewoźnika lotniczego w związku z jego realizacją oraz uzasadnionego poziomu zysku⁸⁰.

Można przyjąć, że pojęcie „uzasadnionego poziomu zysku” odpowiada koncepcji „rozsądnego zysku”, jakie funkcjonuje w tych obszarach, gdzie świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym jest regulowane przez tak zwany *Pakiet Altmark II*⁸¹. Jest to swoiste *superfluum*, ale można przyjąć, że nie powinien przekraczać średniego poziomu stopy zwrotu przedsiębiorstw danego sektora.

⁷⁶ J. Kociubiński, *Stosowanie „Pakietu Altmark” (I i II) wobec pomocy udzielanej przedsiębiorstwom świadczącym usługi w ogólnym interesie gospodarczym*, „Folia Iuridica Wratislaviensis” 2012, nr 1, s. 179–201; F. Louis, A. Valery, *Ferring revisited: The Altmark case and state financing of public service obligations*, „World Competition” 2007, nr 1, s. 59. Por. także J.A. Winter, *Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, „Common Market Law Review” 2004, nr 2, s. 498.

⁷⁷ *Ibidem*; J. Kociubiński, *Services of general economic interest — towards European concept of public services*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2011, nr 2, s. 49–64, w szczególności s. 58–63.

⁷⁸ *Ibidem*; L. Hancher, P. Larouche, *The coming of age of EU regulation of network industries and services of general economic interest*, [w:] *The evolution of EU law. Second edition*, red. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 2011, s. 765.

⁷⁹ *Ibidem*; D. Grespan, *op. cit.*, s. 782.

⁸⁰ Art. 17 ust. 8 rozporządzenia 1008/2008. Por. wykładnia przyjęta w decyzji C88/1997 — *Crédit Mutuel* (First *Crédit Mutuel* Decision), Dz. Urz. UE z dnia 31 lipca 1997 r., C 205/5.

⁸¹ W skład Pakietu Altmark II wchodzi następujące akty: 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 L 7 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 3; Komunikat Komisji Zasady ramowe Unii Europejskiej dotyczące pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, Dz. Urz. UE C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 15; 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 C 8 z dnia 11 stycznia 2012 r., s. 4. Por. również *New EU state aid rules for services of general economic interest*, red. E. Righini, „European State Aid Quarterly” — Special Issue 2012.

ra z lat poprzednich⁸². Jeżeli w danym kraju nie ma porównywalnego operatora, można dokonać porównania z przewoźnikiem wykonującym analogiczną działalność w innym państwie członkowskim, względnie z przedsiębiorstwem działającym w innym sektorze⁸³. Należy odnotować, że ze względu na różnice w warunkach prowadzenia działalności gospodarczej pomiędzy poszczególnymi krajami, a także uwzględniając *differentia specifica* danej trasy, dokonanie powyższego porównania nie zawsze jest możliwe⁸⁴.

Podsumowanie

— pytanie o model usługi publicznej w transporcie lotniczym

Chcąc podsumować unijny system organizacji świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, już *prima facie* zwraca uwagę szeroki zakres kompetencji państw członkowskich w wyznaczaniu trasy, na którą nałożone zostanie zobowiązanie. Jest to naturalna ekstrapolacja ogólnych założeń koncepcji, natomiast w kontekście transportu lotniczego można wskazać, że nie istnieje skuteczny mechanizm kontroli, czy dane połączenie nie jest w rzeczywistości rentowne. Obecny system umożliwia występowanie sytuacji, gdzie nałożenie zobowiązania i wynikające z tego przyznanie rekompensaty będzie *de facto* formą udzielenia pomocy publicznej. Mimo wymogu przejrzystości księgowej, uniknięcie subsydiowania krzyżowego jest w praktyce trudne, co w sytuacji, kiedy zobowiązany operator konkuruje na innych rynkach, ustawia go w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do pozostałych uczestników gry rynkowej.

W tym miejscu pojawia się pytanie, czy można skonstruować system ograniczający możliwość nałożenia zobowiązania do świadczenia usługi publicznej tylko do tras, gdzie rzeczywiście występują niedomogi rynku sprawiające, że nie jest obsługiwana w wystarczającym stopniu lub nie jest obsługiwana wcale. Wydaje się, że ograniczanie publicznego wsparcia dla samowystarczalnych ekonomicznie aktywności wpisuje się w logikę reformy zasad finansowania usług świadczonych

⁸² D. Gerardin, *Public compensation for services of general economic interest: An analysis of the 2011 European Commission Framework*, [w:] *The EU State Aid Rules for Services of General Economic Interest*, red. E. Righini, European State Aid Quarterly — Special Issue 2012, s. 53. Por. także orzeczenia T-289/03, *BUPA*, pkt. 214 i 220; T-106/95, *FFSA*, pkt 105 i T-17/02, *Fred Olsen*, pkt 266

⁸³ J. Kociubiński, *Usługi świadczone...*, s. 268–271. Por. także European Commission Press Release z dnia 22 października 2008 r., *State aid: Commission endorses remuneration for distribution of postal bonds by "Poste Italiane"*, IP/08/1564 i dnia 22 listopada 2006 r., *State aid: 'Poste Italiane' — Commission endorses remuneration for distribution of postal savings books; opens investigation into distribution of postal bonds*, IP/06/1605.

⁸⁴ *Ibidem*.

w ogólnym interesie gospodarczym, wprowadzonej pakietem regulacyjnym, tak zwanym *Pakiem Altmark II*. Ogólne założenie jest takie, żeby przy większym przyzwoleniu na niewielką pomoc niepowodującą zaburzenia konkurencji (w co wpisuje się także nowe rozporządzenie dotyczące pomocy *de minimis*), poddać ściślejszej kontroli duże operacje pomocowe, szczególnie, jeżeli mają wymiar transgraniczny. Nie wydaje się, żeby istniała taka możliwość, co wynika zarówno z przyczyn praktycznych, jak i prawnych, ponieważ to władze państw członkowskich są konstytucyjnie odpowiedzialne za dostarczanie usług użyteczności publicznej na swoich terytoriach, a na poziomie *acquis communautaire* przedmiotowa materia znajduje się w sferze kompetencji dzielonych.

Analizując rozkład tras objętych zobowiązaniem oraz szczegółowe warunki świadczenia usługi publicznej, można zaobserwować dwa modele, które stanowią odbicie aksjologii ustroju gospodarczego państw członkowskich, na terenie których funkcjonują. Pierwszy, którego przykładem jest Zjednoczone Królestwo dopuszcza ingerencję regulatora tylko w przypadku, gdy nie ma alternatywy dla transportu powietrznego, ponieważ region jest bardzo odizolowany, jak na przykład wyspy na północy Szkocji (tzw. *lifeline*). Odmienny paradygmat przyjęła Francja, gdzie połączenia objęte obowiązkiem użyteczności publicznej traktowane są jako narzędzia rozwoju regionalnego. Niezależnie od pojawiających się wątpliwości, które dotyczą raczej ogólnej konkurencyjności sektora, obecne ramy prawne umożliwiają publiczne zaangażowanie w utrzymywanie siatki, której kształt nie jest ograniczony do minimalnej liczby społecznie użytecznych, nierentownych połączeń z trudno dostępnymi, peryferyjnymi obszarami. Ten stan rzeczy należy traktować w kategorii szansy dla słabiej rozwiniętych krajów członkowskich, zwłaszcza państw tzw. „nowej Unii”. Szczególnie, że zgodnie z najnowszymi sektorowymi wytycznymi dotyczącymi pomocy publicznej, w perspektywie dziesięcioletniej państwa będą musiały zaprzestać udzielania pomocy operacyjnej regionalnym portom lotniczym. Przychody generowane przez ruch lotniczy (i powiązaną działalność pozalotniczą) będą zatem musiały utrzymać te obiekty, co — wydaje się — spowoduje dalszy wzrost znaczenia zobowiązań do świadczenia usług publicznych w sektorze⁸⁵.

⁸⁵ Por. Wytyczne dotyczących pomocy państwa na rzecz portów lotniczych i przedsiębiorstw lotniczych, Dz. Urz. UE z 2014, C 99/3 oraz szerzej: J. Kociubiński, *Between lifeline services and transport of convenience: the model of public service obligation in air transport*, „European Networks Law & Regulation Quarterly” 7, 2014.

Air transport as public service — analysis of the EU regulatory model

Summary

It stands to reason that air transport brings positive catalytic impact for the whole economy. It helps to attract inward investment, allows location-specific resources to reach other parts of the country and fosters social cohesion. It is especially relevant in case of remote, secluded locations where travel by air may be the only viable transport option. At the same time these relatively small communities could hardly generate enough demand to justify air operations economically.

Public Service Obligation (PSO) is the regulatory tool provided in European law that allows sustaining air operations that are deemed to be vital for a society but that are not commercially viable. This article provides an overview of this legal regime. The analysis hovers around the following issue: The extent of discretionary powers that the State retains in regard to the shape of network that could be supported from the public purse. This immediately brings up another issue, whether State's involvement in sustaining air operations should be limited to clear market failures or could go beyond that and provide transport of convenience. These policy issues are analyzed from the standpoint of division of powers between the State and the UE.

Keywords: air transport, public service obligation, services of general economic interest, EU law, competition law