

Kamil Ciupak\*

## Pomoc czy nie pomoc? Dylematy prawne przy ocenie publicznego finansowania infrastruktury portów morskich, czyli z dala od bezpiecznej przystani

### Spis treści:

- I. Wychodząc w morze – wstęp
- II. *Terra incognita*, czyli aktualny dorobek prawa UE w zakresie pomocy publicznej dla portów morskich
- III. Szlak pełen mielizn, czyli problem rozgraniczenia rodzajów infrastruktury, których publiczne finansowanie wchodzi bądź nie wchodzi w zakres przepisów o pomocy publicznej
  1. Wody wewnętrzne – infrastruktura publiczna (ogólna)
  2. Moje małe morze – infrastruktura specyficzna dla użytkownika i suprastruktura
  3. Ni rekin, ni wydra – szczególna sytuacja doków i nabrzeży
  4. Gwałtowna zmiana wiatrów – decyzje w sprawach *port Ventspils* i *Krievu Sala*
- IV. Statki, łodzie i okręty podwodne – poziomy występowania pomocy publicznej przy finansowaniu infrastruktury portowej przez państwo
  1. Kapitan na mostku – poziom zarządców portów
  2. Węgiel na prawo, kontenery na lewo – poziom operatorów infrastruktury
  3. Flotylla – poziom użytkowników końcowych portów (armatorów, spedytorów)
- V. Zawijając do portu – konkluzje

### Streszczenie:

Transport morski odgrywa bardzo istotną rolę w gospodarce Unii Europejskiej. Do najważniejszych obiektów infrastrukturalnych w sektorze transportu morskiego zaliczana jest szeroko rozumiana infrastruktura portowa. Finansowanie jej budowy i rozbudowy odbywa się bardzo często z wykorzystaniem środków publicznych, jako że należy to do podstawowych zadań państwa. Jednakże w praktyce granica pomiędzy sytuacjami, w których publiczne finansowanie infrastruktury portowej stanowi pomoc publiczną, a takimi, w których nie spełnia wszystkich przesłanek z art. 107 ust. 1 TFUE, stanowiąc przejaw realizacji zadań państwa poprzez – mówiąc w uproszczeniu – budowę ogólnodostępnej infrastruktury, jest „cienką czerwoną linią”. W prawie UE brak jest bowiem w chwili obecnej jakiegokolwiek dokumentu (czy to o charakterze wiążącym, czy niewiążącym), który wyznaczałby jasne i precyzyjne zasady i standardy oceny publicznego finansowania portów morskich w dwóch aspektach:

- 1) Kiedy finansowanie takie stanowi pomoc publiczną w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE?
- 2) Po spełnieniu jakich przesłanek pomoc publiczna na budowę i rozbudowę infrastruktury portów morskich może zostać uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym UE?

Artykuł koncentruje się na pierwszym z tych zagadnień. Zaprezentowane zostanie jednak ujęcie pod kątem rodzajów infrastruktury portowej, której finansowanie przez państwo może stanowić bądź nie

\* Autor jest aplikantem radcowskim, specjalistą w Wydziale Pomocy Sektorowej i Restrukturyzacyjnej w Departamencie Monitorowania Pomocy Publicznej UOKiK. W pracy zawodowej zajmuje się m.in. zagadnieniem publicznego finansowania infrastruktury portowej w kontekście prawa pomocy publicznej. Niniejszy artykuł zawiera wyłącznie osobiste poglądy autora, które w żaden sposób nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem zatrudniającej go instytucji.

pomoc publiczną, nie będą zaś przeanalizowane wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE. W praktyce bowiem to właśnie na omawianym polu występują największe trudności.

**Słowa kluczowe:** Pomoc publiczna, wsparcie niestanowiące pomocy publicznej, infrastruktura, porty morskie.

## I. Wychodząc w morze – wstęp

Pozycja transportu morskiego i portów morskich w gospodarce Unii Europejskiej jest nie do przecenienia. Liczby mówią same za siebie – około 90% handlu zewnętrznego Unii i około 40% handlu wewnętrznego dokonuje się za pośrednictwem tej gałęzi transportu<sup>1</sup>. Około 2-5% Produktu Krajowego Brutto w Unii wypracowywane jest dzięki gałęziom przemysłu związanym z gospodarką morską, nie uwzględniając w tym wartości surowców takich jak ropa naftowa, gaz ziemny czy ryby<sup>2</sup>. Również w Polsce znaczenie transportu drogą morską jest istotne – 2009 r. obroty ładunkowe w polskich portach morskich wyniosły 45,1 mln ton (z czego 44,2 mln ton w międzynarodowym obrocie handlowym), przyplłynęło do nich 711,3 tys. pasażerów w ruchu międzynarodowym, zaś wypłynęło 722,9 tys<sup>3</sup>. Obecnie jednym z celów Unii Europejskiej jest przeniesienie do 2030 r. 30%, a do 2050 r. 50% drogowego transportu towarów na odległościach większych niż 300 km na m.in. transport wodny<sup>4</sup>.

Nie ulega wątpliwości, że kluczowymi elementami infrastruktury transportu morskiego są porty morskie, dzięki którym możliwe są wzajemne połączenia między rynkami krajowymi, a w ujęciu szerszym – połączenie rynku wewnętrznego Unii Europejskiej z rynkami całego świata. Jednak żeby porty morskie mogły z powodzeniem realizować tę rolę, niezbędne jest dysponowanie przez nie infrastrukturą odpowiadającą aktualnemu poziomowi rozwoju technicznego. Oznacza to konieczność ciągłego inwestowania w modernizację i utrzymanie infrastruktury portowej. Podkreśliła to Komisja Europejska, która stwierdziła, że „[p]orty morskie odgrywają zasadniczą rolę jako centra logistyczne (...) Ich rozwój jest niezbędny dla obsługi coraz większych wolumenów towarów w ramach żeglugi morskiej bliskiego zasięgu w UE oraz współpracy z resztą świata”<sup>5</sup>.

Finansowanie inwestycji w portach odbywa się przede wszystkim ze środków publicznych. Daje temu wyraz m.in. polski dokument rządowy pt. „Założenia polityki morskiej Rzeczypospolitej Polskiej do roku 2020”<sup>6</sup>, w którym zostało stwierdzone, że „[f]inansowanie polityki morskiej będzie odbywało się z różnych źródeł: budżetu państwa, budżetu samorządów, środków własnych podmiotów gospodarczych, a także przewiduje się dofinansowanie z funduszy Unii Europejskiej”<sup>7</sup>. Wszystkie te źródła finansowania są (budżet państwa, budżety jednostek samorządu terytorialnego) lub mogą być (fundusze UE, środki własne podmiotów gospodarczych – np. podmiotów zarządzających w portach o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej) środkami pochodzącymi od państwa lub ze

<sup>1</sup> Komisja Europejska, Zielona Księga „W kierunku przyszłej unijnej polityki morskiej: europejska wizja mórz i oceanów”, Bruksela 2006 r., KOM(2006)275 wersja ostateczna, s. 6.

<sup>2</sup> Ibidem, s. 3.

<sup>3</sup> Główny Urząd Statystyczny, Żegluga morska i porty morskie w 2009 r., Warszawa 2010 r., s. 8.

<sup>4</sup> Komisja Europejska, Biała Księga „Plan utworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu – dążenie do osiągnięcia konkurencyjnego i zasoboszczędnego transportu”, Bruksela 2011 r., KOM(2011)144 wersja ostateczna, s. 10.

<sup>5</sup> Ibidem, s. 8.

<sup>6</sup> Dokument opracowany w Ministerstwie Infrastruktury we wrześniu 2009 r., dostępny pod adresem: <http://www.transport.gov.pl/files/0/1794063/Zalozeniapolitykimorskiejrpdo2020roku.pdf>.

<sup>7</sup> Ibidem, s. 7.

źródeł państwowych w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE. W przypadku portów o podstawowym znaczeniu dla gospodarki narodowej (czyli portów w Gdańsku, Gdyni, Szczecinie i Świnoujściu – art. 2 pkt 3 ustawy z 20.12.1996 r. o portach i przystaniach morskich (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 33, poz. 179)) jeszcze dobitniej stanowi o tym art. 10 ww. ustawy, zgodnie z którym budowa, modernizacja i utrzymanie infrastruktury zapewniającej dostęp do portów są finansowane ze środków budżetu państwa, zaś budowa, modernizacja i utrzymanie infrastruktury portowej znajdującej się na gruntach, którymi gospodaruje podmiot zarządzający, oraz utrzymanie akwenów portowych są finansowane ze środków podmiotu zarządzającego, z tym że mogą one być dofinansowane z budżetu państwa. Należy pamiętać, że przepis ten obowiązuje w niezmienionej redakcji od 2001 r., a więc okresu sprzed akcesji Polski do UE, zatem dziś, ze względu na zasadę prymatu prawa UE oraz zasadę prounijnej wykładni prawa krajowego, należy go interpretować jako uzależniający możliwość publicznego finansowania portów morskich od zgodności z prawem pomocy publicznej. To zaś rodzi konieczność zadania sobie pytania, kiedy inwestycje w infrastrukturę portową wiązać się będą z udzieleniem pomocy publicznej. Niniejszy artykuł ma na celu odbycie podróży po wzburzonych wodach prawa europejskiego w tym zakresie w celu dotarcia jak najbliżej odpowiedzi na to pytanie. Zaprezentowane zostanie jednak ujęcie pod kątem rodzajów infrastruktury portowej, której finansowanie przez państwo może stanowić bądź nie pomoc publiczną, nie będą zaś przeanalizowane wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE. W praktyce bowiem to właśnie na omawianym polu występują największe trudności. Należy jednak mieć świadomość tego, że ze względu na niejednoznaczną pozycję prawa pomocy publicznej, a także chwiejną praktykę decyzyjną Komisji Europejskiej, u celu podróży znajdziemy raczej zbiór wskazówek niż uniwersalny wzór czy też test, możliwy do zastosowania w każdej sytuacji.

## II. *Terra incognita*, czyli aktualny dorobek prawa UE w zakresie pomocy publicznej dla portów morskich

Pomoc publiczna dla portów morskich nie została dotychczas uregulowana w żadnym akcie prawnym o charakterze wiążącym, wydanym przez instytucje Unii Europejskiej. Co więcej, nie został jak dotąd wydany żaden dokument o niewiążącym charakterze (np. w formie wytycznych), który kompleksowo omawiałby tę tematykę. Komunikat Komisji C(2004)43 Wytyczne Wspólnoty w sprawie pomocy państwa dla transportu morskiego (Dz. Urz. UE 2004 C 13/3) („Wytyczne dla transtortu morskiego”) stanowi jedynie ogólnie, że „[i]nwestycji w infrastrukturę zazwyczaj nie traktuje się jako pomocy publicznej w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu, o ile państwo gwarantuje wszystkim zainteresowanym przewoźnikom swobodny i równy dostęp do danej infrastruktury. Komisja może jednak sprawdzać tego rodzaju inwestycje, czy mogą one przynosić bezpośrednią lub pośrednią korzyść wybranym właścicielom statków”<sup>8</sup>. Stwierdzenie to dobrze oddaje ogólną tendencję w rozpatrywanym temacie, która wyraża się w dużej uznaniowości Komisji Europejskiej. Sama Komisja zauważyła zresztą problem, podnosząc, że jedną z inicjatyw w celu stworzenia jednolitego europejskiego obszaru transportu powinno być „[z]większenie przejrzystości finansowania portów oraz wyjaśnienie przeznaczenia finansowania różnych rodzajów działalności w portach ze środków publicznych, mając na względzie uniknięcie zakłócenia konkurencji”<sup>9</sup>. Z tego względu, by zgłębić poruszaną

<sup>8</sup> Pkt 2.1 Wytycznych dla transportu morskiego.

<sup>9</sup> Komisja Europejska, Biała Księga „Plan utworzenia...”, s. 21.

w niniejszym artykule tematykę, konieczne jest przeanalizowanie rozstrzygnięć wydawanych przez Komisję Europejską oraz (dość niestety ubogiego) dorobku piśmiennictwa prawniczego. Analiza ta zostanie przeprowadzona poniżej.

### III. Szlak pełen mielizn, czyli problem rozgraniczenia rodzajów infrastruktury, których publiczne finansowanie wchodzi bądź nie wchodzi w zakres przepisów o pomocy publicznej

#### 1. Wody wewnętrzne – infrastruktura publiczna (ogólna)

Spotyka się różne sposoby klasyfikacji infrastruktury portowej. Mówi się np. o podziale na infrastrukturę zapewniającą dostęp do portu (tak od strony lądu, jak i morza, np. latarnie morskie, falochrony, groble, urządzenia wspomagające nawigację, a także połączenia z siecią drogową, kolejową, energetyczną czy wodociągową), ogólną infrastrukturę portową (budowle umożliwiające świadczenie usług dla statków (np. doki, kotwiczowiska, sieć drogową lub kolejową wewnątrz portu, a także systemy łączności) oraz suprastrukturę (budynki – np. magazyny, garaże, biura, a także ruchome i nieruchome urządzenia, takie jak dźwigi, samochody ciężarowe itp.)<sup>10</sup>. Jednakże z punktu widzenia oceny pod kątem występowania pomocy publicznej najdonioślejszy jest podział zaprezentowany w Komunikacie Komisji Europejskiej COM(2001)35 wersja ostateczna z 13.02.2001 r. pt. „Reinforcing Quality Service in Sea Ports: A key for European Transport”<sup>11</sup> („Komunikat o portach”). Podział ten wyróżnia dwa typy infrastruktury: infrastrukturę publiczną (ogólną) oraz infrastrukturę specyficzną dla użytkownika (w tym sprastrukturę).

W doktrynie prezentowane jest stanowisko (M. Kekelekis), że z infrastrukturą publiczną (ogólną) mamy do czynienia wówczas, gdy spełnione są trzy przesłanki:

- 1) służy ona realizacji zadań należących do państwa,
- 2) nie jest możliwe zapewnienie jej powstania i utrzymania w normalnych warunkach rynkowych ze względu na duże ryzyko inwestycyjne,
- 3) jest ona otwarta dla wszystkich potencjalnych i rzeczywistych użytkowników<sup>12</sup>.

Natomiast w Komunikacie o portach infrastruktura publiczna (ogólna) została zdefiniowana jako infrastruktura otwarta dla wszystkich użytkowników w sposób niedyskryminacyjny. Obejmuje ona środki umożliwiające dostęp morski i jego utrzymanie (np. wały, falochrony, śluzy i inne zabezpieczenia przeciwwzalewowe, kanały nawigacyjne, włącznie z pogłębianiem i łamaniem lodu, oświetleniem, bojami, znakami nadbrzeżnymi, pływającymi rampami na obszarach zalewanych), publiczne obiekty transportu lądowego na terenie portu, krótkie połączenia z krajową siecią transportową lub sieciami transeuropejskimi oraz infrastrukturę i obiekty aż do terminali. Publiczne finansowanie infrastruktury tego typu co do zasady jest traktowane przez Komisję jako środek ogólnej polityki gospodarczej (środek ogólny), niestanowiący pomocy publicznej<sup>13</sup>. Wychodzi ona bowiem z założenia, że budowa infrastruktury tego typu służy realizacji zadań państwa w zakresie planowania i rozwoju systemu transportowego w interesie ogólnym i nie faworyzuje konkretnych przedsiębiorstw. Jest to zgodne

<sup>10</sup> N. Farantouris, *Port Infrastructure and State Aids: In Search of a Coherent EU Policy*, *European State Aid Law Quarterly* 2012, vol. 11(1).

<sup>11</sup> Dokument dostępny pod adresem:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0035:EN:HTML>.

<sup>12</sup> M. Kekelekis, *Recent Developments in Infrastructure Funding: When Does It Not Constitute State Aid?*, *European State Aid Law Quarterly* 2011, vol. 10(3).

<sup>13</sup> Por. A. Colucci, Transport [w:] W. Mederer, N. Pesaresi, M. van Hoof (red.), *EU Competition Law – Volume IV: State Aid*, Book Two, Leuven 2008, s. 1500.

z orzecnictwem sądów unijnych, według których przepisy o pomocy publicznej nie mają zastosowania do działań, które, niezależnie od formy prawnej zastosowanej do ich realizacji (organ administracji, spółka prawa handlowego), ze względu na cel, charakter i realizację interesu publicznego, stanowią wykonywanie typowych uprawnień władzy publicznej i są pozbawione charakteru gospodarczego, nie stanowiąc tym samym działalności gospodarczej<sup>14</sup>. W przypadku działalności związanej z portami morskimi działaniami takimi są m.in. te zmierzające do ochrony zdrowia, bezpieczeństwa żeglugi i bezpieczeństwa w obrębie portu, ochrony środowiska, zapewnienia obsługi celnej i imigracyjnej<sup>15</sup>. Znalazło to odzwierciedlenie np. w decyzji KE z 16.10.2002 r. w sprawie N 438/2002 – *Belgia – Dotacje dla władz portowych na realizację zadań wchodzących w zakres władzy publicznej*<sup>16</sup>, w której Komisja uznała, że dotacje udzielane kapitanatom portów przez władze belgijskie nie stanowią pomocy publicznej, ze względu na to, że kapitanaty wykonywały zadania władzy publicznej, nie prowadziły więc działalności gospodarczej, a zatem nie mogły zostać zakwalifikowane jako przedsiębiorstwa.

Należy jednakże podkreślić, że warunkiem uznania tego typu infrastruktury za publiczną jest jej dostępność *de iure* i *de facto* dla wszystkich rzeczywistych i potencjalnych użytkowników. W praktyce okoliczności konkretnego przypadku mogą bowiem sprawić, że również finansowanie tej infrastruktury będzie stanowić pomoc publiczną, gdyż wybudowane lub zmodernizowane urządzenia będą faktycznie stanowiły korzyść dla konkretnego użytkownika (lub ich grupy).

Ciekawy przykład z praktyki decyzyjnej KE na wyróżnienie infrastruktury publicznej znajdziemy w decyzji z 20.10.2004 r. w sprawie N 520/2003 – *Belgia – Wsparcie finansowe na prace infrastrukturalne w portach flamandzkich*<sup>17</sup>. Komisja stwierdziła tam, że budowa i utrzymanie (w tym pogłębianie) morskich dróg dostępu do portu (tj. kanałów żeglownych, w tym w zalewowych częściach portu, kanałów zapewniających dostęp do śluz morskich i innych powiązanych urządzeń, doków w kanałach, basenów do zawracania; infrastruktura ta nie obejmowała miejsc do cumowania i postoju statków) stanowi zadanie publiczne władz regionalnych. Realizowanie tych zadań nie wchodzi zatem w zakres pojęcia działalności gospodarczej. Konkluzji o niegospodarczym charakterze ww. działań nie zmienił nawet fakt, że w okresie przejściowym zadanie utrzymania dróg dostępu do portu, znajdujących się w jego granicach, spoczywało na zarządcy portu, który otrzymywał z tego tytułu stosowną rekompensatę – pod warunkiem, że wysokość tej rekompensaty nie była nadmierna i została ograniczona tylko do tych działań, a ryzyko przeniesienia korzyści na inne sfery działalności zarządcy zostało wyeliminowane. Podobnie zostały zaklasyfikowane śluzy morskie, łączące naturalne drogi morskie z kanałami, dzięki którym statki morskie mogą wpływać w głąb lądu. Zgodnie z belgijskim prawem utrzymanie śluz należało do zadań zarządców portów. Jednakże KE uznała, że śluzy te stanowią integralną część systemu dostępu morskiego, a więc nie funkcjonowały jako część komercyjnej infrastruktury portowej, a jako przedłużenie naturalnych dróg wodnych, z których korzystają wszyscy użytkownicy portu i cała społeczność morska. Doprowadziło to do wniosku, że ich utrzymanie nie wchodzi w zakres działalności gospodarczej, a stanowi zadanie władz publicznych, którego celem jest realizacja interesu publicznego. Rekompensata za wykonywanie tych działań nie stanowi pomocy

<sup>14</sup> Po. wyrok TS w sprawie 118/85 *Komisja v. Włochy* (Zb. Orz. 1987, s. 2599) oraz opinię rzecznika generalnego Mischo wydaną w tej sprawie, wyrok TS w sprawie 94/74 *IGAV v. ENCC* (Zb. Orz. 1975, s. 699), wyrok TS w sprawie C-343/95 *Diego Cali & Figli Srl v. Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)* (Zb. Orz. 1997, s. I-1547).

<sup>15</sup> Por. N. Farantouris, *Port Infrastructure...*; N. Farantouris, *Public Financing in the Port Sector and State Aid Rules* [w:] A. Antapassis, L. Athanassiou, E. Røsaeg (red.), *Competition and Regulation in Shipping and Shipping Related Industries*, Leiden 2009, s. 248-249.

<sup>16</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2002/n438-02-fr.pdf).

<sup>17</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/transport-2003/n520-03-fr.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2003/n520-03-fr.pdf).

publicznej, pod warunkiem, że jest ograniczona do faktycznie poniesionych kosztów realizacji zadań publicznych i że zarządca portu nie odnosi dzięki niej korzyści w innych sferach swej działalności.

Analogiczne stanowisko KE zajęła w decyzji z 21.12.2005 r. w sprawie N 503/2005 – *Zjednoczone Królestwo – Great Yarmouth Outer Harbour*<sup>18</sup>, gdzie stwierdziła, że finansowanie ze środków publicznych wykonywanych przez zarządcę portu inwestycji w falochrony i morskie drogi dostępu, otwarte dla wszystkich użytkowników na równych i niedyskryminacyjnych warunkach, nie stanowi pomocy publicznej. Zdaniem Komisji realizacja tych inwestycji nie wchodzi w zakres działalności gospodarczej zarządcy portu, a stanowi wykonywanie zadań władzy publicznej w zakresie utrzymywania otwartego dostępu do publicznych dróg wodnych – w ten sam sposób, w jaki państwo zapewnia dostęp np. do infrastruktury drogowej bądź kolejowej. Opłaty za dostęp do infrastruktury były pobierane na zasadach zapewniających otwartość i zapobiegających dyskryminacji, a także zostało zapewnione, by kształtowały się na poziomie rynkowym (ustawa dawała zarządcy portu prawo kształtowania opłat w sposób w niej regulowany, jednakże użytkownikowi służyło prawo odwołania się od tak ustalonej opłaty do Sekretarza Stanu (*Secretary of State*), którego decyzja w tym zakresie była ostateczna). Nie dochodziło zatem do uprzywilejowania żadnego konkretnego przedsiębiorstwa (oczywiście KE dokonała również analizy, czy rekompensata wypłacana zarządcy portu ze źródeł publicznych nie była nadmierna i czy podmiot ten nie odnosił dzięki niej korzyści w innych sektorach swej działalności).

W decyzji z 10.07.2007 r. w sprawie N 510/2005 – *Polska – Zwolnienie infrastruktury portowej z opodatkowania*<sup>19</sup> KE odniosła się do polskiego systemu zwolnienia z podatku od nieruchomości gruntów, które znajdują się w posiadaniu podmiotu zarządzającego portem lub przystanią morską, pozyskanych na potrzeby rozwoju portu lub przystani morskiej, zajętych na działalność określoną w statucie tego podmiotu, położonych w granicach portów i przystani morskich – od pierwszego dnia miesiąca następującego po miesiącu, w którym podmiot ten wszedł w ich posiadanie – nie dłużej niż przez okres 5 lat, z wyjątkiem gruntów zajętych przez podmiot inny niż podmiot zarządzający portem lub przystanią morską<sup>20</sup>. KE uznała w decyzji, że skoro infrastruktura finansowana ze środków publicznych jest ograniczona do tych części portów, które nie są wykorzystywane do celów komercyjnych, a nieprzenoszalne prawo własności zwolnionych gruntów przysługuje Skarbowi Państwa<sup>21</sup>, finansowanie to nie przyniesie korzyści konkretnemu przedsiębiorstwu. Nie stanowi zatem ono pomocy publicznej.

Przedstawiona powyżej praktyka decyzyjna znajdowała odzwierciedlenie jeszcze w innych decyzjach dotyczących finansowania portów morskich. Np. w decyzji z 13.02.2002 r. w sprawie N 812/2002 – *Holandia – Wsparcie na usuwanie skażonego mułu*<sup>22</sup> KE stwierdziła, że publiczne wsparcie pogłębiania dróg wodnych w pobliżu portu stanowi wykonywanie zadań władz publicznych, prowadzi do powstania infrastruktury otwartej dla wszystkich rzeczywistych i potencjalnych użytkowników nie uprzywilejowując żadnego przedsiębiorstwa, zatem nie stanowi pomocy publicznej. Z kolei w decyzji z 10.12.2008 r. w sprawie N 110/2008 – *Niemcy – JadeWeserPort*<sup>23</sup> Komisja uznała, że budowa nabrzeża portowego oraz połączeń z lądowym systemem komunikacyjnym, jak również infrastruktury

<sup>18</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/transport-2005/n503-05.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2005/n503-05.pdf).

<sup>19</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/transport-2005/n510-05.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2005/n510-05.pdf).

<sup>20</sup> Art. 7 ust. 1 pkt 2a ustawy z 12.01.1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (tekst jedn. Dz. U. z 2010 r. Nr 95, poz. 613, ze zm.).

<sup>21</sup> Art. 5 ust. 1 ustawy o portach i przystaniach morskich.

<sup>22</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/comp-2001/n812-01.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/comp-2001/n812-01.pdf). Patrz też: N. Farantouris, *Port Infrastructure...*, op. cit.

<sup>23</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/transport-2008/n110-08.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2008/n110-08.pdf).

koniecznej dla powstania nowego terminalu kontenerowego (który miał zostać wybudowany ze środków operatora wybranego w drodze otwartego i niedyskryminacyjnego przetargu, a następnie przez niego użytkowany i utrzymywany) nie stanowi pomocy publicznej, gdyż ta infrastruktura jest otwarta na równych i niedyskryminacyjnych zasadach dla użytkowników końcowych.

Opisana powyżej dość spójna i konsekwentna praktyka decyzyjna doznała w ostatnim czasie zmian polegających na zaostrzeniu kryteriów oceny, czy dana inwestycja w *prima facie* ogólnodostępną infrastrukturę nie uprzywilejowuje faktycznie konkretnego użytkownika. Zmiany te są na tyle istotne, że zostaną omówione osobno poniżej. Żeby jednak móc je prawidłowo naświetlić, konieczne jest najpierw omówienie utartej praktyki Komisji dot. infrastruktury specyficznej dla użytkownika i suprastruktury.

## 2. Moje małe morze – infrastruktura specyficzna dla użytkownika i suprastruktura

W Komunikacie o portach KE zdefiniowała infrastrukturę specyficzną dla użytkownika przez przykładowe wyliczenie urządzeń, które zalicza się do tej kategorii. Są to:

- 1) dziedzińce,
- 2) pomosty,
- 3) rury oraz kable niezbędne do funkcjonowania urządzeń w obrębie terminali,
- 4) prace przygotowawcze, które umożliwiają wybudowanie terminali (np. wyrównywanie gruntu

i w razie konieczności burzenie istniejących budynków i urządzeń). Jednakże jeżeli władze publiczne przygotowują teren, by następnie sprzedać go lub w inny sposób udostępnić przedsiębiorstwom na warunkach rynkowych<sup>24</sup> (np. najem, dzierżawa, użytkowanie), inwestycje tego typu nie są uznawane za wiążące się z udzieleniem pomocy publicznej. Gdyby jednak faworyzowałyby one konkretnego użytkownika końcowego, konkluzja będzie przeciwna.

Natomiast do suprastruktury zaliczane są m.in. budynki (magazyny, warsztaty, biura) oraz wszelkie typy nieruchomości lub częściowo ruchomych urządzeń, takich jak dźwigi i rampy. Komisja zaznaczyła w odniesieniu do suprastruktury, że nie jest możliwa do zaakceptowania ogólna teza, iż nie stanowi pomocy publicznej dofinansowanie inwestycji w suprastrukturę, jeżeli następnie ma miejsce pełne odzyskanie kosztów od użytkownika – chyba że beneficjent wsparcia został wybrany w otwartej i niedyskryminacyjnej procedurze.

Publiczne finansowanie infrastruktury specyficznej dla użytkownika i suprastruktury uważane jest co do zasady za wiążące się z udzieleniem pomocy publicznej, ponieważ obiekty tego typu wiążą się z faworyzowaniem konkretnych przedsiębiorstw i służą do wykonywania przez nich działalności gospodarczej<sup>25</sup>.

W swojej praktyce decyzyjnej KE uznawała za pomoc publiczną dla zarządcy portu dofinansowanie z budżetu państwa budowy infrastruktury, która była otwarta dla wszystkich użytkowników końcowych na równych i niedyskryminacyjnych zasadach. Taka była konkluzja dot. doków (części wodne i nabrzeżne), infrastruktury postojowej dla statków (nabrzeża, pomosty itp.) oraz lekkiej infrastruktury portowej (linie kolejowe, wewnętrzne drogi dojazdowe) w ww. decyzji w sprawie N 520/2003 *Porty flamandzkie*. Komisja stwierdziła, że pomimo tego, iż infrastruktura ta jest niezbędna dla prawidłowego funkcjonowania portu służąc interesom całej społeczności morskiej, może także służyć do

<sup>24</sup> Por. w tym zakresie Komunikat Komisji w sprawie elementów pomocy państwa w sprzedaży gruntów i budynków przez władze publiczne (Dz. Urz. UE 1997 C 209/3).

<sup>25</sup> W tym zakresie por. także N. Farantouris, *Port Infrastructure...*, op. cit.

wykonywania działalności gospodarczej przez zarządcę portu. Zarządca mógł bowiem świadczyć za ich pomocą usługi, za które pobierał wynagrodzenie (np. w formie opłat za dostęp do infrastruktury). Analogiczną konkluzję w tej samej sprawie KE wywiodła w odniesieniu do dofinansowania kosztów utrzymania podłoża miejsc postojowych dla statków (czyli miejsc, gdzie są one rozładowywane i załadowywane). Komisja uznała bowiem, że miejsca postojowe służą do prowadzenia działalności gospodarczej, zaś podłoże jest ich integralną częścią, a więc pomimo tego, że są otwarte dla wszystkich użytkowników końcowych na równych i niedyskryminacyjnych zasadach, finansowanie ich utrzymania stanowi pomoc publiczną dla zarządcy portu.

W decyzji z 18.12.2009 r. w sprawie C 21/2009 – *Grecja – Publiczne finansowanie infrastruktury i wyposażenia portu w Pireusie*<sup>26</sup> KE uznała, że dofinansowanie budowy pomostu przy pirsie w terminalu kontenerowym portu w Pireusie stanowi korzyść dla zarządcy portu, ponieważ jest to infrastruktura użytkowana przez zarządcę w ramach działalności gospodarczej – podmiot ten pobiera opłaty za usługi rozładunkowe, realizowane za pomocą budowanej infrastruktury. W decyzji tej Komisja uznała także, że pomoc publiczną może potencjalnie stanowić dofinansowanie zakupu przez zarządcę portu wyposażenia załadunkowego i rozładunkowego do obsługi terminalu kontenerowego. Jednakże, ze względu na poważne wątpliwości co do niezbędności pomocy publicznej na zakup tego typu wyposażenia (zwykle jest ono finansowane przez same przedsiębiorstwa na czysto rynkowych zasadach), a także „brak doświadczenia Komisji jeśli chodzi o publiczne finansowanie wyposażenia w dużych portach”, ta część sprawy została wyłączona do osobnego rozpatrzenia, następnie zaś władze greckie wycofały notyfikację w ww. zakresie.

W decyzji z 15.06.2011 r. w sprawie SA.32224 (N/2011) – *Holandia – Rozwój Alblasserdam Container Transferium*<sup>27</sup> za infrastrukturę specyficzną dla użytkownika uznany został terminal przeładunkowy, rozbudowywany przez zarządcę portu w Rotterdamie, służący do przeładowywania kontenerów z samochodów ciężarowych na barki. Zdaniem KE terminal służyć będzie zarządcy portu do prowadzenia działalności, w której konkuruje on z innymi portami morskimi w Europie.

Wreszcie w decyzji z 22.02.2012 r. w sprawie SA.30742 (N/2010) (ex N 137/2010) – *Litwa – Budowa infrastruktury dla terminalu promowego pasażerskiego i cargo w Kłajpedzie*<sup>28</sup> za infrastrukturę specyficzną dla zarządcy portu KE uznała nabrzeże, pirs, regulowane rampy oraz związane z ich budową pogłębianie basenu portowego, ograniczając się do wyjaśnienia, że infrastruktura ta jest używana przez ten podmiot w działalności gospodarczej. Jej finansowanie stanowiło zatem pomoc publiczną. W tej samej decyzji za infrastrukturę specyficzną dla użytkownika (operatora terminalu) zostały uznane konstrukcje w obrębie terminalu.

### 3. Ni rekin, ni wydra – szczególna sytuacja doków i nabrzeży

W Komunikacie o portach KE zwróciła uwagę na specyficzną sytuację doków i nabrzeży. Zdaniem Komisji w odniesieniu do tych elementów infrastruktury portowej nie można wysunąć nawet najbardziej ogólnej tezy co do ich zakwalifikowania do infrastruktury publicznej (ogólnej) bądź specyficznej dla użytkownika. Powodem tego jest szczególny charakter tych elementów infrastruktury oraz duża ilość możliwych wariantów, według jakich mogą być przeprowadzane inwestycje. Dlatego też w każdym

<sup>26</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/232316/232316\\_1095628\\_35\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/232316/232316_1095628_35_1.pdf).

<sup>27</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/239029/239029\\_1231399\\_45\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/239029/239029_1231399_45_2.pdf).

<sup>28</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/235848/235848\\_1304328\\_127\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235848/235848_1304328_127_3.pdf).



przypadku konieczna jest indywidualna ocena, w której szczególną uwagę należy zwracać na sytuację faktyczną, rozmiary inwestycji oraz rzeczywistych i potencjalnych użytkowników budowanych instalacji.

#### 4. Gwałtowna zmiana wiatrów – decyzje w sprawach *port Ventspils i Krievu Sala*

W ostatnim czasie KE rozpatrzyła dwie sprawy dotyczące planowanego finansowania publicznego portów łotewskich. Decyzje wydane w tych sprawach zasługują na uwagę ze względu na to, że wskazują na zaostrzające się podejście do oceny tego, co stanowi infrastrukturę ogólną, a co infrastrukturę specyficzną dla użytkownika. Nowe podejście, jak się wydaje, miało na celu odejście od kryteriów formalnych, na rzecz rzeczywistego znaczenia techniczno-gospodarczego danego obiektu. Jednak, jak zostanie pokazane poniżej, Komisja nie postawiła tu przysłowiowej kropki nad „i” przez brak jednoznacznego stanowiska co do części aspektów rozpatrywanych spraw. Nie tylko wprowadza to dużą dozę niepewności prawnej do i tak niejasnej sfery prawa pomocy publicznej, ale też w niektórych przypadkach może prowadzić do rezultatów zbliżonych do absurdu.

Szczególnie mocno opisane powyżej zjawisko widać w decyzji z 15.12.2009 r. częściowo uznającej pomoc za zgodną z rynkiem wewnętrznym, a co do części obiektów wszczynającej formalną procedurę dochodzenia w sprawie C 39/2009 (ex N 385/2009) – *Łotwa – Publiczne finansowanie infrastruktury portowej w porcie Ventspils*<sup>29</sup> („*Pierwsza Decyzja Ventspils*”). Komisja podkreśliła bowiem, że kluczowym pytaniem, które należy postawić przy ocenie charakteru danego obiektu jest to, czy może on być wykorzystywany gospodarczo. Jednak w praktyce kryterium to może być interpretowane bardzo szeroko. Świetnym przykładem na taką szeroką interpretację jest podejście zaprezentowane przez KE w odniesieniu do umacniania brzegu kanału żeglownego, renowacji falochronu i budowy pomostu dla statków służby ochrony środowiska zarządcy portu Ventspils. Bazując na dotychczasowej praktyce Komisji można by przypuszczać, że te elementy infrastrukturalne zostaną uznane za służące zapewnieniu dostępu do portu i bezpieczeństwa żeglugi, a zatem przyczyniające się do realizacji zadań państwa. W *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE zauważyła jednak, że służą one także ochronie podmiotów świadczących usługi portowe oraz wszelkich przedsiębiorstw zlokalizowanych na terenie portu, a więc w praktyce umożliwiają prowadzenie przez nie działalności gospodarczej. Z drugiej strony, KE dostrzegła, że inwestycje w morskie drogi dostępu i urządzenia hydrotechniczne służące ochronie portu są bardzo ryzykowne i kapitałochłonne, co przemawiałoby za uznaniem publicznego finansowania za niemające charakteru pomocy publicznej.

Jeśli chodzi o pomost dla statków służby ochrony środowiska, KE nie miała wątpliwości, że tylko zarządca portu może odnieść korzyść z jego renowacji, a także że infrastruktura ta będzie używana wyłącznie do wykonywania przez zarządcę zadań władzy publicznej.

Wydawałoby się więc, że Komisja zamierza pójść po linii swej dotychczasowej, utartej praktyki decyzyjnej. Tak się jednak nie stało, gdyż ostatecznie stwierdziła ona, że wszystkie te obiekty są konieczne, by możliwe było prowadzenie działalności gospodarczej w porcie. **Ta zależność sprawia, że – zdaniem Komisji – można uważać je również za mające charakter komercyjny.**

Niestety, w dalszej części *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE doszła do wniosku, że w sprawie tej nie ma konieczności przesądzenia o charakterze ww. infrastruktury, ponieważ pomoc na jej rozbudowę i tak zostałaby uznana za zgodną z rynkiem wewnętrznym. Zostawiło to w zawieszeniu pytanie, jak dziś należy podchodzić do zaliczania infrastruktury portowej do publicznej (ogólnej). Przesłanki

<sup>29</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/234343/234343\\_1080097\\_16\\_1.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234343/234343_1080097_16_1.pdf).

związku z działalnością gospodarczą i niezbędności infrastruktury do prowadzenia tej działalności mogą być użyteczne, ale pod warunkiem, że zostaną napełnione treścią w sposób zapewniający możliwość realizacji podstawowych funkcji państwa. Jednak jak wynika z analizowanej decyzji, przesłanki te opierają się na pośrednim związku między infrastrukturą a działalnością. *Pierwsza Decyzja Ventspils* pokazała, że może on być bardzo luźny – tak luźny, że mogący doprowadzić do absurdalnej sytuacji, w której państwo nie mogłoby wykonywać swoich podstawowych zadań w zakresie polityki morskiej bez zgody KE na każde publiczne finansowanie inwestycji. Należy się więc opowiedzieć za interpretacją ww. przesłanek idącą w takim kierunku, żeby nie dopuścić do wspomnianego efektu. Przychylając się do idei odejścia od analizy formalnej na rzecz analizy zorientowanej gospodarczo, w mojej ocenie należało by położyć nacisk na wykazanie bezpośredniego, dającego się wyraźnie zidentyfikować ekonomicznego związku między budowaną infrastrukturą a działalnością (rzekomo) uprzywilejowanego przedsiębiorstwa, a także na możliwość bądź jej brak zrealizowania przez siły rynkowe ogólnie pożądaných celów (takich jak bezpieczeństwo żeglugi wewnątrz portu).

W dalszej części *Pierwszej Decyzji Ventspils* Komisja także uznała, że inwestycje, które zgodnie z Komunikatem o portach co do zasady uznawane są za mające charakter publiczny (ogólny), w tym konkretnym przypadku faworyzowały konkretnego użytkownika. Chodziło mianowicie o pogłębianie basenu portowego w okolicy odnawianego terminalu cargo i prace mające na celu połączenie tegoż terminalu, a także kotwiczowiska, z krajową siecią kolejową. KE zauważyła, że ze względu na bezpośredni związek z obiektami mającymi zastosowanie komercyjne, przeprowadzenie ww. inwestycji nie może być bez wątpliwości uznane za leżące w sferze zadań władz publicznych. Szczególnie trudna była ocena połączenia z krajową siecią kolejową, jako że tylko część tego połączenia mogła zostać uznana za związaną bezpośrednio z obiektami wykorzystywanymi komercyjnie. Jednak mimo wyraźnego stwierdzenia, że w tej sprawie nie da się rozgraniczyć elementów infrastruktury publicznej i specyficznej dla użytkownika, KE zadowolili się konkluzją, że nie można wykluczyć przysporzenia korzyści konkretnemu użytkownikowi, co prowadzi do konkluzji o występowaniu pomocy publicznej (przy spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 107 ust. 1 TFUE). Można więc mówić o swoistej zasadzie „w razie wątpliwości na korzyść pomocy”. Jednak przynajmniej w odniesieniu do pogłębiania i połączenia z krajową siecią kolejową Komisja starała się wykazać bezpośredni związek inwestycji z obiektami o charakterze komercyjnym, a więc z działalnością gospodarczą konkretnego przedsiębiorstwa. W mojej opinii, dla osiągnięcia niezbędnego minimum pewności prawnej, KE powinna jednak w takiej sytuacji wykazywać także przewagę komercyjnego znaczenia inwestycji w konkretną infrastrukturę nad znaczeniem dla realizacji polityki państwa.

W końcu w *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE uznała za infrastrukturę specyficzną dla użytkownika kotwiczowisko i nowy terminal cargo, co nie budzi kontrowersji i jest całkowicie w zgodzie z dotychczasową praktyką decyzyjną.

Sposób oceny publicznego finansowania inwestycji w portach w świetle przepisów o pomocy publicznej zaprezentowany w *Pierwszej Decyzji Ventspils* został powtórzony w innej decyzji KE dotyczącej łotewskiego portu, mianowicie w decyzji z 15.06.2011 r. w sprawie N 44/2010 – *Łotwa – Publiczne finansowanie infrastruktury portowej w Krievu Sala*<sup>30</sup>, która dotyczyła części infrastruktury w porcie w Rydze. W decyzji tej Komisja w szerokim zakresie powoływała się na *Pierwszą Decyzję*

<sup>30</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/235017/235017\\_1261801\\_149\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/235017/235017_1261801_149_2.pdf).

*Ventspils*, co sprawia wrażenie, że traktuje ją jako precedensową i wiodącą w omawianej materii. Postępując więc zgodnie z zaprezentowaną tam linią, Komisja stwierdziła, że infrastruktura taka jak wodne drogi dostępu do portu, lądowe drogi dostępu, umacnianie brzegu, pogłębianie oraz infrastruktura dla mediów jest niezbędna dla wykonywania działalności gospodarczej w porcie i z tego powodu może zostać uznana za mającą charakter komercyjny. Jednak, podobnie jak w *Pierwszej Decyzji Ventspils*, KE stwierdziła, że nie ma potrzeby przesądzenia, czy realizacja ww. inwestycji ze środków publicznych wiąże się z udzieleniem pomocy publicznej, ponieważ pomoc ta i tak byłaby zgodna z rynkiem wewnętrznym.

Także analogicznie do *Pierwszej Decyzji Ventspils* za mające przynajmniej częściowo charakter komercyjny zostały uznane linie kolejowe łączące kotwiczowiska z krajową siecią kolejową, a także drogi wewnętrzne, a to ze względu na ich bezpośredni związek z tymi kotwiczowiskami, mającymi bez wątpienia charakter komercyjny. Ich budowa przyczyniła się więc, zdaniem KE, do rozwoju infrastruktury specyficznej dla użytkownika.

Natomiast za mające w całości związek z infrastrukturą specyficzną dla użytkownika uznane zostały inwestycje w rekultywację gruntów i budowę kolejowego punktu kontrolnego.

Odmienne jednak niż w *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE stwierdziła, że niektóre elementy infrastruktury nie mają charakteru gospodarczego, ponieważ służą wypełnieniu podstawowych funkcji państwa w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa portu. Zaliczone do nich zostały budynki wykorzystywane przez zarządcę portu do wykonywania tylko i wyłącznie funkcji administracyjnych w zakresie kontroli celnej, zapewnienia bezpieczeństwa w porcie oraz udzielania pierwszej pomocy medycznej, jak również ochrony środowiska.

Odnosząc się do tej ostatniej konkluzji, należy powitać ją z uznaniem, gdyż daje ona pewną wskazówkę co do tego, jak obecnie KE podchodzi do wypełniania przez zarządcę portu funkcji władzy publicznej. Trzeba zauważyć, że obecna linia praktyki decyzyjnej restrykcyjnie interpretuje pojęcie środków służących zapewnieniu bezpieczeństwa ("*safety and security measures*"). Pojęcie to jest bowiem *prima facie* bardzo szerokie. Komisja zdaje się jednak zawężać je do utrzymywania porządku i ewentualnie kontroli ruchu jednostek pływających w obrębie portu za pomocą metod władczych, natomiast wyłączać inwestycje w poprawę stanu infrastruktury, które są niezbędne do zapewnienia bezpieczeństwa żeglugi pod względem warunków hydrotechnicznych (stąd uznanie publicznego finansowania remontów falochronów, pogłębiania, utrzymania morskich dróg dostępu czy też umacniania brzegu za mogące wiązać się z udzieleniem pomocy państwa). W zakresie tym aktualne pozostają uwagi poczynione przy okazji omawiania *Pierwszej Decyzji Ventspils*, gdyż nieodparcie nasuwa się wrażenie, że idąc prezentowanym przez Komisję tokiem rozumowania państwo stawałoby w obliczu udzielenia pomocy publicznej naprawiając wyrwy w drogach publicznych (wszak każda droga prowadzi do jakiegoś przedsiębiorstwa i jest niezbędna do wykonywania tam działalności gospodarczej). Nie sposób oprzeć się wrażeniu, że takie podejście KE koliduje z podstawowymi obowiązkami państwa w zakresie planowania i rozwoju infrastruktury transportowej<sup>31</sup>.

Zwraca także uwagę nieco inne podejście do kwestii ochrony środowiska w *Pierwszej Decyzji Ventspils* i w decyzji w sprawie *Krievu Sala*. O ile bowiem w *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE doszła do wniosku, że co prawda ochrona środowiska należy do podstawowych zadań państwa (powołując

<sup>31</sup> Pogląd ten jest w doktrynie odnoszony szerzej – do całej obecnej polityki oceny przez KE projektów infrastrukturalnych w świetle przepisów o pomocy publicznej. Por. N. Kekelekis, *Recent Developments...*

się przy tym na cyt. powyżej wyrok TS w sprawie C-343/95 *Diego Cali*), to jednak stwierdziła, że istnieje też związek tej funkcji z działalnością gospodarczą zarządcy portu i dlatego można tu potencjalnie mówić o występowaniu pomocy publicznej (aczkolwiek KE nie widziała potrzeby przesądzenia o jej istnieniu). Inaczej w decyzji w sprawie *Krievu Sala* – powołując się na to samo orzeczenie TS KE stwierdziła jednoznacznie, że ochrona środowiska nie jest działalnością komercyjną. Uważam, że należy przyjąć z zadowoleniem to jasne rozstrzygnięcie, gdyż stanowi ono krok ku osiągnięciu tak pożądanej pewności prawnej i spójności w ocenie projektów infrastrukturalnych w UE w świetle przepisów o pomocy publicznej.

Wreszcie należy dodać, że KE potwierdziła w decyzji w sprawie *Krievu Sala* swoją ustaloną praktykę, że kotwiczowiska należą do infrastruktury wykorzystywanej komercyjnie.

## IV. Statki, łodzie i okręty podwodne – poziomy występowania pomocy publicznej przy finansowaniu infrastruktury portowej przez państwo

### 1. Kapitan na mostku – poziom zarządców portów

Powyżej przedstawiony został pewien uproszczony schemat badania, czy publiczne finansowanie infrastruktury portowej może stanowić pomoc publiczną. W praktyce, przy dokonywaniu takiej oceny należy ją przeprowadzić w odniesieniu do każdego z możliwych poziomów występowania pomocy publicznej w tym obszarze. Mówiąc ściśle – na każdym poziomie należy sprawdzić, czy spełnione są wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE (szczegółowe omówienie tego zagadnienia wykracza jednak poza zakres tego artykułu).

W dotychczasowej praktyce KE liczba poziomów, na którym badana była możliwość wystąpienia pomocy publicznej w przypadku finansowania infrastruktury portowej ulegała ewolucji. Początkowo Komisja badała zasadniczo dwa poziomy – poziom zarządców portów i poziom użytkowników końcowych (zaliczając tu zarówno operatorów infrastruktury, jak i armatorów)<sup>32</sup>. Jednakże w późniejszych decyzjach KE konsekwentnie badała występowanie pomocy publicznej na trzech poziomach: zarządców portów, operatorów infrastruktury (np. operatorów terminali) i użytkowników końcowych portów (armatorów, spedytorów). Taki schemat zostanie przyjęty w poniższych rozważaniach.

W praktyce poziom zarządców portów jest najbardziej kłopotliwy pod względem ustalenia, czy dana inwestycja wiąże się z udzieleniem pomocy publicznej, ale też zwykle jej zatwierdzenie przez KE nie napotyka zwykle na trudności. To bowiem zarządcy portów wypełniają zarówno funkcje właściwe dla sprawowania władzy publicznej, jak i prowadzą działalność gospodarczą. Dlatego też początkowo państwa członkowskie próbowały utrzymywać, że podmioty tego typu nie są przedsiębiorstwami. Padał także argument, że podmioty te nie posiadają statusu przedsiębiorstwa ze względu na to, że prowadzą działalność typu non-profit. Jednakże wobec bardzo szerokiej definicji przedsiębiorstwa i działalności gospodarczej w prawie konkurencji UE (której nie ma potrzeby tu przypominać), podejście takie nie mogło znaleźć uznania KE.

Problem, czy zarządca infrastruktury, wypełniający pewne funkcje władzy publicznej jest także przedsiębiorstwem, został w przesądzający sposób rozstrzygnięty po raz pierwszy w odniesieniu

<sup>32</sup> Por. omawiane powyżej decyzje w sprawach N 520/2003 *Porty flamandzkie* oraz N 503/2005 *Great Yarmouth Outer Harbour*.

do zarządców lotnisk. Mianowicie w wyroku z 12.12.2000 r. w sprawie T-128/98 *Aeroport de Paris v. Komisja* (Zb. Orz. 2000, s. II-3929) Sąd Pierwszej Instancji orzekł, że działalność polegająca na zarządzaniu i użytkowaniu infrastruktury, obejmująca świadczenie usług na rzecz przedsiębiorstw lotniczych, jak również różnych podmiotów świadczących usługi w obrębie zarządzanej infrastruktury, stanowi działalność gospodarczą. Z jednej strony polega ona bowiem na udostępnianiu infrastruktury i urzędzeń różnym podmiotom świadczącym usługi w zamian za zapłatę należności, której wysokość jest ustalana niezależnie przez samego zarządzającego oraz z drugiej strony nie jest ona zależna od wykonywania prerogatyw władzy publicznej i da się oddzielić od działań związanych z wykonywaniem wymienionych prerogatyw<sup>33</sup>. Ww. stanowisko Sądu Pierwszej Instancji zostało odniesione bezpośrednio do zarządców infrastruktury portowej w decyzji Komisji z 20.12.2001 r. w sprawie N 649/2001 – *Zjednoczone Królestwo – Freight Facilities Grant*<sup>34</sup>, a następnie w kolejnych decyzjach – m.in. ostatnio w *Pierwszej Decyzji Ventspils*<sup>35</sup>, decyzji *Krievu Sala* oraz ww. decyzji w sprawie SA.30742 *Port w Kłajpedzie*.

Konstatacji o tym, że zarządca portu jest przedsiębiorstwem nie zmienia także fakt, że jego działalność ma charakter non-profit (np. z tego powodu, że wszystkie środki finansowe będące w dyspozycji zarządcy portu mogą być używane tylko i wyłącznie na cele zarządzania portem i wypełniania innych funkcji nałożonych na ten podmiot przez prawo – por. decyzja w sprawie *Krievu Sala*), gdyż KE, powołując się m.in. na wyrok TS z 11.07.2006 r. w sprawie C-205/03 P *FENIN v. Komisja* (Zb. Orz. 2006, s. I-6295), konsekwentnie stwierdza, że nawet jeżeli podmiot prowadzi działalność non-profit lub nie dąży do osiągnięcia celów niekomercyjnych, nie jest to decydujące dla stwierdzenia, że nie stanowi ona działalności gospodarczej. Bowiem nawet prowadząc tylko działalność non-profit, może uczestniczyć w rynku, a zatem jego działania mogą potencjalnie stać w sprzeczności z celami prawa konkurencji.

Oczywiście możliwe jest wykluczenie występowania pomocy publicznej na poziomie zarządcy portu w sytuacji, gdy wsparcie udzielone temu podmiotowi (również ze środków funduszy strukturalnych czy Funduszu Spójności<sup>36</sup>) spełnia test prywatnego inwestora. Taki test KE przeprowadziła w wielu przypadkach publicznego wspierania zarządcy portu (m.in. ww. decyzja w sprawie C 21/2009 *Port w Pireusie*, *Pierwsza Decyzja Ventspils*, decyzja *Krievu Sala*, ww. decyzja w sprawie SA.30742 *Port Kłajpeda*), jednak przypadki wykazania jego spełnienia są nieliczne – do takich należy decyzja KE z 24.04.2007 r. – *Holandia – Projekt rozbudowy głównego portu w Rotterdamie*<sup>37</sup>, gdzie decydujące było to, że na rynku wewnętrznym UE nie występuje strukturalna nadpodaż usług portowych, a sam zarządca portu znajdował się w dobrej sytuacji ekonomicznej. Szczegółowe omówienie zasad przeprowadzania testu prywatnego inwestora w odniesieniu do finansowania infrastruktury portowej leży jednak poza zakresem tego artykułu<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Por. pkt 112 wyroku: „konieczne jest rozróżnienie między, z jednej strony, działaniami Aeroport de Paris o czysto administracyjnym charakterze, w szczególności działaniami w zakresie nadzoru, oraz, z drugiej strony, zarządzaniem paryskimi portami lotniczymi, które finansowane jest z opłat uzależnionych od obrotów”. Por. także wyrok Sądu UE z 24.03.2011 r. w połączonych sprawach T-443/08 i T-455/08 *Freistaat Sachsen i Land Sachsen-Anhalt oraz Mitteldeutsche Flughafen AG i Flughafen Leipzig-Halle GmbH v. Komisja* (dotąd nieopublikowany w Zb. Orz.).

<sup>34</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/transport-2001/n649-01.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2001/n649-01.pdf).

<sup>35</sup> W *Pierwszej Decyzji Ventspils* KE zauważyła, że co prawda zarządcy portu powierzone są zadania z zakresu sprawowania władzy publicznej, jak nadzоровanie przedsiębiorstw działających w porcie pod względem zgodności z planami bezpieczeństwa urzędzeń portowych oraz kontrola i zapewnienie bezpieczeństwa żeglugi, niemniej jednak zarządca portu sam, bez żadnej regulacyjnej interwencji państwa, ustala ceny usług portowych polegających na udostępnianiu infrastruktury oraz terenu, a ponadto świadczy za wynagrodzeniem usługi pilotowania czy usługi cumownicze.

<sup>36</sup> Por. ww. decyzję w sprawie C 21/2009 *Port w Pireusie* oraz *Pierwszą Decyzję Ventspils*.

<sup>37</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/eu\\_law/state\\_aids/transport-2006/n060-06.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/state_aids/transport-2006/n060-06.pdf).

<sup>38</sup> Por. jednak w tym zakresie np. N. Kekelekis, *Recent Developments...*, op. cit.

## 2. Węgiel na prawo, kontenery na lewo – poziom operatorów infrastruktury

Co do zasady KE przyjmuje, że na poziomie operatorów infrastruktury pomoc publiczna nie występuje, jeżeli wynagrodzenie za sprzedaż lub udostępnianie infrastruktury portowej jest kształtowane jako wynik poprzedzonej odpowiednim ogłoszeniem, otwartej, bezwarunkowej i niedyskryminacyjnej procedury wyboru ofert, która zapewnia, że wszyscy kandydaci są równo traktowani<sup>39</sup>. W praktyce decyzyjnej tej instytucji da się zaobserwować tendencję do uznawania, że zastosowanie takiej procedury wyklucza możliwość wystąpienia pomocy publicznej (konkretnie – przesłanki dokonania przyzporzenia ekonomicznego na warunkach korzystniejszych od rynkowych) na poziomie operatorów infrastruktury lub zapewnia ograniczenie ewentualnej pomocy do minimum całkowicie niezbędnego do prowadzenia działalności za pomocą dofinansowanej infrastruktury. Dlatego też w przypadku zachowania takiej procedury wyboru beneficjenta finansowania Komisja często nie widzi konieczności przesądzenia, czy stanowi ono pomoc publiczną<sup>40</sup>. Jednakże okoliczności konkretnej sprawy mogą doprowadzić do odmiennej konkluzji – np. wtedy, gdy infrastruktura zostanie przeznaczona dla wyznaczonego z góry operatora (np. przez samą jej lokalizację w porcie w pobliżu jego dotychczasowego przedsiębiorstwa), który w ten sposób uzyska z tego tytułu nadmierną korzyść lub jeśli nadmierna korzyść wynikać będzie z nieuzasadnionej różnicy pomiędzy ceną sprzedaży (lub udostępnienia na innych zasadach) a kosztami niedawno zakończonych prac budowlanych<sup>41</sup>.

Aby zapobiec powstaniu takiej sytuacji, często stosowana jest praktyka dokonywania wyceny przez niezależnego eksperta. Jednak jak pokazuje *Pierwsza Decyzja Ventspils*, a także decyzja z 25.08.2011 r. w sprawie C 39/2009 – *Łotwa – Publiczne finansowanie portu Ventspils*<sup>42</sup> (decyzja kończąca formalną procedurę dochodzenia), decyzja w sprawie *Krievu Sala* oraz decyzja w sprawie SA.30742 *Port Klajpeda*, ustalenie z góry cen udostępnienia infrastruktury portowej bez przeprowadzenia otwartej i niedyskryminacyjnej procedury w taki sposób, by nie doszło do udzielenia korzyści ekonomicznej operatorowi, napotyka trudności i w praktyce nie jest łatwo przekonać Komisję do poprawności takich ekspertyz. Jednakże jest to kolejna sfera, której szczegółowe rozważenie daleko wykracza poza ramy tego artykułu.

## 3. Flotyła – poziom użytkowników końcowych portów (armatorów, spedytorów)

Jak wynika z najnowszej praktyki decyzyjnej KE<sup>43</sup>, pomoc publiczna na poziomie użytkowników końcowych infrastruktury portowej nie występuje, jeśli wszyscy armatorzy czy spedytorzy będą mieli otwarty i niedyskryminacyjny dostęp do tej infrastruktury. Jako że zwykle jest to zapewnione, Komisja nie wchodzi zazwyczaj w szczegółowe rozważania na ten temat.

## V. Zawijając do portu – konkluzje

Rozważania na temat publicznego finansowania portów morskich pokazały, jak wiele mielizn czeka na każdego, kto próbuje odpowiedzieć na pytanie, czy finansowanie to spełnia wszystkie przesłanki z art. 107 ust. 1 TFUE. Brak jakiegokolwiek dokumentu wyjaśniającego stanowisko KE w tym

<sup>39</sup> Patrz pkt 81 *Pierwszej Decyzji Ventspils*.

<sup>40</sup> Patrz pkt 85 decyzji w sprawie *Krievu Sala*.

<sup>41</sup> Patrz pkt 82 *Pierwszej Decyzji Ventspils*. Por także N. Kekelekis, *Recent Developments...*, op. cit., gdzie Autor słusznie zauważa, że zastosowanie procedury przetargowej nie wyklucza udzielenia pomocy publicznej, choć minimalizuje taką ewentualność.

<sup>42</sup> Dokument dostępny pod adresem: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/cases/234343/234343\\_1276398\\_146\\_2.pdf](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases/234343/234343_1276398_146_2.pdf).

<sup>43</sup> Por. np. *Pierwszą Decyzję Ventspils*, decyzję *Krievu Sala*, decyzję w sprawie SA.30742 *Port Klajpeda*.

zakresie powoduje niepewność prawną oraz konieczność szczegółowego i dogłębnego analizowania każdej sprawy indywidualnie. Jest to o tyle utrudnione, że w Europie istnieje duża różnorodność portów morskich (od małych regionalnych, po największe na świecie), jak i systemów zarządzania nimi<sup>44</sup>, a podejście, które jeszcze niedawno wydawało się utartą praktyką KE, uległo ostatnio zmianie w kierunku zaostrzenia<sup>45</sup>. Dlatego coraz częściej w doktrynie można znaleźć głosy o konieczności wydania spójnych wytycznych o publicznym finansowaniu infrastruktury portowej, które zapewniłyby pewność prawną i ułatwiłyby wypełnianie zadań przez państwa członkowskie, przedsiębiorstwa prowadzące działalność w sektorze transportu morskiego, a także i przez samą Komisję<sup>46</sup>. W mojej opinii są to głosy jak najbardziej słuszne i należy je z całą mocą poprzeć. W pierwszej połowie 2012 r. KE przeprowadziła konsultacje społeczne na temat dotychczasowego stosowania i proponowanych kierunków zmian Wytycznych dla transportu morskiego, które dotychczas, jak było powiedziane, nie obejmują tematyki portów – może przy okazji ich przeglądu nadszedł właściwy moment<sup>47</sup> na znalezienie bezpiecznej przystani dla portów morskich?

Powstaje zatem pytanie o kierunek, w jakim powinno pójść prawodawstwo unijne (a w jego braku – przynajmniej praktyka decyzyjna KE). W mojej ocenie nie jest możliwe zupełne odejście od konieczności rozstrzygania każdego przypadku indywidualnie, gdyż życie gospodarcze w omawianym sektorze jest zbyt złożone i różnorodne, by mogła zostać wypracowana swego rodzaju „biała lista” sytuacji, w których publiczne finansowanie infrastruktury portowej nigdy nie stanowi pomocy publicznej. Jednakże niezwykle pożądane jest przyjęcie stałego i spójnego kierunku rozstrzygania spraw, który cechowałby się równowagą między dążeniem do zapewnienia z jednej strony niezakłóconej konkurencji w sektorze usług portowych, a z drugiej – możliwości wykonywania przez państwa członkowskie swoich kompetencji w dziedzinie polityki transportu oraz osiągnięcia celu w postaci wysokiego poziomu konkurencyjności gospodarki UE w wymiarze globalnym. W mojej opinii, by to osiągnąć, należy wskazać, jakie przesłanki decydują o uznaniu, że publiczne finansowanie danego elementu infrastruktury wiąże się z występowaniem pomocy publicznej. Co do zasady należy tu skupić się nie tyle na samej możliwości komercyjnego wykorzystania (czy też znaczenia) danego urządzenia, a raczej położyć akcent na jego niezbędną do prowadzenia działalności przez konkretnego przedsiębiorcę lub ich grupę. Przy tym kluczowe do uznania, że mamy do czynienia z infrastrukturą specyficzną dla użytkownika powinno być, by związek ten był bezpośredni, a samo urządzenie służyło w przeważającej mierze celom komercyjnym niż publicznym (związek gospodarczy, a nie formalny). Charakterystycznym przykładem są tu urządzenia służące zapewnieniu bezpieczeństwa w porcie (*“safety and security measures”*), obecnie ograniczane przez KE do tych używanych do zapewnienia porządku na terenie portu i bezpieczeństwa żeglugi za pomocą środków władczych. Natomiast w moim osądzie także urządzenia hydrotechniczne dedykowane bezpieczeństwu żeglugi wpisują się przede wszystkim w pełnienie funkcji państwa w zakresie polityki transportowej. Należy przy tym krytycznie odnieść się do dotychczasowej praktyki pozostawiania przez Komisję „uchylonych drzwi” przy ocenie inwestycji w portach, polegającej na nieprzesądzaniu o istnieniu pomocy (co w praktyce oznacza wkładanie na państwa członkowskie ciężaru zapewnienia zgodności wsparcia z prawem

<sup>44</sup> Por.: N. Farantouris, *Port Infrastructure...*, op. cit.; A. Colucci, *Transport...*, op. cit., s. 1502.

<sup>45</sup> Por. N. Kekelekis, *Recent Developments...*, gdzie Autor odnosi to spostrzeżenie do spraw infrastrukturalnych w ogóle.

<sup>46</sup> N. Farantouris, *Port Infrastructure...*, op. cit.

<sup>47</sup> Projekt opracowania wytycznych dotyczących pomocy publicznej dla portów morskich znajdował się w programie prac KE na 2008 r., jednak dotąd nie został zrealizowany.

przez każdorazowe dokonywanie notyfikacji publicznego finansowania infrastruktury portowej – co najmniej dla uzyskania pewności prawnej), przy jednoczesnym niedawaniu wskazówek co do czynników, które zdaniem tej instytucji o występowaniu pomocy decydują.

Oczywiście postulowane wytyczne powinny także zawierać kryteria oceny zgodności pomocy publicznej na infrastrukturę portową z rynkiem wewnętrznym UE – ale to już temat na zupełnie inną morską opowieść.

i  
K  
A  
R