

K

Subsydiowanie konstrukcji i modernizacji portów lotniczych jako wsparcie dla przewoźników – analiza możliwości prawnomiędzynarodowej kontroli

A

Spis treści

- I. Wprowadzenie – istota problemu
- II. Definicja subsydiów – zakres, kontrowersje
- III. Ocena istnienia selektywnej korzyści
- IV. Alternatywna interpretacja kryteriów selektywności i korzyści
- V. Przesłanka zaburzenia konkurencji i handlu
- VI. Podsumowanie

R

Streszczenie

W warunkach globalnej konkurencji na rynku transportu lotniczego kontrola subsydiowania sektora jest zagadnieniem kontrowersyjnym. Warunkiem koniecznym jest z jednej strony istnienie politycznej woli uregulowania kwestii, a z drugiej – stworzenie praktycznie efektywnego mechanizmu kontroli i egzekucji. Można argumentować, że sama istota prawa międzynarodowego uniemożliwia wprowadzenie rozwiązań wystarczająco efektywnych, rozwiązujących problem zaburzenia konkurencji w wyniku subsydiowania niektórych przedsiębiorstw branży. Publiczne finansowanie portów lotniczych, które bywa uznawane za nienależne wsparcie dla przewoźników operujących z danego obiektu stanowi szczególnie referencyjny przykład powyższych trudności. Niniejszy artykuł zawiera analizę możliwości wprowadzenia prawnomiędzynarodowej kontroli pomocy pośredniej, gdzie realnym beneficjentem jest nie tylko adresat środka. Rozważania prowadzone są z perspektywy Unii Europejskiej w kontekście umów bilateralnych zawieranych między UE a państwami trzecimi, dotyczącymi kontroli subsydiów.

Słowa kluczowe: prawo UE; prawo międzynarodowe; transport lotniczy; pomoc publiczna; subsydia; konkurencja.

JEL: K20, K21, K33

I. Wprowadzenie – istota problemu

Wsparcie udzielane przez władze publiczne rodzimym przedsiębiorstwom szeroko pojętej branży lotniczej jest jednym z najbardziej kontrowersyjnych zagadnień tytułowego sektora, znajdującym się na pograniczu prawa i polityki. O ile można zrozumieć polityczną logikę promowania

* Doktor nauk prawnych; adiunkt w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Europejskiego Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytetu Wrocławskiego; e-mail: jakub.kociubinski@uwr.edu.pl.

krajowych podmiotów gospodarczych w ich ekspansji na rynki zagraniczne i wcielanie w życie strategii budowania „narodowych czempionów”, o tyle, patrząc na zjawisko z perspektywy procesu konkurowania, należy wskazać, że prowadzi do jego zaburzenia przez umożliwienie niektórym przedsiębiorstwom uzyskania przewagi nieosiągalnej w normalnych warunkach rynkowych (Pesaresi, Van Hoof, 2008, s. 4–5). Jest to prawidłowość dająca się zaobserwować właściwie w każdej dziedzinie gospodarki mającej wymiar transgraniczny. Natomiast transport lotniczy, gdzie ogromna większość przewoźników prowadzi operacje międzynarodowe, konkurując z liniami ulokowanymi w różnych reżimach prawnych, szczególnie odczuwa skutki wspomnianych praktyk (Kociubiński, 2016, s. 109–116).

Przedmiotem rozważań jest kategoria wsparcia publicznego, która jest kontrowersyjna w związku z występującymi problemami z identyfikacją realnego beneficjenta środka – pomoc pośrednia. Chodzi więc o środki, które bezpośrednim adresatem nie jest linia lotnicza, ale których zastosowanie wiąże się z powstaniem określonych korzyści dla przewoźnika¹.

W tytułowym sektorze szczególnie referencyjny przykład wzmiankowanego wsparcia stanowi publiczne finansowanie infrastruktury portów lotniczych. Duże inwestycje rozbudowujące porty lotnicze w Dubaju (Dubai International i Al Maktoum) i Stambule (Atatürka) zwiększające ich przepustowość, standard obsługi pasażersko-bagażowej etc., bywają interpretowane jako realne wsparcie dla linii lotniczej bazującej i koncentrującej swoje operacje w tym obiekcie (odpowiednio Emirates i Turkish Airlines)². Podobnie bywa interpretowany intensywny program rozbudowy portów lotniczych (główne stolicach prowincji) w Chinach³.

II. Definicja subsydiów – zakres, kontrowersje

Analizując naszkicowany problem, można zauważyć kilka warstw: pierwszą jest istnienie pewnego politycznego imperatywu wspierania rodzimych przedsiębiorstw. Jest ona wypadkową zwłaszcza realizowanego w państwie modelu społeczno-gospodarczego, dostępnych zasobów i bieżącej agendy politycznej, dlatego jej szersze omówienie znajduje się poza ramami opracowania poświęconego kwestiom stricte prawnym⁴. Drugą, immanentnie powiązaną z pierwszą, jest kwestia istnienia woli po stronie danego państwa do międzynarodowoprawnego uregulowania problematyki subsydiowania. Istnienie takiej woli jest warunkiem *sine qua non* dla analizy zasadniczego zagadnienia prawnego – trzeciej warstwy.

W warstwie prawnej podstawowym problemem, stanowiącym punkt wyjścia dla dalszych rozważań, jest zdefiniowanie subsydiów. W Europie istnieje pewne, zrozumiałe skądinąd, „przyzwyczajenie” traktowania krajowych środków wspierających przedsiębiorstwa przez pryzmat dorobku

¹ Te problemy występują także w prawie UE w przypadku pomocy publicznej. Dlatego powyższa definicja, stosowana w niniejszym opracowaniu, została zaczerpnięta z prawa UE, gdzie pomoc pośrednia nie jest kategorią stricte prawną (jak np. pomoc regionalna), ale w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości i praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej pojęcie stosowane jest w sposób funkcjonalny na określenie wsparcia w rozumieniu przytoczonej powyżej definicji. Por. zwłaszcza orzeczenie Sądu z 16.07.2014 r., w sprawie T-52/12 *Republika Grecka v Komisja Europejska* (Zb. Orz. 2014, s. 677), pkt 41.

² Kwestia „ukrytego” (pośredniego) subsydiowania przewoźników, zwłaszcza z obszaru Zatoki Perskiej, jest stale obecna w dyskursie poświęconym ładowi gospodarczego sektora (por. *inter alia*: *Airline subsidies in the Gulf. Feeling the heat*, „the Economist”, 06.03.2015 r.; *No End To Subsidies Dispute In Sight*, „Aviation Week”, 18.06.2015 r.; *Delta dumps Dubai, blames ‘subsidized capacity’ from Gulf rivals*, „USA Today”, 29.10.2015 r.; *Why Emirates Is Not a Real Airline*, „Huffington Post”, 06.09.2016 r. Lista najnowszych artykułów z wiodących tytułów światowej prasy gospodarczej nie ma charakteru wyczerpującego, natomiast stanowi dobrą ilustrację skali problemu).

³ Nie wydaje się, żeby program rozbudowy portów lotniczych w Chinach, który koncentruje się na konstrukcji nowych lub rozbudowie niewielkich, prowincjonalnych obiektów (posiadających bagatelny skalę operacji transferowych) i obsługiwanych przez szereg przewoźników aktywnych głównie na rynku krajowym i regionalnym, powodował analogiczne skutki dla rynku, jak rozbudowa *hubów* stanowiących macierzysty port dużego przewoźnika sieciowego (Dubaj, Stambuł), dlatego relewantność *casusu* chińskiego (i podobnych programów w realizowanych w innych krajach) wydaje się niewielka dla opisywanego zagadnienia.

⁴ Zob. dyskusja w: Glania, Matthes, 2005, s. 68 i n.

wypracowanego na gruncie tworzenia i stosowania europejskiego prawa pomocy publicznej. Także umowy bilateralne z państwami trzecimi dotyczącymi transportu lotniczego, których rozwój jest mocno popierany i intensywnie promowany przez Komisję Europejską (dalej: KE), w kwestiach regulacji subsydiów zawierają rozwiązania wzorowane konstrukcyjnie na art. 107 TFUE – zawierającym materialnoprawne zasady przyznawania pomocy państwa (umowa ze Szwajcarią jest tu szczególnie referencyjnym przykładem)⁵. Funkcjonująca UE koncepcja „pomocy publicznej” jest jednak tworem unikalnym dla prawa europejskiego, nieposiadającym bezpośrednich odpowiedników w innych reżimach prawnych, dlatego nie można traktować jej jako uniwersalnej definicji akceptowalnej przez wszystkie państwa (Bacon, 2013, s. 4). Nieprzypadkowo autor, opisując krajowe środki interwencji wspierające podmioty gospodarcze, posługuje się określeniem „subsytia”, które na pewnym poziomie ogólności można traktować jak synonim wyrażenia „pomoc publiczna”, ale pozbawiony jednoznacznej konotacji z prawem UE, jak ma to miejsce w przypadku drugiego z terminów (Rubini, 2011, s. 17 i n.)

Przy podjęciu próby skonstruowania roboczej definicji subsydiów posłużenie się siatką pojęciową zaczerpniętą z unijnego *acquis* wydaje się jednak nieodzowne, mimo zasygnalizowanych niedoskonałości takiego podejścia. Zasadniczą zaletą obrania „europejskiego punktu widzenia” jest możliwość dostrzeżenia kontrowersyjnych – z perspektywy prawa UE – praktyk państw trzecich (Rubini, 2011, s. 17 i n.). Nie ulega bowiem kwestii, że nie ma dla Unii Europejskiej ani politycznej, ani prawnej możliwości porzucenia koncepcji pomocy publicznej, „zakotwiczonej” w traktatach, w stosunkach z państwami trzecimi, jeżeli będzie jednocześnie stosowana na rynku wewnętrznym⁶.

Choć dorobek związany ze stosowaniem art. 107 TFUE ulega pewnej ewolucji, to jednak zasadniczy trzon koncepcji pomocy publicznej pozostaje nienaruszony (Bacon 2013, s. 4–6, Quigley 2015, s. 3–5). Zwłaszcza, że najnowsze, opublikowane w lipcu 2016 r. Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa, mające stanowić w zamierzeniu uniwersalny szablon interpretacyjny, w praktyce kodyfikuje wcześniejszy dorobek stosowania art. 107 TFUE⁷. Zatem bez przytaczania funkcjonującej definicji pomocy publicznej, której poświęcony już jest bogaty dorobek orzeczniczy Trybunału Sprawiedliwości (dalej: TS), praktyki decyzyjnej KE i wreszcie doktryny, należy zaznaczyć, że dalsze rozważania prowadzone będą w oparciu o wspomnianą koncepcję prawa europejskiego⁸. Można także bezpiecznie przyjąć, że art. 107 TFUE nie ulegnie zmianie w przewidywalnej przyszłości, zatem analiza nie utraci relewantności w najbliższym czasie.

⁵ Chodzi o umowę: Agreement between the European Community and the Swiss Confederation on Air Transport (Dz. Urz. UE 2002 L 114/73). Umowa przewiduje, że cały dorobek dotyczący relewantnego prawa UE wypracowany przed jej wejściem w życie zostaje przyjęty na potrzeby jej stosowania, natomiast ewentualna późniejsza zmiana sposobów wykładni czy standardów stosowania prawa musi być uzgadniana ze stroną szwajcarską. Należy także odnotować zasadę „autonomii implementacji” (*Nachvollzug*) prawa Szwajcarii w stosunku do *acquis* UE. Mimo tego daje się zauważyć duży i postępujący stopień zbieżności między porządkami UE a Szwajcarii (Kociubiński, 2016, s. 455–459). Dodatkowo obecnie (listopad 2016 r.) Unia Europejska zawarła umowy bilateralne dotyczące transportu lotniczego, zawierające klauzule regulujące subsytia, z następującymi państwami: Gruzja, Islandia, Izrael, Jordania, Kanada, Mołdawia, Norwegia, Stany Zjednoczone. Należy także odnotować, że opublikowana w grudniu 2015 r. *Europejska strategia w dziedzinie lotnictwa* (COM/2015/0598 final) wskazuje, że zawieranie umów międzynarodowych z państwami trzecimi stanowi optymalną metodę kształtowania globalnego ładu gospodarczego w sektorze.

⁶ Należy odnotować, że kwestia zakresu obowiązywania i mechanizmu egzekucji klauzul dotyczących szeroko pojętego prawa konkurencji w umowach bilateralnych jest kwestią kontrowersyjną i nie ogranicza się do wyłącznie do opisywanego zagadnienia szczegółowego związanego z kontrolą subsydiów (zob. szerzej Burgeois, 2014, s. 381 i n.). Niniejsze opracowanie poświęcone jest tylko kwestiom materialnoprawnym, nie zaś procedurom egzekucji i rozwiązywania sporów w związku ze stosowaniem przedmiotowych postanowień.

⁷ Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2016 C 262/1), pkt 190.

⁸ Na potrzeby dalszych rozważań pomoc i subsytia stanowić będzie środek pochodzący od państwa i/lub z zasobów państwowych, który przyznaje korzyść niektórym przedsiębiorstwom lub wybranym sektorom gospodarki. (definicja bazuje na bogatym orzecznictwie TS i Sądu interpretującym i konkretyzującym przepis art. 107 TFUE (zob. zwłaszcza orzeczenia: z 16.05.2000 r. w sprawie C-83/98 P *Republika Francuska v. Ladbroke Racing Ltd i Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2000, s. I-3271), pkt 25; z 11.07.2002 r. w sprawie T-152/99 *Hijos de Andrés Molina, SA (HAMSA) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2002, s. II-3049), pkt 159; z 16.09.2004 r. w sprawie T-274/01 *Valmont Nederland BV v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2004, s. II-3145), pkt 37; z 01.08.2008 r. w sprawie T-266/02 *Deutsche Post AG Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2008, s. II-1233),

III. Ocena istnienia selektywnej korzyści

Na wstępie należy wskazać, odwołując się do funkcjonującej w prawie UE definicji pomocy publicznej, że korzyść definiowana jest jako pozytywny efekt nieosiągalny w normalnych warunkach rynkowych⁹. Skala inwestycji związanej z rozbudową portu lotniczego rzeczywiście jest możliwa do osiągnięcia wyłącznie dzięki zastosowaniu publicznych środków, a więc niemożliwa do samodzielnej realizacji przez komercyjnie zorientowany podmiot niepubliczny (Stainland, 2008, s. 163).

Jednocześnie w dorobku orzecznictwa TS i praktyce decyzyjnej Komisji pojęcie beneficjenta pomocy nie jest tożsame z pojęciem jej adresata¹⁰. W uznawanej za modelowy przykład zastosowania powyższego rozróżnienia sprawie *Verlipack* przedsiębiorstwo – adresat pomocy – otrzymało publiczne wsparcie tylko po to (był to wprost sformułowany wymóg towarzyszący przekazaniu środków), by środki zainwestować w ratowanie innego podmiotu – realnego beneficjenta¹¹. Powyższa interpretacja wyraźnie rozróżniająca adresata od beneficjenta nie jest możliwa do zastosowania w analizowanym przypadku. Głównym beneficjentem i jednocześnie adresatem pomocy jest bowiem operator portu lotniczego¹². W tym układzie linia lotnicza, niebędąca adresatem, jest wtórnym beneficjentem¹³. Analiza proporcji między skalą korzyści linii a portu jest bezprzedmiotowa, gdyż te dwie kategorie podmiotów nie są w relacji konkurencji wobec siebie, natomiast pozostaje ocena korzyści jaką odnoszą poszczególne linie operujące do/z danego portu.

Abstrahując od politycznej retoryki stojącej za wspieraniem niektórych przedsiębiorstw ze środków publicznych i przyjmując siatkę pojęciową prawa subwencyjnego UE, można jednocześnie stwierdzić, że rozbudowa infrastruktury portu lotniczego jest działaniem, które przyniesie korzyść każdemu przewoźnikowi prowadzącemu operacje do/z obiektu, nie tylko dominującemu przewoźnikowi (najczęściej tzw. flagowemu) ulokowanego w kraju inwestycji. Argument jest zasadniczo słuszny. Poprawa warunków obsługi pasażersko-bagażowej w wyniku powstałych ulepszeń infrastruktury będzie odczuwalna także dla konkurentów lokalnego operatora, dla których dany port jest jedną z lokacji terminalnych (Schmauch, 2012, s. 290). Gdyby skonkludować wywód w tym

pkt 71; z 28.02.2012 r. w sprawach połączonych T-268/08 i T-281/08 *Land Burgenland (Autriche) i Republika Austrii v. Komisja Europejska* (niepublikowane), pkt 76). Środek będzie również badany w związku z jego wpływem na konkurencję i handel, co jest pewnym odejściem od klasycznej koncepcji pomocy, gdzie wpływ na konkurencję i handel był tylko elementem zgodności z rynkiem wewnętrznym, nie zaś samej definicji (zob. Kociubiński 2012, s. 17–23; Nykiel-Mateo, 2009, s. 28). Ta kwestia będzie poddana analizie w pkt. V niniejszego opracowania.

⁹ Interpretacja wielokrotnie potwierdzana w orzecznictwie TS i Sądu. Zob. modelowe przykłady w orzeczeniach z 11.07.1996 r. w sprawie C-39/94 *Syndicat français de l'Express international (SFEI) i inni v. La Poste i inni* (Zb. Orz. 1996, s. I-3547), pkt 60; z 29.04.1999 r. w sprawie C-342/96 *Królestwo Hiszpanii v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1999, s. I-2459), pkt 41; z 11.02.2009 r. w sprawie T-25/07 *Iride SpA i Iride Energia SpA v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2009, s. II-245), pkt 46.

¹⁰ Zob. zwłaszcza wykładnia zastosowana w rozstrzygnięciach C-382/99 *Netherlands v. Komisja Wspólnot Europejskich* [2002] ECR I-5163 i T-354/99 *Kuwait Petroleum (Nederland) BV v. Komisja Wspólnot Europejskich* [2006] ECR II-1475 z 30.04.2014 r. w sprawie T-468/08 *Tisza Erőmű kft v. Komisja Europejska* (niepublikowane), pkt 164.

¹¹ Orzeczenie TS z 03.07.2003 r. w sprawie C-475/00 *Królestwo Belgii v. Komisja Wspólnot Europejskich (Verlipack)* (Zb. Orz. 2003, s. I-387).

¹² Operator portu niekoniecznie jest jego właścicielem, ale dla opisywanego zagadnienia takie rozróżnienie jest irrelevantne, bo kluczową kwestią decydującą o statusie beneficjenta pomocy publicznej jest, że dany obiekt prowadzi działalność gospodarczą (w przypadku portów lotniczych definiowaną zgodnie z linią interpretacji z orzeczeń Sądu i TS z 12.12.2000 r. w sprawie T-128/98 *Aéroports de Paris v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2000, s. II-3929); z 19.12.2012 r. w sprawie G-288/11 P *Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v. Komisja Europejska* (niepublikowane).

¹³ Należy odnotować, że rozbudowa infrastruktury portu lotniczego wiążąca się ze zwiększeniem jego przepustowości może też być postrzegana jako krok zmierzający do osłabienia pozycji przewoźnika dominującego w danym obiekcie (*vide* rozbudowa LHR). Kwestią otwartą pozostaje, jaki przewoźnik skorzysta z nowostworzonych przydziałów operacji i w jaki sposób wpłynie to na faktyczną pozycję dominanta, gdyż wiele będzie zależało od kształtu siatki nowych uczestników rynku. Natomiast taki scenariusz jest wykonalny w zasadzie tylko w zliberalizowanym środowisku prawnym (czyli w UE i w Stanach Zjednoczonych), gdzie reguły szeroko rozumianego prawa antytrustowego i prawa konkurencji nie pozwalają na bezpośrednie zaangażowanie struktur państwowych w tytułowy sektor w sposób czyniący z przedsiębiorstw branży narzędzia polityki gospodarczej. W opisywanym przypadku, gdy mowa jest o portach lotniczych o charakterze węzłowych dominującym przewoźnikiem jest operator flagowy należący w całości lub części do państwa. Ponadto niemożliwe jest z przyczyn praktycznych i prawnych, żeby przewoźnik z innego państwa przeniósł do danego *hubu* większość swoich operacji transferowych, zatem tylko krajowy operator w pełni będzie w stanie wykorzystać infrastrukturę, nawet jeśli dzięki wzrostowi przepustowości przewoźnicy z innych krajów zwiększą oferowanie. Choć rzeczywiście w segmencie połączeń *point-to-point* zwiększenie przepustowości może wpłynąć pozytywnie na konkurencję na danych trasach, ale wówczas inwestycja infrastrukturalna nie będzie w ogóle rozpatrywana w kontekście wspierania przewoźnika dominującego w określonym porcie lotniczym.

punkcie, można by stwierdzić, że wszystkie linie lotnicze prowadzące operacje w porcie lotniczym – miejscu kwestionowanej inwestycji – odnoszą proporcjonalną korzyść, zatem środek pozbawiony jest charakteru selektywnego, a jednocześnie nie wpływa negatywnie na konkurencję na rynkach relevantnych mających swój punkt początkowy lub końcowy w przedmiotowym porcie¹⁴. Ten argument już nie jest słuszny, co zostanie poddane analizie w następnym paragrafie opracowania.

Kolejną kwestią, będącą naturalną konsekwencją prezentowanej powyżej interpretacji, jest pewna „warunkowość” korzyści dla linii lotniczych. Wydaje się *prima facie* oczywistym, że przewoźnik będzie jednocześnie beneficjentem tak długo, jak korzystał będzie z danego obiektu. Tymczasem jedną z przesłanek wystąpienia pomocy publicznej w prawie UE jest konieczność istnienia selektywnego charakteru środka. Innymi słowy, bazując na literalnym brzmieniu art. 107 ust. 1 TFUE środek musi wspierać „niektóre” przedsiębiorstwa (Quigley 2015, s. 63). Środek nie będzie jednocześnie uznany za selektywny, jeśli potencjalnie każde przedsiębiorstwo, po spełnieniu pewnych obiektywnych przesłanek, będzie mogło z niego skorzystać¹⁵. Można więc próbować argumentować, że skoro potencjalnie każdy przewoźnik może rozpocząć operacje do/z danego portu lotniczego i w ten sposób skorzystać z nowopowstałej infrastruktury, to środek pozbawiony jest charakteru selektywnego¹⁶.

W tym wypadku barierą może być przepustowość portu lotniczego. Zakładając istnienie kongestii, wystarczy, że w niektórych porach dnia nie wszyscy operatorzy będą w stanie uzyskać przydziały czasów operacji (*sloty*) w satysfakcjonujących ich przedziałach czasowych (Menaz i Matthews, 2008, s. 21–40). Rzeczywiście, komercyjna wartość – dla linii lotniczej – *slotów* będzie różna w zależności od pory dnia i tygodnia, przekładając się na komercyjny wynik danej operacji lotniczej (Burghouwt, Hakfoort, Ritsema van Eck, 2003, 309–323, s. 309–323; Menaz i Matthews, s. 21–40). Można zatem stwierdzić, że system alokacji czasów operacji nieuchronnie powoduje pewną nierówność przewoźników. Wydaje się jednak, że tak długo, jak mechanizm dystrybucji *slotów* funkcjonuje w oparciu o przejrzyste i obiektywne kryteria, nie można go uznać za czynnik przesądzający o selektywności środka, mimo że faktycznie ogranicza dostęp do infrastruktury¹⁷. Właściwie jedynie zupełnie arbitralna odmowa dostępu do infrastruktury byłaby *stricto* selektywnym

¹⁴ Inne linie lotnicze (tj. niekorzystające z danego portu), zgodnie z przedstawianą interpretacją, nie będą znajdować się „w porównywalnej sytuacji prawnej i faktycznej” w stosunku do przewoźników operujących do/z danego obiektu. Porównywalność sytuacji jest niezbędna dla stwierdzenia istnienia przesłanki selektywnej korzyści, a więc istnienia pomocy. Zob. wykładnia TS i Sądu zastosowana *inter alia* w orzeczeniach z 08.09.2011 r. w sprawie C-279/08 P *Komisja Europejska v. Królestwo Niderlandów* (Zb. Orz. 2011, s. I-07671), pkt 63–64; z 26.02.2015 r., w sprawie T-135/12 *Republika Francuska v. Komisja Europejska (France Télécom)* (ECLI:EU:T:2015:116), pkt 43–44; z 26.02.2015 r. w sprawie T-385/12 *Orange, anciennement France Télécom v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2015:117), pkt 52–53. Por. również Kurcz, Vallindas, 2008, s. 159.

¹⁵ Interpretacja szeroko stosowana w orzecznictwie TS i Sądu, *inter alia*: z 15.12.2005 r., w sprawie C-66/02 *Republika Włosa v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2005, s. I-10901), pkt 99; z 10.01.2006 r. w sprawie C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato and Cassa di Risparmio di San Miniato SpA* (Zb. Orz. 2006, s. I-289), pkt 135; z 28.07.2011 r. w sprawie C-403/10 P *Mediaset SpA v. Komisja Europejska* (Zb. Orz. 2011, s. I-117*), pkt 62; z 09.09.2014 r. w sprawie T-461/12 *Hansestadt Lübeck v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2014:758), pkt 44.

¹⁶ Ocena istnienia selektywności jest w tym przypadku bardziej zniuansowana: środek będzie niewątpliwie selektywny, gdy ocenia się korzyść w stosunku do operatora/właściciela portu lotniczego. Sygnalizowana w tekście wątpliwość co do selektywnego charakteru środka będzie istnieć tylko wtedy, kiedy uzna się, że korzyść odnoszą także przewoźnicy.

¹⁷ Wszyscy przewoźnicy starający się o przydziały czasów operacji znajdować się będą w jednakowej sytuacji prawnej i faktycznej. Natomiast można zastanawiać się czy w „porównywalnej” sytuacji są linie lotnicze chcące uzyskać dostęp do portu i te, które już dysponują *slotami* i mogą zachować przydziały dzięki tzw. *Grandfather Rights* (są to prawa specjalne polegające na możliwości utrzymania posiadanych *slotów* w kolejnej turze alokacji, jeśli we wcześniejszym okresie przydziału spełni się warunki dotyczące ich wykorzystania). Większość krajowych systemów przydziałów czasów operacji przewiduje taką możliwość. Można argumentować, że różnica sytuacji między przewoźnikami posiadającymi i nieposiadającymi *sloty* stanowi okoliczność przemawiającą za istnieniem selektywności kwestionowanego środka, gdyż pierwsza grupa odniesie korzyść w wyniku inwestycji infrastrukturalnej, chyba że nie będzie w stanie utrzymać przydziałów, którymi dysponuje, podczas gdy druga kategoria odniesie korzyść tylko, jeśli najpierw zabezpieczy przydział czasów operacji. To wydaje się świadczyć o braku porównywalności (prawnej i faktycznej) między wzmiankowanymi grupami przewoźników. Zbliżona interpretacja została zastosowana przez TS w orzeczeniu z 14.01.2015 r. w sprawie C-518/13 *Eventech Ltd v. The Parking Adjudicator* (ECLI:EU:C:2015:9), pkt 59–61. Dodatkowo w rozstrzygnięciu 07.06.1988 r. 57/86 *Republika Grecka v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1988, s. 2855), pkt 10 Trybunał stwierdził, że środek utrzymujący istniejące wcześniej różnice między przedsiębiorstwami nie może być uznany za przyznający selektywną korzyść.

mechanizmem¹⁸. W takim wypadku korzyścią byłby jednak sam dostęp do rynku, a nie to, że jest na nim infrastruktura ufundowana ze środków publicznych. Można się zastanawiać czy pomocą byłaby eliminacja potencjalnego konkurenta, czy raczej tego typu działanie należałoby rozważać w kategorii praktyki wykluczającej. Druga z interpretacji wydaje się zasadniejsza, jednak port lotniczy nie ma ekonomicznego interesu we wprowadzaniu takich ograniczeń, niepodyktowanych przesłankami ekonomicznymi (ograniczeniami przepustowości)¹⁹. Zatem ewentualne zastosowanie wspomnianego środka potraktować można raczej jako politycznie motywowany protekcjonizm, nie zaś w kategorii prawnej.

Przyjęta w orzecznictwie TS praktyka interpretacji kryterium selektywności w prawie subwencyjnym EU wprowadza pewną wątpliwość do powyższej interpretacji. Za selektywne uznawane są również środki wspierające określone sektory gospodarki²⁰. Nie jest więc wymagane ukazanie zmiany relatywnej sytuacji podmiotów będących bezpośrednimi konkurentami w momencie zastosowania środka – czyli w tym przypadku linii aktywnych w danym porcie lotniczym²¹. Jest to podejście wynikające z politycznego *rationale* stworzenia systemu kontroli subsydiowania w Unii Europejskiej, gdzie takie rozszerzające potraktowanie selektywności pozwala na przesunięcie ciężaru analizy środka na ocenę istnienia zaburzenia konkurencji i handlu między państwami członkowskimi, co uznawane było za skutek interwencjonizmu państwowego groźny dla Rynku Wewnętrznego. Chodziło bowiem o przeciwdziałanie sytuacji, gdy kraj wspiera cały sektor gospodarki i wówczas negatywny skutek środka manifestuje się tylko w relacjach transgranicznych (Bacon 2013, s. 20–24; Pesaresi Van Hoof, 2008, s. 395 i n.).

Powyższa interpretacja zastosowana do analizowanego stanu faktycznego ma jednak kilka bardzo poważnych mankamentów. Po pierwsze, nie rozstrzyga na czym polegać miałyby korzyść odnoszona przez linie lotnicze. Jeżeli wszyscy operatorzy odnoszą korzyść w wyniku rozbudowy portu, z którego korzystają, to na pokrywających się trasach (mających ten port za jeden z punktów terminalnych) nie ma przewoźnika znajdującego się w gorszej sytuacji w związku z brakiem dostępu do infrastruktury. Po drugie, brak wykazania istnienia selektywnej korzyści dającej przewagę określonym liniom lotniczym uniemożliwi w dalszej kolejności udowodnienie zakłócenia konkurencji i handlu. Po trzecie, pomija ocenę istoty korzyści odnoszonej przez bezpośredniego beneficjenta pomocy, zarówno jeśli chodzi o jej charakter, jak i skutki dla rynku, a zwłaszcza ocenę czy środek rzeczywiście jest selektywny. Innymi słowy, koncentruje się na wtórnych konsekwencjach środka, nie na podstawowym *ratio legis* jego zastosowania.

¹⁸ System alokacji slotów nie jest oczywiście częścią środka mogącego stanowić pomoc, ale ocena selektywności następuje na podstawie badania faktycznych skutków tego środka. Można więc próbować dowodzić istnienia faktycznej selektywności środka w związku z istnieniem „zewnętrznego” czynnika wpływającego na sytuację przewoźników. Interpretacja z orzeczeń TS i Sądu z 28.07.2011 r. w sprawie C-403/10 P *Mediaset SpA v. Komisja Europejska* (2011 I-117*), pkt 60 i z 30.04.2014 r. w sprawie T-468/08 *Tisza Erőmű kft v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2014:235), pkt 164 stanowi użyteczny szablon mogący znaleźć tu zastosowanie, choć należy odnotować istotne różnice w stanach faktycznych między nimi a przedmiotową sprawą.

¹⁹ Konieczne byłoby wykazanie uzgodnionego działania między portem lotniczym a przewoźnikiem, będącym konkurentem „blokowanej” linii lotniczej. Prawdopodobieństwo wystąpienia takiego scenariusza jest minimalne.

²⁰ Zob. orzeczenia TS i Sądu z 26.09.1996 r. w sprawie C-241/94 *Republika Francuska v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1996, s. I-4551), pkt 24; z 01.12.1999 r. w sprawie C-200/97 *Ecotrade Srl v. Altifoni e Ferriere di Servola SpA (AFS)* (Zb. Orz. 1998, s. I-7907), pkt 40–41; z 17.06.1999 r. w sprawie C-75/97 *Królestwo Belgii v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1999, s. I-3671), pkt 26; z 04.06.2015 r. w sprawie C-15/14 P *Komisja Europejska v. MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt* (ECLI:EU:C:2015:362), pkt 60; z 29.06.2000 r. w sprawie T-55/99 *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2000, s. II-3207), pkt 40.

²¹ Orzeczenia Sądu z 28.01.1999 r. w sprawie T-14/96 *BAI v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1999, s. II-139), pkt 78; z 07.03.2013 r. w sprawie T-210/02 *RENV-DEP British Aggregates v. Komisja Wspólnot Europejskich* (niepublikowana), pkt 72. Zob. także opinię rzecznika generalnego Darmona przedstawioną 17.03.1992 r. w sprawie C-72/91 *Słoman Neptun v. Bodo Ziesemer* (Zb. Orz. 1993, s. I-887), pkt 61.

IV. Alternatywna interpretacja kryteriów selektywności i korzyści

W przypadku inwestycji w węzłowy port lotniczy, obsługujący duży ośrodek miejski, możliwa jest również nieco inna interpretacja powiązanych kryteriów korzyści i selektywności. W większości takich portów lotniczych (poza Stanami Zjednoczonymi), dominuje jeden przewoźnik lotniczy, dla którego obiekt stanowi główną bazę, gdzie koncentruje się większość jego operacji (Burghouwt, 2007, s. 36–64). Dotyczy to zwłaszcza portów obsługujących stolicę kraju (jak w przypadku portów Dubai International w Dubaju i Atatürka w Stambule), gdzie dominuje „narodowy”, flagowy przewoźnik, których mocna pozycja jest często pozostałością statusu sprzed liberalizacji (Starkie, 2008, s. 194)²². Linie te operują w systemie *hub-and-spoke*, zatem przedmiotowy port lotniczy jest punktem terminalnym większości tras tej linii, a przede wszystkim miejscem prawie wszystkich operacji transferowych (Burghouwt, Hakfoort i Ritsema van Eck, 2003, s. 309–32)²³. Można zatem argumentować, że ów przewoźnik odnosi największą korzyść z rozbudowy portu lotniczego, gdyż tylko on jest w stanie wykorzystać w pełni infrastrukturę powstałą za publiczne środki.

W sytuacji gdy konkurencja między przewoźnikami sieciowymi na rynku połączeń międzykontynentalnych (*Long Haul*) przybiera postać rywalizacji między połączeniami o tych samych punktach terminalnych, ale różnych lokacjach transferowych, poprawa infrastruktury umożliwiającej sprawniejszy i bardziej komfortowy transfer ma znaczenia dla pozycji konkurencyjnej oferty przewoźnika (Dobson i Lederer, 1993, s. 281–297)²⁴. Jest więc to korzyść selektywna, co potwierdza zasygnalizowaną wcześniej tezę, że nie wszystkie operujące do/z danego portu lotniczego linie lotnicze odnoszą proporcjonalną korzyść w wyniku sfinalizowania inwestycji²⁵. Na poparcie powyższej interpretacji konieczne staje się sięgnięcie po narzędzia analityczne nauk ekonomicznych, które dostarczają danych pozwalających wykazać z jednej strony korzyść jaką odnosi linia lotnicza w wyniku rozbudowy macierzystego portu lotniczego, z drugiej wpływ inwestycji na konkurencję między przewoźnikami w wymiarze transgranicznym.

V. Przesłanka zaburzenia konkurencji i handlu

W przypadku transportu lotniczego element transgraniczny stanowi jego immanentną cechę. Natomiast wymóg istnienia negatywnych skutków dla konkurencji i handlu dotyczy wymiany między państwami członkowskimi, nie zaś między państwami UE a krajami trzecimi czy tylko krajami trzecimi. Przyjmując w tym miejscu na potrzeby dyskusji, że takie zaburzenie ma miejsce, w opisywanej sprawie występuje ono w relacjach między krajami z różnych części świata. Już samo to, od strony czysto formalnej, zdaje się wykluczać możliwość uznania kwestionowanego środka za pomoc publiczną przy zastosowaniu oryginalnej jej definicji, opracowanej z myślą o zamkniętym obszarze rynku wewnętrznego. Przyjmując jednak, że owa koncepcja stanowi jedynie pewien

²² *Casus* portu lotniczego Al. Makhtoum w Dubaju jest nieco inny. Obiekt został otwarty w 2010 r. i obecnie (listopad 2016 r.) inwestycja nie została jeszcze w pełni zrealizowana. Port lotniczy nie ma więc dominującego przewoźnika flagowego ani problemu kongestii ograniczającego dostęp do infrastruktury. Dlatego wydaje się, że o ile prowadzone w tym paragrafie rozważania nie są obecnie w pełni relewantne akurat do tej inwestycji. Choć nie ulega kwestii, że jedynymi dużymi (liczącymi się na rynku globalnym) przewoźnikami, które mogą obrać ów port za bazę są Emirates albo Etihad, (albo teoretycznie inna linia ze Zjednoczonych Emiratów Arabskich, ale wówczas będzie to przewoźnik co najwyżej regionalny, bo w kraju nie ma innych globalnych operatorów), dlatego wraz ze wzrostem operacji prowadzonych do/z obiektu, tytułowe zagadnienie zacznie dotyczyć także tego obiektu.

²³ W praktyce większość przewoźników sieciowych posiada pewną (z reguły niewielką) liczbę połączeń obsługiwanych w formule *point-to-point* niemających swojego punktu terminalnego w macierzystym porcie lotniczym przewoźnika (Dobson, Lederer, 1993, s. 281–297).

²⁴ W przypadku transferowych podróży *long haul*, znaczący odsetek odbywa się w sekwencji: lokacja początkowa (port regionalny) – *hub* 1 (port międzynarodowy, transferowy) – *hub* 2 (port międzynarodowy, transferowy) – lokacja docelowa (port regionalny) (Clark, 2007, s. 79).

²⁵ Zwłaszcza konkurencji linii lotniczej, dla której dany port lotniczy jest główną bazą, którzy obsługują daną lokację nie będą w stanie wykorzystać nowopowstałej infrastruktury w takim samym stopniu z powodu braku operacji transferowych prowadzonych w obiekcie.

ogólny szablon interpretacyjny, zasadnym wydaje się porzucenie wymogu ograniczenia się jedynie do państw członkowskich. Tym bardziej że mocno lansowane przez Komisję Europejską umowy bilateralne zawierane przez Unię, dotyczące transportu lotniczego, z państwami sąsiadującymi zawierają klauzule regulujące subsydia bazujące na funkcjonującej definicji pomocy zmodyfikowanej w opisany sposób. Mogłyby bowiem być problematyczne, z politycznego punktu widzenia, udzielenie przez państwo zgody na międzynarodową kontrolę środków wewnętrznych niepowodujących żadnych odczuwalnych skutków poza granicami.

W dorobku powstałym na gruncie stosowania art. 107 TFUE wymóg istnienia zaburzenia konkurencji i handlu traktowany był i jest bardzo rudymmentarnie (Kociubiński, 2014, s. 33)²⁶. Nie jest konieczne wyznaczenie rynku właściwego, dokonanie analizy dynamiki wymiany handlowej między zaangażowanymi krajami, oceny relatywnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej etc.²⁷. Faktycznie wykazanie istnienia pewnego rozróżnienia w sytuacji przedsiębiorstw na skutek zastosowania kwestionowanego środka, najprościej zatem traktowana selektywność, wystarczała do uznania istnienia zaburzenia – realnego lub potencjalnego. Nawet w niektórych decyzjach KE znajduje się zupełnie wprost sformułowane twierdzenie, że każda pomoc – a więc środek selektywny – zakłóca handel i konkurencję²⁸. Wspomniane wcześniej rozszerzające potraktowanie selektywności jako kroku pozwalającego skupić się na istnieniu takiego zakłócenia, przy opisanym podejściu do jego istnienia oznacza w rzeczywistości przesunięcie ciężaru dowodu dotyczącego dopuszczalności środka na państwa członkowskie. Selektywny środek korzysta zaś z pewnego quasi-domniemania niedopuszczalności, chyba że stosujące go państwo będzie w stanie wykazać, że nie powoduje szkody dla konkurencji i handlu.

Można dyskutować nad zasadnością takiej interpretacji w obszarze rynku wewnętrznego, natomiast w opisywanym przypadku, w domenie prawa międzynarodowego publicznego, jest ona nie do zastosowania przede wszystkim ze względu na brak wystarczająco efektywnego mechanizmu kontroli i egzekucji. Dla praktycznej stosowalności unijnej koncepcji pomocy publicznej w realiach międzynarodowych (pozaunijnych) konieczna wydaje się pewna modyfikacja polegająca na uznaniu wymogu zaburzenia handlu i konkurencji za element konstytutywny definicji, nie zaś za przesłankę jej niedopuszczalności. Analogiczny pogląd jest także prezentowany przez część doktryny w stosunku do oryginalnej koncepcji w prawie subwencyjnym UE. Zdaniem autora jest to błędne stanowisko, ale jest dosyć czytelnym następstwem podejścia Komisji dążącej do rozszerzenia sfery kontroli środków państwowych poprzez przyjęcia wrzuszalnego założenia, że

²⁶ Są to dwa, choć powiązane, wymogi, ale w praktyce orzeczniczej na ogół traktowane są łącznie. Zob. orzeczenia Sądu z 15.06.2000 r. w sprawach połączonych T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 do 607/97, T-1/98, T-3/98 do T-6/98 i T-23/98 *Alzetta Mauro i inni v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2000, s. II-2319), pkt 81; z 04.04.2001 r. w sprawie T-288/97 *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2001, s. II-1169), pkt 41.

²⁷ Zob. *inter alia* orzeczenia TS o Sądu z 13.03.1985 r. w sprawach połączonych 296/82 i 318/82 *Królestwo Niderlandów i Leeuwarder Papierwarenfabriek BV v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1985, s. 809), pkt 24; 14.02.1990 r. w sprawie C-301/87 *Republika Francuska v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1990, s. I-307), pkt 33; 30.04.2009 r. w sprawie C-494/06P *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska i Wam SpA* (Zb. Orz. 2009, s. I-3639), pkt 49; z 04.04.2001 r. w sprawie T-288/97 *Regione Friuli Venezia Giulia*, pkt 49-50; z 30.01.2002 r. w sprawie T-35/99 *Keller SpA i Keller Meccanica SpA v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2002, s. II-261), pkt 85; z 29.04.2004 r. w sprawie C-372/97 *Republika Włoska v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2004, s. I-3679), pkt 44; z 10.01.2006 r. w sprawie C-222/04 *Ministero dell'Economia e delle Finanze v. Cassa di Risparmio di Firenze SpA, Fondazione Cassa di Risparmio di San Miniato i Cassa di Risparmio di San Miniato SpA* (Zb. Orz. 2006, s. I-289), pkt 140; z 01.06.2006 r. w sprawach połączonych C-442/03 P i C-471/03 P P & O *European Ferries (Vizcaya) SA i Diputación Foral de Vizcaya v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2006, s. I-4845), pkt 110; z 21.09.2007 r. w sprawach połączonych T-239/04 i T-323/04 *Republika Włoska i Brandt Italia SpA v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2007, s. II-3265), pkt 127; z 30.11.2011 r. w sprawie T-238/09 *Sniace, SA v. Komisja Europejska* (Zb. Orz. 2011, s. II-430*), pkt 77; z 01.07.2009 r. w sprawach połączonych s T-81/07, T-82/07 i T-83/07 *Jan Rudolf Maas i inni v. Komisja Europejska (KG Holding)* (Zb. Orz. 2009, s. II-2411), pkt 79.

²⁸ Analogiczna konkluzja została powtórzona przez KE w najnowsze Zawiadomienie Komisji w sprawie pojęcia pomocy państwa w rozumieniu art. 107 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, pkt 190. Po raz pierwszy interpretacja została zastosowana przez TS w orzeczeniu z w sprawie 730/79 *Philip Morris Holland BV v. Komisja Wspólnot Europejskich* [1980] ECR 2671.

każda pomoc (każdy selektywny środek przyznający korzyść) ma negatywny wpływ na konkurencję i wymianę handlową²⁹. Uzupełnienie definicji o ten element oznaczałoby więc w praktyce odwrócenie ciężaru dowodu, gdy to strona (państwo) kwestionująca legalność środka musiałaby wykazać jego zaburzający charakter, co wydaje się opcją bardziej akceptowalną politycznie.

Zasadniczy problem jednak pozostaje: jak ocenić istnienie zaburzenia konkurencji i handlu? Wzmiankowane rudymen tarne i nieco arbitralne podejście wydaje się problematyczne w realiach międzynarodowych choćby ze względów politycznych. Na gruncie stosowania prawa subwencyjnego w UE opisywana przesłanka traktowana jest *de facto* jako funkcja kryteriów korzyści i selektywności. Innymi słowy, opiera się na logicznie poprawnym założeniu, że każde przyznanie korzyści normalnie nieosiągalnej w warunkach rynkowych pozwala beneficjentowi osiągnąć przewagę nad konkurentami (Quigley, 2015, s. 79–80).

Na wstępie konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie czy w ogóle można mówić o istnieniu przedmiotowego zakłócenia w związku głównym celem wsparcia – działalności portu lotniczego. Jest to kwestia, która została wskazana jako problematyczna przy zastosowaniu pierwszej z opisanych metod interpretacji połączonych kryteriów selektywności i korzyści (w pkt III). W naukach ekonomicznych, badających zagadnienia transportu lotniczego, istnieje poważny spór czy porty lotnicze w ogóle posiadają siłę rynkową. Innymi słowy, czy „usługi” (lotnicze) oferowane przez obiekt stanowią dla „klientów” – linii lotniczych – produkt konkurencyjny (Forsyth, Gillen, Müller i Niemeier, 2010, s. 77–89 i 119–136; Starkie, 2007, s. 147). Czy zatem przewoźnik, chcąc otworzyć nowe połączenie między określonymi miastami, ma wybór jaki port lotniczy wybrać? Nawet w przypadku metropolii obsługiwanych przez więcej niż jeden obiekt różnice między ich standardem czy położeniem wpływają na ekonomiczne parametry operacji lotniczej (Williams, 2002, s. 97–106). Nie są to więc lokacje w pełni substytucyjne, nawet jeśli obszary ciężenia częściowo się pokrywają (Alderighi, Cento, Nijkamp, Rietveld, 2012, s. 223–233; Franke, 2002, s. 17). Można także wskazać, że niektóre porty regionalne, dążąc do przyciągnięcia ruchu lotniczego, stosują *inter alia* systemy rabatów opłat lotniskowych, co wskazuje na konkurencyjny charakter oferty (*vis-a-vis* oferty innych portów z pokrywającym się, przynajmniej częściowo, obszarem ciężenia)³⁰. Nie zmienia to jednak faktu, że na ogół przewoźnik sieciowy, chcąc obsługiwać wiodący ośrodek miejski, jest w zasadzie „skazany” na wybór głównego portu lotniczego dla danego miejsca³¹.

W kontekście opisywanego zagadnienia rodzi to bardzo poważną wątpliwość. Jeżeli przyjmemy, że subsydia dla portu lotniczego nie powodują zaburzenia konkurencji w kontekście działalności innych portów lotniczych (bo brak jest konkurencji między tymi obiektami), to można argumentować, że kwestionowany środek powinien znajdować się poza zakresem jakiegokolwiek prawnomiędzynarodowego systemu kontroli subsydiów – będąc instrumentem o oddziaływaniu ściśle wewnętrznym. Nie mają zatem (w założeniu) zakłócającego skutku w obszarze realizacji podstawowego celu środka. Tym bardziej że, jak zostało wskazane wcześniej, przyjęcie istnienia zakłócającego charakteru środka jako elementu definicji jest modyfikacją oryginalnej unijnej koncepcji, konieczną dla jej adaptacji do realiów międzynarodowopravných³². Czy jest możliwe

²⁹ Por. dyskusja Nykiel-Mateo, 2009, s. 121 i n.

³⁰ Są to działania skierowane głównie do przewoźników niskokosztowych. Por. szerzej: Kociubiński, 2014, s. 29–35).

³¹ Unikalnym w skali Europy przykładem jest Londyn, gdzie istnieje duża substytucyjność pomiędzy poszczególnymi obiektami obsługującymi metropolię.

³² Istnieje linia interpretacji TS zgodnie, z którą środki mające zastosowanie do całego sektora gospodarki w danym kraju wciąż mogą zostać uznane za środek selektywny, bo beneficjenci wsparcia mogą wykorzystać pomoc w relacji z podmiotami z państw trzecich (zob. orzeczenia TS i Sądu z 08.11.2001 r. w sprawie C-143/99 *Adria-Wien Pipeline GmbH and Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke GmbH v Finanzlandesdirektion für Kärnten*

zatem objęcie zakresem porozumienia międzynarodowego wprowadzającego kontrolę subsydiów środków krajowych, których ewentualny wpływ na handel i konkurencję manifestuje się poza sferą deklarowanego *ratio legis* tej regulacji?

Trudno udzielić jednoznacznej odpowiedzi na to pytanie. Gdyby środek podlegał badaniu w reżimie prawa subwencyjnego UE, wówczas zostałby uznany za pomoc publiczną niezgodną z rynkiem wewnętrznym. Koncepcja pomocy publicznej ma bowiem charakter obiektywny, czyli środek klasyfikowany jest ze względu na faktyczne skutki, nie zaś intencję jego zastosowania³³. W realiach prawnomiędzynarodowych przyjęcie obiektywnej koncepcji pomocy może być politycznie niewykonalne, gdyż *de facto* wiąże się z udzieleniem dorozumianej, blankietowej zgody na w zasadzie nieograniczone rozszerzenie zakresu umowy regulującej subsydia.

W tym miejscu daje się zaobserwować pewna wewnętrzna sprzeczność. Uzupełnienie definicji subsydiów o efekt zakłócenia konkurencji i handlu *implicite* dosyć wyraźnie wskazuje na przyjęcie obiektywnej koncepcji pomocy. Ta koncepcja jest bowiem naturalną konsekwencją zmodyfikowanej definicji³⁴. Konstrukcja powodować może więc konflikt między formalnymi granicami zakresu przedmiotowego umowy, określonymi w samym porozumieniu, a faktycznym zakresem wyznaczonym przez obiektywną koncepcję pomocy.

Opisywana sytuacja pomocy dla portów lotniczych jest przykładem właśnie takiego konfliktu. Jeżeli państwa zgodzą się na podpisanie umowy regulującej subsydia dla linii lotniczych (bazującej na unijnej koncepcji pomocy), wówczas pomoc inwestycyjna dla portów lotniczych znajdować się będzie oczywiście poza zakresem porozumienia, ale gdyby przyjąć obiektywną koncepcję pomocy, wówczas istniałaby możliwość kontroli takich środków, gdy uda się wykazać zakłócający skutek (który w tym wypadku jest częścią definicji, natomiast pozostałe przesłanki zostaną w takim przypadku bez wątpliwości spełnione). Nigdzie na świecie nie istnieje, i nie ma planów zawarcia, umowy międzynarodowej regulującej subsydia dla inwestycji infrastrukturalnych (w tym w porty lotnicze). Jest to sprawa absolutnie wewnętrzna, będąca częścią polityki rozwoju kraju, dlatego można zaryzykować twierdzenie, że w najbliższej przyszłości nie stanie się przedmiotem regulacji prawnomiędzynarodowej³⁵.

(Zb. Orz. 2001, s. I-8365), pkt 55; 13.02.2003 r., w sprawie C-409/00 *Królestwo Hiszpanii v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2003, s. I-1487), pkt 50; z 29.09.2000 r. w sprawie T-55/99 *Confederación Española de Transporte de Mercancías (CETM) v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 2000, s. II-3207), pkt 47). Uzupełniając tę linię wykładni o wspomnianą rudymetarną interpretację kryteriów zaburzenia konkurencji i handlu, gdzie nie trzeba wykazywać istnienia realnego wpływu środka, można by uznać opisywany środek za pomoc. W takim wypadku, gdyby badana inwestycja w infrastrukturę portu miała miejsce na terenie UE, to państwo musiałoby wykazać, że zakłócający efekt środka nie istnieje. Jest wątpliwe czy takie przesunięcie ciężaru dowodu jest wykonalne (prawnie i przede wszystkim politycznie) w realiach międzynarodowopravnym. Niezależnie od tego czy brak zakłócenia będzie miał postać domniemania, czy zostanie stwierdzony w wyniku przeprowadzonego dowodu konkluzja w tekście, do którego odnosi się przypis pozostaje prawdziwa.

³³ Zob. *inter alia* orzeczenia z 02.06.1974 r. w sprawie 173-73 *Republika Włosa v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1974, s. 709), pkt 13; z 26.06.1994 r. w sprawie C-241/94 *Republika Francuska v. Komisja Wspólnot Europejskich* (Zb. Orz. 1996, s. I-4551), pkt 20; C-75/97 *Królestwo Belgii v. Komisja Wspólnot Europejskich*, pkt 25; z 03.03.2005 r. w sprawie C-172/03 *Wolfgang Heiser v. Finanzamt Innsbruck* (Zb. Orz. 2005, s. I-1627), pkt 46; z 22.12.2008 r. w sprawie C-487/06 P *British Aggregates Association v. Komisja Wspólnot Europejskich i Zjednoczone Królestwo* (Zb. Orz. 2008, s. I-10515), pkt 85; 24.11.2011 r. w sprawie C-458/09 P *Republika Włosa v. Komisja Europejska* (Zb. Orz. 2011, s. I-179*), pkt 60; z 05.06.2012 r. w sprawie C-124/10 P *Komisja Europejska v. Électricité de France (EDF)* (ECLI:EU:C:2012:318), pkt 77; z 19.03.2013 r. w sprawach połączonych C-399/10 P i C-401/10 P *Bouygues SA and Bouygues Télécom SA v. Komisja Europejska i Inni* (ECLI:EU:C:2013:175), pkt 102; z 09.10.2014 r. w sprawie C-522/13 *Ministerio de Defensa and Navantia SA v. Concello de Ferrol* (ECLI:EU:C:2014:2262), pkt 28; z 16.07.2015 r. w sprawie C-39/14 *BVVG Bodenverwertungs- und -verwaltungs GmbH v. Erbs* (ECLI:EU:C:2015:470), pkt 52; z 11.09.2014 r. w sprawie T-425/11 *Republika Grecka v. Komisja Europejska* (ECLI:EU:T:2014:768), pkt 41.

³⁴ Można próbować dokonać alternatywnej interpretacji pomocy, próbując utrzymać zakłócający efekt jako element definicji bez przyjęcia pełnej obiektywnej koncepcji pomocy poprzez wprowadzenie taksatywnej listy kategorii środków, które mogą dopiero być badane pod kątem wspomnianego zakłócającego efektu. Taka bariera prawna byłaby zapewne pożądana, z przyczyn politycznych, przez kraje „subsidiujące” ale byłaby jednocześnie zupełnym wypaczeniem samej idei obiektywnej koncepcji pomocy i zapewne *ratio legis* umowy kontrolującej subsydia, gdyż państwo mogłoby wyłączyć dowolny środek spod mechanizmu kontroli na podstawie jego formalnej klasyfikacji.

³⁵ Pozytywny wpływ działającego węzła transportowego (portu lotniczego) na wzrost gospodarczy, skomunikowanie, dostępność transportową, mobilność społeczeństwa etc. jest dobrze zbadany i istnieje bardzo bogaty materiał analityczny poświęcony tym zagadnieniom: Zob. *inter alia* López, Gutiérrez i Gómez, 2008, s. 277–301; Niemeier, 1997, s. 377–396; Vickerman, Spiekermann i Wegener, 1999, s. 1–15.

VI. Podsumowanie

Podsumowując, nie można nie odnotować, że choć koncepcja pomocy publicznej funkcjonująca w prawie Unii Europejskiej, która jest mocno promowana przez Komisję w bilateralnych umowach z krajami sąsiadującymi, a która była wykorzystywana jako punkt odniesienia analizy, jest tylko jednym z możliwych wariantów uregulowania kwestii subsydiów. Jeżeli jednak spojrzeć na omawiane zagadnienie i przyjąć w pracy perspektywę badawczą jako swego rodzaju „studium wykonalności” poświęcone prawnomiędzynarodowej kontroli subsydiowania pośredniego, można sformułować wnioski ogólniejsze, dotyczące samego mechanizmu kontroli subsydiów pośrednich.

Pomoc publiczna w prawie Unii Europejskiej jest dojrzałą koncepcją. Istnieje bogaty dorobek zarówno orzeczniczy, jak i praktyki decyzyjnej KE związany z interpretacją art. 107 TFUE, konkretyzujący kwestie interpretacyjne i adaptujący definicję do rozmaitych form interwencjonizmu państwowego. Wydawać się może, że są to atuty przemawiające za wykorzystaniem koncepcji jako pewnego szablonu dla tworzenia rozwiązań materialnoprawnych w porozumieniach międzynarodowych regulujących kwestie subsydiów w transporcie lotniczym między Unią Europejską a państwami trzecimi. Tymczasem przeprowadzane rozważania pozwoliły wykazać, że o ile tytułowa koncepcja sprawdza się dobrze w obszarze rynku wewnętrznego, gdzie znajduje się w sferze kompetencji wyłącznych UE z mocną instytucjonalną pozycją Komisji i systemem kontroli sądowej TS, o tyle zaimplementowanie jej na grunt prawa międzynarodowego, gdzie brakuje analogicznych możliwości egzekucyjnych i kontrolnych, jest problematyczne.

Jednym z głównych celów systemu kontroli pomocy publicznej było i jest objęcie kontrolą możliwie najszerszej palety środków państwowych wspierających rodzime przedsiębiorstwa. Zatem funkcjonująca definicja pomocy zawiera wbudowaną możliwość rozszerzającej interpretacji. Poza wątpliwą kwestią uzyskania zgody politycznej, takie dorozumiane rozszerzenie zakresu przedmiotowego umowy może być jednocześnie sprzeczne z przepisem ustalającym zakres aktu, zakładając, że dotyczy pomocy dla linii lotniczych³⁶.

Nawet gdyby przyjąć klasyczną regułę interpretacyjną z Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów, że umowa powinna być interpretowana zgodnie z jej celem i przeznaczeniem, to argument prawny oparty na „modelowej” interpretacji koncepcji pomocy publicznej, zgodnie z którym wsparcie na budowę infrastruktury może również być potraktowane jako pomoc dla przewoźników można skontrolować równie słusznym twierdzeniem, że infrastruktura stanowi element rozwoju kraju i inwestycje w ten segment są materią stricte wewnętrzną. Wówczas zastosowanie wspomnianej reguły z Konwencji wiedeńskiej jest trudne do obrony, można bowiem dalej argumentować, że dochodzi do pewnego zaburzenia proporcji (między celem a wtórnymi skutkami) w sytuacji gdyby państwo miało poddać międzynarodowej kontroli swoje inwestycje ewidentnie prorozwojowe – budowę i rozbudowę portów lotniczych, bo mogą one powodować wtórne konsekwencje w postaci pojawienia się dodatkowej korzyści po stronie linii lotniczych korzystających z obiektu. Takie rozszerzenie zakresu umowy o nieadresowane bezpośrednio do linii lotniczych, inwestycje w rozbudowę infrastruktury kluczowej kraju, wydaje się przekraczać granice interpretacji zgodnie z celem i przeznaczeniem traktatu.

³⁶ Chyba że zostanie wprowadzona szersza definicja przedsiębiorstw branży obejmująca również porty lotnicze, co jest czystą spekulacją, gdyż powstanie umowy międzynarodowej regulującej kwestie subsydiów dla budowy portów lotniczych jest nierealne.

Kończąc podsumowanie można zaryzykować tezę, że opisane trudności stojące na drodze stworzenia efektywnego prawnomiędzynarodowego mechanizmu kontroli subsydiowania pośredniego są nie do przezwyciężenia. Teoretycznie, relatywnie najskuteczniejszym sposobem, politycznie akceptowalną dla UE, byłoby przejęcie przez państwo trzecie – stroną umowy z Unią – całego *acquis* prawa pomocy publicznej, a zatem pełną integrację z rynkiem wewnętrznym. Jest to wariant stosowalny tylko w przypadku umowy ze Szwajcarią w związku z jej bliskimi politycznymi i gospodarczymi więzami z Unią. Natomiast nawet w przypadku przyjęcia przez państwo, partnera materialnoprawnych postanowień wzorowanych na art. 107 TFUE to dla zapewnienia systemowi skuteczności porównywalnej z jego „wewnętrznyim” odpowiednikiem, brakuje analogicznego mechanizmu egzekucji. Ponadto kontrowersyjne mogą być kwestia oceny istnienia i zwymiarowania ewentualnego zaburzenia konkurencji i handlu środka, oraz wspomniana polityczno-prawna kontrowersja z akceptacją obiektywnej koncepcji pomocy.

Bibliografia

- Alderighi, M., Cento, A., Nijkamp, P. i Rietveld P. (2012). Competition in the European Aviation Market: The Entry of Low-Cost Airlines. *Journal of Transport Geography*, 24.
- Bacon, K. (2013). *European Union Law of State Aid, 2nd Edition*. Oxford: Oxford University Press.
- Burghouwt, G. (2007). Airline Network Development in Europe and its Implications for Airport Planning. Aldershot: Ashgate.
- Burghouwt, G., Hakfoort, J.R. i Ritsema van Eck, J.R. (2003). The Spatial Configuration of Airline Networks in Europe. *Journal of Air Transport Management*, 9(5).
- Clark, P. (2007). *Buying Big Jets: Fleet Planning for Airlines*. Aldershot: Ashgate.
- Dobson, G. i Lederer, P.L. (1993). Airline Scheduling and Routing in a Hub-and Spoke System. *Transportation Science*, 23(3).
- Forsyth, P., Gillen, D., Müller, J. i Niemeier, H-M. (red.). (2010). *Airport Competition. The European Experience*. Farnham: Ashgate.
- Franke, M. (2004). Competition Between Network Carriers and Low-Cost Carriers – Retreat Battle or Breakthrough to a New Level of Efficiency. *Journal of Air Transport Management*, 10.
- Glania, G. i Matthes, J. (2005). *Multilateralism Or Regionalism?: Trade Policy Options for the European Union*. Brussels: CEPS.
- Govaere, I., Erwan Lannon, E., van Elsuwege, P. i Adam, S. (red.). (2014). *The European Union in the World: Essays in Honour of Marc Maresceau*. Deventer: Martinus Nijhoff Publishers.
- Kociubiński, J. (2012). Kryterium korzyści w kontroli pomocy publicznej w prawie UE. *Europejski Przegląd Sądowy*, 6.
- Kociubiński, J. (2014). Rabaty udzielane niskokosztowym liniom lotniczym przez regionalne porty lotnicze w świetle unijnego prawa pomocy publicznej. *Europejski Przegląd Sądowy*, 6.
- Kociubiński, J. (2016). *Instrumentalizacja prawa konkurencji Unii Europejskiej w obliczu konsolidacji sektora transportu lotniczego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kurcz, B. i Vallindas D. (2008). Can general measures be...selective? Some thoughts on the interpretation of a state aid definition. *Common Market Law Review*, 1.
- López, E., Gutiérrez, J. i Gómez G. (2008). Measuring regional cohesion effects of large-scale transport infrastructure investment: an accessibility approach. *European Planning Studies*, 16.

- Menaz, B. i Matthews B. (2008). *Economic Perspectives on the Problem of Slot Allocation*. W: A. Czerny, P. Forsyth, D. Gillen i H-M. Niemeier (red.), *Airport Slots: International Experiences and Options for Reform*. Aldershot: G.A.R.S., Ashgate.
- Niemeier, H.-M. (1997). Accessibility: an evaluation using consumer welfare. *Transportation*, 24.
- Nykiel-Mateo, A. (2009). *Pomoc państwa a ogólne środki interwencji w europejskim prawie wspólnotowym*. Warszawa: Wolters Kluwer business.
- Pesaresi, N. i Van Hoof, N. (2008). *State Aid Control: An Introduction*. W: W. Mederer, N. Pesaresi, M. van Hoof (red.), *Claeys & Casteels EU Competition Law. Volume IV. State Aid. Book One*. Leuven: Claeys & Casteels.
- Quigley, C. (2015). *European State Aid Law and Policy*. Oxford, Portland OG: Hart Publishing.
- Rubini, L. (2009). *The Definition of Subsidy and State Aid. WTO and EC Law in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press.
- Schumauch, M. (2012). *EU Law on State Aid to Airlines*. Berlin: Lexxion.
- Stainland, M. (2008). *A Europe of the Air? The Airline Industry and European Integration*. Oxford: Rowman & Littlefield Publishers.
- Starkie, D. (2008). *Aviation Markets. Studies in Competition and Regulatory Reform*. Aldershot: Ashgate.
- Williams, G. (2002). *Airline Competition: Deregulation's Mixed Legacy*. Aldershot: Ashgate.
- Vickerman, R., Spiekermann, K. i Wegener, M. (1999). Accessibility and economic development in Europe. *Regional Studies*, 33.