



PODWYŻSZENIA KAPITAŁU ZAKŁADOWEGO W REKOMPENSACIE – ROZLICZENIE I WYZWANIA W ZWIĄZKU Z KONTROLAMI UOKIK

Marcin Maciocha – Radca Prawny, REFUNDA Maciocha i Wspólnicy sp. k.

W ramach niniejszego artykułu zaprezentowano podejście pozwalające w sposób neutralny dla wysokości rekompensaty rozliczyć każde podwyższenie kapitału zakładowego w ramach rekompensaty otrzymywanej przez przedsiębiorstwo wykonujące usługę publicznego transportu zbiorowego w formule in-house.

Zgodnie z art. 2 lit. g) rozporządzenia 1370/2007 z dnia 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego rekompensata z tytułu świadczenia usług publicznych oznacza każdą korzyść, zwłaszcza finansową, przyznaną bezpośrednio lub pośrednio przez właściwy organ z funduszy publicznych w okresie realizacji zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych lub powiąza-

ną z tym okresem. Przepis art. 107 ust. 1 TFUE nie wprowadza definicji legalnej pomocy publicznej, bowiem nie definiuje on wprost pojęcia samej pomocy publicznej, a wskazuje warunki, po spełnieniu których, dane działanie można uznać za pomoc publiczną, która co do zasady jest niezgodna ze wspólnym rynkiem.

Przyjmuje się, iż kluczową rolę w dokonywaniu wykładni przepisu art. 107 TFUE odgrywa orzecznic-

two TSUE, który przyjmuje, iż w treści przepisu art. 107 ust. 1 TFUE, oprócz wprost wyrażonego pojęcia zakazanej pomocy publicznej, zawarte są również przesłanki kwalifikujące dany środek jako pomoc publiczną, co, uwzględniając reguły wnioskowania argumentum a maiori ad minus, wydaje się uzasadnione. W orzeczeniu wydanym w sprawie *Air Liquide Industries Belgium SA v. Ville de Seraing, Province de Liege* (C-393/04) ETS wskazał bowiem, iż: „Przesłankami, od których art. 107 ust. 1 TFUE uzależnia zakwalifikowanie środka krajowego jako pomocy państwa są, po pierwsze, finansowanie tego środka przez państwo lub przy użyciu zasobów państwowych, po drugie, korzyści dla przedsiębiorstwa, po trzecie selektywność tego działania oraz po czwarte, jego wpływ na wymianę handlową między państwami członkowskimi i wynikające z tego zakłócenia konkurencji”.

Ważnym, w aspekcie analizy i oceny występowania niedozwolonej pomocy publicznej w ramach danego przedsięwzięcia jest fakt badania skutku, a nie celu stosowania danego środka pomocowego. Ocena winna się wobec powyższego odbywać w oderwaniu od intencji i założeń podmiotu udzielającego pomocy, lecz koncentrować na wywieranych przez pomoc skutkach. Skutki te polegają na wsparciu przedsiębiorstwa i polepszeniu w ten sposób jego sytuacji ekonomicznej. Podkreśla się przy tym, iż formy prawne, w których wyraża się tego rodzaju pomoc, mogą być różnorodne. Może to być zarówno bezpośrednie wniesienie kapitału, udzielenie gwarancji, zwolnienia podatkowe, jak i instrumenty parafiskalne.

Dodatkowo wśród powszechnie występującego katalogu form rekompensaty można wyróżnić: podwyższenie kapitału zakładowego, dopłatę do kapitału, preferencyjne pożyczki, umowy użyczenia i dzierżawy zawierane na zasadach korzystniejszych niż rynkowe. Należy podkreślić, iż katalog form rekompensaty jest katalogiem otwartym i nie sposób dokonać ich enumeratywnego wyliczenia stąd też zarówno regulacje UE (w szczególności rozporządzenia, decyzje i komunikaty) wskazują, iż jest to każdy rodzaj przysporzenia, w dowolnej jego formie.

Przyznawanie przez organy publiczne rekompensaty finansowej dla przedsiębiorstw może jednak prowadzić do nadmiernego umocnienia pozycji tych przedsiębiorstw na rynku (uprzywilejowania). W takim przypadku dochodziłoby do zakłócenia kon-

kurencji na rynku ponieważ przedsiębiorstwom niekorzystającym z rekompensat trudniej (lub wręcz niemożliwie) byłoby konkurować z uprzywilejowanymi podmiotami. Wystąpienie zakłócenia konkurencji na rynku może mieć wymiar lokalny, krajowy oraz międzynarodowy. Od momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej, możliwość zakłócenia konkurencji na rynku analizowana jest w kontekście Jednolitego Rynku Europejskiego.

Rozporządzenie 1370/2007 jako *lex specialis* w zakresie powierzenia usług operatorowi wewnętrznemu przez podmiot publiczny w tym w zakresie pomocy publicznej

Zgodnie z treścią Rozporządzenia 1370/2007 jego podstawowym celem jest określenie, w jaki sposób, przy zachowaniu zasad prawa wspólnotowego, właściwe organy mogą podejmować działania w sektorze pasażerskiego transportu publicznego w celu zapewnienia świadczenia usług użyteczności publicznej. W tym celu Rozporządzenie 1370/2007 określa warunki, na podstawie których właściwe organy, nakładając zobowiązania do świadczenia usług publicznych lub zawierając umowy dotyczące wykonywania tych zobowiązań, rekompensują podmiotom świadczącym usługi publiczne poniesione koszty lub przyznają wyłączne prawa w zamian za realizację zobowiązań z tytułu świadczenia wspomnianych usług.

Zgodnie z art 1 ust. 2 Rozporządzenia 1370/2007 ma ono zastosowanie do usług publicznych świadczonych w kraju lub na skalę międzynarodową w sektorze transportu pasażerskiego kolejną oraz innymi środkami transportu szynowego i drogowego, z wyjątkiem usług świadczonych przede wszystkim ze względu na ich znaczenie historyczne lub atrakcyjność turystyczną. Zgodnie z legalną definicją przez pasażerski transport publiczny rozumie się wyłącznie usługi transportu pasażerskiego o ogólnym znaczeniu gospodarczym świadczone publicznie w sposób niedyskryminacyjny i ciągły.

Podkreślić należy, iż zgodnie z art. 9 ust. 1 Rozporządzenia 1370/2007 rekompensaty wypłacane zgodnie z jego postanowieniami są zgodne ze wspólnym rynkiem (dozwolona pomoc publiczna), a tym samym zwolnione z obowiązku notyfikacji.

Bezpośrednie powierzenie świadczenia usług (niezależnie od krajowej podstawy prawnej i procedury jego udzielenia) skutkuje tym, że podmiot otrzymuje pomoc publiczną a rekompensata wypłacana operatorowi powinna być obliczona zgodnie

z postanowieniami załącznika do Rozporządzenia 1370/2007.

Wysokość rekompensaty nie może przekroczyć wyniku finansowego netto osiągniętego w ramach realizacji zobowiązań z tytułu świadczenia usług publicznych. Co oznacza, że można umownie zmniejszyć wartość rekompensaty np. do wartości otrzymywanego przysporzenia.

Podwyższenie kapitału zakładowego jako pomoc publiczna

Dokonując analizy czy podwyższenie kapitału zakładowego Spółki stanowić będzie pomoc publiczną należy odnieść się bezpośrednio do przepisów TFUE. Zgodnie z przepisem art. 107 ust. 1 TFUE wsparcie finansowe dla podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą podlega przepisom dotyczącym pomocy publicznej, jeżeli jednocześnie spełnione są następujące warunki:

- udzielane jest ono przez państwo lub ze środków państwowych,
- przedsiębiorstwo uzyskuje przysporzenie na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku,
- ma charakter selektywny (uprzywilejowuje określone przedsiębiorstwo lub przedsiębiorstwa albo produkcję określonych towarów),
- grozi zakłóceniem lub zakłóca konkurencję oraz wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi UE.

W tym miejscu należy wskazać, iż co do zasady każde dokapitalizowanie Spółki spełniać będzie wszystkie ww. warunki. Tym samym należy określić, w jaki sposób Spółka dokona rozliczenia lub uzasadnienia ww. pomocy publicznej tak, aby nie wystąpiło ryzyko uznania jej za niedozwoloną. Powyższe jest generalną zasadą, która jednakże zawsze podlega analizie na gruncie konkretnego przypadku w szczególności w aspekcie „korzyści”.

Sposoby rozliczenia podwyższenia kapitału zakładowego w rekompensacie

Co do zasady w tym miejscu można wskazać, iż są ku temu dwie drogi:

- Test prywatnego inwestora (TPI) – gdzie udowodnimy, że dane przysporzenie nie jest w ogóle pomocą publiczną albo
- Rozliczenie podwyższenia kapitału zakładowego w ramach rekompensaty

Skoro przedsiębiorstwo komunikacji miejskiej (dalej jako „Spółka”) rozliczane jest w oparciu o umowę powierzenia (niezależnie od trybu jej zawarcia) jako rekompensowany podmiot wewnętrzny danego miasta to jedynym celowym i uzasadnionym sposobem zakwalifikowania podwyższenia kapitału zakładowego Spółki jako dozwolonej pomocy publicznej będzie jego rozliczenie w ramach otrzymanej rekompensaty. Udowadnianie bowiem, w takim wypadku przy pomocy TPI, że dane przysporzenie nie jest w ogóle pomocą publiczną jest:

1. Po pierwsze nieefektywne prawnie oraz ekonomicznie – mamy ustaloną ścieżkę przekazywania pomocy publicznej = rekompensata – nie ma więc potrzeby udowadniania, że coś nią nie jest.
2. Po drugie samo wykonywanie TPI w sytuacji, gdy jego wyniki de facto zależą od zlecającego – to miasto wypłaca rekompensatę, więc może w zasadzie dowolnie kształtować projekcje finansowe w zakresie TPI, które w takim wypadku zawsze pokażą „rynkowość” takiego podwyższenia.
3. Po trzecie należy wskazać, że jedynym organem mogącym ostatecznie przesądzić, czy coś stanowi lub nie pomocą publiczną jest Komisja Europejska i wszelkie raporty dot. TPI i tak nie usuwają ryzyka pomocy niedozwolonej, co nie występuje przy obliczeniu ekwiwalentu dotacji brutto.
4. Po czwarte powoduje brak zgodności z Wytycznymi MIR (pkt 147 Wytycznych MIR). Zgodnie z pkt. 147 Wytycznych MIR „Przekazanie spółce komunalnej środków na realizację ciężącego na niej obowiązku świadczenia usługi publicznej w formie np. podwyższenia kapitału, poręczenia, dopłaty wspólnika albo pożyczki wspólnika, podlega uwzględnieniu przy określaniu należnej rekompensaty w zakresie, w jakim takie przysporzenia związane są z działalnością polegającą na realizacji usługi publicznej”.

Przyjmując, że dokapitalizowanie Spółki będzie dopuszczalną pomocą publiczną rozliczaną w ramach rekompensaty otrzymywanej przez Spółkę należy wskazać, iż dla obliczenia wartości tej pomocy przyjąć powinniśmy tzw. ekwiwalent dotacji brutto wynikający z Rozporządzenia EDB. Zgodnie z aktualną treścią tych przepisów ekwiwalent dotacji brutto jest równy:

- w przypadku gdy dokapitalizowanie następuje w formie pieniężnej – różnicy między wartością wkładu pieniężnego a wartością rynkową obejmowanych akcji (udziałów);
- w przypadku, gdy dokapitalizowanie następuje w formie niepieniężnej – różnicy między wartością rynkową wkładu niepieniężnego a wartością rynkową obejmowanych akcji (udziałów);
- w przypadku gdy ustalenie wartości rynkowej obejmowanych akcji (udziałów), o której mowa w lit. a i b, napotyka znaczne trudności lub gdy dokapitalizowanie nie wiąże się z objęciem akcji (udziałów) – wartości wkładu pieniężnego lub wartości rynkowej wkładu niepieniężnego.

Brak obowiązku uzyskania opinii Prezesa UOKiK

W toku kontroli działalności spółek komunalnych w ostatnich latach Najwyższa Izba Kontroli negatywnie oceniła fakt, że dany organ władzy wykonawczej w gminie (wójt, burmistrz, prezydent) nie występował do Prezesa UOKiK, przed podejmowaniem uchwał w sprawie podwyższenia kapitału zakładowego spółek miejskich, o uzyskanie opinii dotyczących zgodności przyznawanej pomocy z przepisami o pomocy publicznej. Zdaniem NIK, obowiązek uzyskania takiej opinii wynikał z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej. Przepis ten stanowi, że projekty programów pomocowych, w tym przewidujących udzielanie pomocy w ramach wyłączeń grupowych, oraz pomocy indywidualnej, a także pomocy indywidualnej na restrukturyzację, wymagają uzyskania opinii Prezesa UOKiK, a w zakresie pomocy publicznej w rolnictwie lub rybołówstwie – ministra właściwego do spraw rolnictwa. NIK nie kwestionowała dopuszczalności tego rodzaju pomocy publicznej udzielanej spółkom komunalnym, a jedynie brak uzyskania opinii od Prezesa UOKiK w tej sprawie.

Programy pomocowe są aktami normatywnymi, które zawierają podstawy prawne przyznawania określonego wsparcia przedsiębiorcom i jednocześnie określają zasady oraz warunki udzielania tego wsparcia. Program stanowi akt o charakterze generalnym i abstrakcyjnym, na którego podstawie będzie udzielana pomoc indywidualnym przedsiębiorcom (będą wydawane indywidualne decyzje lub zawierane umowy). Pomocą indywidualną jest natomiast pomoc udzielana

poza programami pomocowymi to znaczy na podstawie aktu normatywnego, który nie został zaakceptowany przez Komisję Europejską jako program pomocowy. Pomocą indywidualną jest także pomoc udzielana wprawdzie na podstawie zaakceptowanego programu pomocowego, ale w stosunku do której Komisja zażądała odrębnej notyfikacji w decyzji akceptującej program.

Zanim program pomocowy zacznie obowiązywać, musi zostać zaakceptowany przez Komisję Europejską (chyba że jest to program pomocy de minimis lub program w ramach wyłączeń grupowych, które nie wymagają akceptacji Komisji). W tym celu musi najpierw zostać notyfikowany (zgłoszony Komisji). Decyzję o notyfikacji programu podejmuje Rada Ministrów, po zapoznaniu się z opinią Prezesa UOKiK na temat zgodności programu z zasadami rynku wewnętrznego. Również projekt pomocy indywidualnej podlega opiniowaniu przez Prezesa UOKiK, a następnie obowiązkowi zgłoszenia Komisji Europejskiej zgodnie z art. 108 TFUE (notyfikacji).

Mając na uwadze powyższe, należy zauważyć, że podwyższenie kapitału zakładowego spółki komunalnej, które podlega rozliczeniu jako składnik rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych w zakresie transportu pasażerskiego, nie mieści się w definicji programu pomocowego, pomocy indywidualnej ani pomocy indywidualnej na restrukturyzację. Ponadto rekompensaty wypłacane zgodnie z Rozporządzeniem 1370/2007 zostały przez prawodawcę europejskiego uznane za zgodne z zasadami wspólnego rynku i nie podlegają obowiązkowi notyfikacji (art. 9 Rozporządzenia 1370/2007).

Prowadzi to do konkluzji, że podwyższenie kapitału zakładowego spółki komunalnej świadczącej usługę publicznego transportu zbiorowego w formule in-house nie wymaga uzyskania opinii Prezesa UOKiK ani żadnego innego działania kontrolnego (w tym zakresie nie analizujemy standardowych procedur uzyskiwania zgody na dane czynności na poziomie rady miejskiej czy też zgromadzenia wspólników) – oprócz oczywiście obowiązku rozliczenia tak przekazanej pomocy publicznej – w formie EDB, a następnie w ramach audytu rekompensaty rocznej przez odpowiedni podmiot posiadający stosowne doświadczenie w rozliczaniu pomocy publicznej w publicznym transporcie zbiorowym. ■