

欧盟委员会

关于《欧盟运行条约》第 107 条第 (1) 款所述国家援助概念的通告*

(2016/C 262/01)

目 录

1. 引言
2. 经营者及经济活动的概念
 - 2.1. 一般原则
 - 2.2. 公共权力的行使
 - 2.3. 社会保障
 - 2.4. 医疗保健
 - 2.5. 教育与研究活动
 - 2.6. 文化和遗产保护，包括自然保护
3. 国家来源
 - 3.1. 归责性
 - 3.1.1. 归责性的指标
 - 3.1.2. 归责性和欧盟法下的义务
 - 3.2. 国家资源
 - 3.2.1. 一般原则
 - 3.2.2. 对资源的控制性影响
 - 3.2.3. 国家参与私营实体之间的再分配
4. 优势
 - 4.1. 优势的一般概念
 - 4.2. 市场经济运营商测试
 - 4.2.1. 介绍
 - 4.2.2. 一般原则
 - 4.2.3. 确定符合市场条件
 - 4.3. 间接优势

* 翻译：李丽，德国马尔堡大学法学博士，目前任职于京东法律研究院；龙睿，德国柏林自由大学法学博士；审校：韩伟，中国社会科学院大学。

译者注：本通告英文全称为 Commission Notice on the notion of State aid as referred to in Article 107(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union.

5 选择性

5.1. 一般原则

5.2. 实质选择性

5.2.1. 法律和事实的选择性

5.2.2. 行政自由裁量权产生的选择性

5.2.3. 评估减轻经营者正常费用的措施的实质选择性

5.3. 区域选择性

5.3.1. 制度自治

5.3.2. 程序自治

5.3.3. 经济和财政自治

5.4. 有关税收措施的具体问题

5.4.1. 合作社

5.4.2. 集体投资企业

5.4.3. 税收赦免

5.4.4. 税收裁定与和解

5.4.4.1. 行政税收裁定

5.4.4.2. 税收和解

5.4.5. 折旧或摊销规则

5.4.6. 特定活动的固定基税制度

5.4.7. 反滥用规则

5.4.8. 消费税

6. 贸易和竞争影响

6.1. 一般原则

6.2. 扭曲竞争行为

6.3. 对贸易的影响

7. 基础设施：一些具体说明

7.1. 介绍

7.2. 针对开发商/所有人的援助

7.2.1. 经济活动与非经济活动

7.2.2. 竞争扭曲与影响贸易

7.2.3. 对基础设施开发商/所有人的援助——各部门的概览

7.3. 向运营商提供的资助

7.4. 对终端用户的援助

8. 最终条款

1. 引言

1. 在国家援助现代化的背景下，委员会希望进一步阐述《欧盟运行条约》(the Treaty on the Functioning of the European Union) (“条约”) 第 107 条第 (1) 款中关于国家援助的核心概念，以期促进在欧盟内更加容易、透明且一致地适用这一概念。
2. 本通告仅关注条约第 107 条第 (1) 款所述的国家援助概念，于其，委员会和成员国主管机关（包括成员国法院）须结合条约第 108 条第 3 款规定的申报 (notification) 和停止 (standstill) 义务适用。本通告不关注条约第 107 条第 2 和第 3 款以及第 106 条第 2 款规定的国家援助与国内市场的兼容性问题，此项由委员会进行具体评估。
3. 鉴于国家援助概念是由条约直接定义的客观的法律概念，¹本通告阐述委员会对条约第 107 条第 (1) 款的理解，该理解基于欧洲法院 (Court of Justice) 和欧洲普通法院 (the General Court) (合称“欧盟法院”) 的解释作出。就欧盟法院尚未审议过的问题，委员会将阐明在其理解下该国家援助概念应有的含义。本通告所载意见不妨碍欧盟法院对国家援助概念作出解释；²条约的解释首先要参考的始终是联盟法院的判例。
4. 需要强调的是，委员会受制于概念的客观性，在适用时仅享有有限的自由裁量权，即当委员会的评估就其性质而言具有技术性和复杂性，特别是当涉及复杂的经济评估时。³
5. 条约第 107 条第 (1) 款将国家援助定义为“成员国或通过国家资源以任何形式授予的任何援助，其因惠及某些经营者或某些产品的生产而扭曲或可能扭曲竞争[...], 只要它影响了成员国之间的贸易”⁴。本通告将阐明国家援助概念的不同组成部分：经营者的存在，措施对国家的归责性 (the imputability of the measure to the State), 通过国家资源融资 (its financing through State resources), 赋予优势 (the granting of an advantage), 措施的选择性及其对成员国竞争和贸易的影响 (the selectivity of the measure and its effect on competition and trade between Member States)。此外，鉴于成员国对特定指导意见的需求，本通告就基础设施的公共资助 (public funding of infrastructure) 问题进行了阐述。

¹参见欧洲法院判决，2008 年 12 月 22 日，British Aggregates v Commission, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, 第 111 段。

²参见欧洲法院判决，2011 年 7 月 21 日，Alcoa Trasformazioni v Commission, C-194/09 P, ECLI:EU:C:2011:497, 第 125 段。

³参见欧洲法院判决，2008 年 12 月 22 日，British Aggregates v Commission, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, 第 114 段；欧洲法院判决，2010 年 9 月 2 日，Commission v Scott, C-290/07 P, ECLI:EU:C:2010:480, 第 66 段。

⁴国家援助规则适用于农产品的生产和贸易，根据条约第 38 条第 1 款的规定，其中包括渔业产品，但仅限于欧洲议会和理事会确定的范围 (条约第 42 条)。

2. 经营者及经济活动的概念

6. 国家援助规则只适用于措施的受益人是“经营者”（undertaking，也译为“企业”）的情形。

2.1. 一般原则

7. 欧洲法院一贯将经营者定义为从事经济活动的实体，不管他们的法律状态和融资方式如何。⁵一个特定实体是否属于经营者也因此完全取决于其活动的性质。该一般原则有三个重要的结果。
8. 首先，该实体在国内法下的状态不具有决定性。例如，根据国内法属于协会或体育俱乐部的实体可能不得被视为条约第 107 条第（1）款意义下的经营者。这同样也适用于形式上属于公共行政部门一部分的实体。唯一的相关标准只是其是否从事经济活动。
9. 其次，国家援助规则的适用不取决于该实体的设立是否以营利为目的。非营利性实体也可以在市场上提供商品和服务。⁶若非上述情形，则非营利性实体仍然在国家援助控制的适用范围之外。
10. 第三，将实体归类为经营者始终与一项具体的活动相关。一个既从事经济活动又从事非经济活动的实体只能就前者视其为经营者。⁷
11. 为适用国家援助规则的目的，若干单独的法律实体可以被视为组成了一个经济单元，该经济单元被认定为相关经营者。对此，欧洲法院认为存在控股关系和其他功能性、经济性和有机的联系是相关的重要因素。⁸
12. 为了阐述经济与非经济活动之间的区别，欧洲法院一贯认为：任何在市场上提供商品和服务的活动都是经济活动。⁹
13. 是否存在针对特定服务的市场，取决于这些服务在相关成员国¹⁰的组织方式，

⁵ 参见欧洲法院判决，2000 年 9 月 12 日，Pavlov and Others, Joined Cases C-180/98 to C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, 第 74 段；欧洲法院判决，2006 年 1 月 10 日，Cassa di Risparmio di Firenze SpA and Others, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, 第 107 段。

⁶ 参见欧洲法院判决，1980 年 10 月 29 日，Van Landewyck, Joined Cases 209/78 to 215/78 and 218/78, ECLI:EU:C:1980:248, 第 88 段；欧洲法院判决，1995 年 11 月 16 日，FFSA and Others, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, 第 21 段；欧洲法院判决，2008 年 7 月 1 日，MOTOE, C-49/07, ECLI:EU:C:2008:376, 第 27 和 28 段。

⁷ 参见欧洲法院判决，2000 年 12 月 12 日，Aéroports de Paris v Commission, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, 第 108 段。

⁸ 参见欧洲法院判决，2010 年 12 月 16 日，Acea Electrabel Produzione SpA v Commission, C-480/09 P, ECLI:EU:C:2010:787, 第 47 到 55 段；欧洲法院判决，2006 年 1 月 10 日，Cassa di Risparmio di Firenze SpA and Others, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, 第 112 段。

⁹ 参见欧洲法院判决，1987 年 6 月 16 日，Commission v Italy, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283 第 7 段；欧洲法院判决，1998 年 6 月 18 日，Commission v Italy, C-35/96, ECLI:EU:C:1998:303, 第 36 段；欧洲法院判决，2000 年 9 月 12 日，Pavlov and Others, Joined Cases C-180/98 to C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, 第 75 段。

¹⁰ 参见欧洲法院判决，1993 年 2 月 17 日，Poucet and Pistre, Joined Cases C-159/91 and C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63,

并且在成员国之间会有所不同。此外，由于政治选择或经济发展的原因，特定活动的分类会随着时间而改变。今天不属于经济活动的，可能在未来某天会成为经济活动，反之亦然。

14. 政府主管机构不允许第三方提供某种服务的决定（例如，它希望在内部提供服务）并不排除经济活动的存在。尽管该市场封闭，在其他经营者愿意并能够在有关市场上提供服务的情况下，经济活动可以存在。更加概括的说，某一项服务由内部提供的事实与该活动的经济性质无关。¹¹
15. 由于经济活动与非经济活动之间的区别在某种程度上取决于特定成员国的政治选择 and 经济发展状况，因此无法详尽列明哪些活动是永远不具有经济性的。这样的名单并不能提供真正的法律确定性，也因此几乎没有用处。第 17 至 37 段则试图在一些重要领域阐述这种区别。
16. 一个实体仅仅持有一个在市场上提供商品或服务的经营者的股份（甚至是多数股份），并不意味着该实体就应当自动被视为条约第 107 条第（1）款中的经营者。若该持股仅赋予其作为股东以及（如果适用）收取股息（仅为资产所有权的产物）的权利，则该实体将不被视为经营者，如果它自身并不市场上提供商品或服务。¹²

2.2. 公共权力的行使

17. 条约第 107 条第（1）款不适用于国家“行使公共权力”¹³或者公共实体“作为公共主管机关”作出的行为。¹⁴一个实体可以被认为在行使公共权力，如果有关活动构成了国家基本职能的一部分，或据其性质、目标和所遵循的规则与这些职能是相关联的。¹⁵一般而言，除非有关成员国决定引入市场机制（market mechanisms），否则本质上属于官方权力的一部分并由国家实施的活动不构成经济活动。这些活动包括，例如：
 - a) 军队行为或警察行为；¹⁶
 - b) 空中安保导航及控制；¹⁷
 - c) 海上交通管制及安全保障；¹⁸

第 16 至 20 段。

¹¹ 见 Advocate General Geelhoed 2006 年 9 月 28 日的观点，Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo), C-295/05, ECLI: EU:C:2006:619, 第 110 至 116 段；欧洲议会和理事会 2007 年 10 月 23 日关于铁路和公路客运公共服务的第 (EC) 1370/2007 号条例，并废除理事会条例 (EEC) 第 1191/69 号和第 1107/70 号 (OJ L 315, 3.12.2007, p. 1), 第 5(2) 和 6(1) 条；委员会决定 2011/501/EU, 2011 年 2 月 23 日，关于国家援助 C-58/06 (ex NN 98/05)，由 Germany for Bahnen der Stadt Monheim (BSM) 和 Rheinische Bahngesellschaft (RBG) 在 Verkehrsverbund Rhein-Ruhr 实施 (OJ L 210, 17.8.2011, p. 1), 序言第 208 和 209 段。

¹² 参见欧洲法院判决，2006 年 1 月 10 日，Cassa di Risparmio di Firenze SpA and Others, C-222/04, ECLI:EU:C:2006:8, 第 107 至 118 和 125 段。

¹³ 参见欧洲法院判决，1987 年 6 月 16 日，Commission v Italy, 118/85, ECLI:EU:C:1987:283, 第 7 和 8 段。

¹⁴ 参见欧洲法院判决，1988 年 5 月 4 日，Bodson, 30/87, ECLI:EU:C:1988:225, 第 18 段。

¹⁵ 参见欧洲法院判决，1994 年 1 月 19 日，SAT/Eurocontrol, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7, 第 30 段和欧洲法院判决，1997 年 3 月 18 日，Calì & Figli, C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160, 第 22 和 23 段。

¹⁶ 参见委员会 2011 年 12 月 7 日关于国家援助的决定，SA. 32820 (2011/NN) — United Kingdom - Aid to Forensic Science Services (OJ C 29, 2.2.2012, p. 4), 第 8 段。

¹⁷ 参见欧洲法院判决，1994 年 1 月 19 日，SAT/Eurocontrol, C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7, 第 27 段；欧洲法院判决，2009 年 3 月 26 日，Selex Sistemi Integrati v Commission, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, 第 71 段。

- d) 污染监控;¹⁹
- e) 对监禁刑罚的组织、资助和执行;²⁰
- f) 由公共机构发展和振兴公共土地;²¹ 和
- g) 基于有关经营者数据披露的法定义务, 收集该数据用于公共目的。²²

18. 如果公共实体从事的经济活动可与其行使的公共权力相分离, 该实体就其从事的活动部分属于经营者。相反, 如果该经济活动不能与公共权力的行使相分离, 那么该实体作出的全部活动则作为整体仍然与行使公共权力有关, 并因此不属于经营者。²³

2.3. 社会保障 (social security)

19. 社会保障制度是否包含经济活动取决于其建立和安排的方式。大体上, 判例中区分了基于团结原则的制度 (schemes based on the principle of solidarity) 和经济型制度 (economic schemes)。

20. 基于团结原则的社会保障制度 (不包含经济活动) 通常有如下特征:

- a) 加入该制度是强制性的;²⁴
- b) 该制度追求专门的社会目标;²⁵
- c) 该制度是非营利的;²⁶
- d) 获益与所做贡献无关;²⁷
- e) 社保福利不必然与被保障人的收入相当;²⁸ 和
- f) 该制度受国家监督。²⁹

21. 这种基于团结的社会保障制度须与包含了经济活动的制度相区分。³⁰ 后者通常的特点是:

¹⁸ 参见委员会 2002 年 10 月 16 日关于国家援助的决定, N 438/02 — Belgium — Aid to port authorities, (OJ C 284, 21.11.2002, p. 2)。

¹⁹ 参见欧洲法院判决, 1997 年 3 月 18 日, *Calì & Figli*, C-343/95, ECLI:EU:C:1997:160, 第 22 段。

²⁰ 参见委员会 2006 年 7 月 19 日关于国家援助的决定 N 140/06 — Lithuania — Allotment of subsidies to the State Enterprises at the Correction Houses (OJ C 244, 11.10.2006, p. 12)。

²¹ 参见委员会 2014 年 3 月 27 日关于国家援助的决定 SA.36346 — Germany — GRW land development scheme for industrial and commercial use (OJ C 141, 9.5.2014, p. 1)。就地方机构支持振兴公共土地 (包括污染处理) 的措施, 委员会认为使公共地形可供建造并确保其与公用设施 (水, 气, 污水和电) 以及运输网络 (铁路和公路) 相连接的活动并不构成经济活动, 而是国家公共任务的一部分, 即根据当地城市 and 空间发展计划供应和监督土地。

²² 参见欧洲法院判决, 2012 年 7 月 12 日, *Compass-Datenbank GmbH*, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, 第 40 段。

²³ 参见欧洲法院判决, 2012 年 7 月 12 日, *Compass-Datenbank GmbH*, C-138/11, ECLI:EU:C:2012:449, 第 38 段; 欧洲法院判决, 2009 年 3 月 26 日, *Selex Sistemi Integrati v Commission*, C-113/07 P, ECLI:EU:C:2009:191, 第 72 段及后。

²⁴ 参见欧洲法院判决, 1993 年 2 月 17 日, *Poucet and Pistre*, Joined Cases C-159/91 and C-160/91 ECLI:EU:C:1993:63, 第 13 段。

²⁵ 参见欧洲法院判, 2002 年 1 月 22 日, *Cisal and INAIL*, C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36, 第 45 段。

²⁶ 参见欧洲法院判决, 2004 年 3 月 16 日, *AOK Bundesverband*, Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 和 C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, 第 47 至 55 段。

²⁷ 参见欧洲法院判决, 1993 年 2 月 17 日, *Poucet and Pistre*, Joined Cases C-159/91 和 C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, 第 15 至 18 段。

²⁸ 参见欧洲法院判决, 2002 年 1 月 22 日, *Cisal and INAIL*, C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36, 第 40 段。

²⁹ 参见欧洲法院判决, 1993 年 2 月 17 日, *Poucet and Pistre*, Joined Cases C-159/91 和 C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63, 第 14 段; 欧洲法院判决, 2002 年 1 月 22 日, *Cisal and INAIL*, C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36, 第 43 至 48 段; 欧洲法院判决 2004 年 3 月 16 日, *AOK Bundesverband*, Joined Cases C-264/01, C-306/01, C-354/01 和

C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150, 第 51 至 55 段。

³⁰ 参见欧洲法院判决 1995 年 11 月 16 日, *FFSA and Others*, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, 第 19 段。

- a) 会员资格的可选择性；³¹
- b) 资本化原则（应享权利与作贡献和该制度的财物成果有关）；³²
- c) 盈利性质；³³ 和
- d) 提供除基本框架应有权利以外的补充权利。³⁴

22. 有些制度结合了两种类型的特征。在这种情况下，制度的分类取决于对不同要素及其各自重要性的分析。³⁵

2.4. 医疗保健（health care）

23. 在欧盟中，成员国内的医疗保健体系差异很大。不同医疗保健提供者之间是否以及在多大程度上存在竞争取决于这些国家的具体情况。

24. 在一些成员国，公立医院是国家医疗服务体系不可或缺的一部分，并且几乎完全是基于团结原则。³⁶这些医院直接由社会保障金和其他国家资源提供资金，并在普遍覆盖的基础上免费提供服务。³⁷欧盟法院已经确认，如果存在这种安排，相关组织不是经营者。³⁸

25. 如果存在这种安排，即使活动本身可能具有经济属性，但若其开展仅仅是出于提供另一种非经济服务的目的，则该活动不具有经济性质。一个组织出于提供非经济服务的目的购买商品（即使大量购买），也不仅仅因为它是特定市场上的购买者而成为经营者。³⁹

26. 在许多其他成员国，医院和其他医疗保健服务提供者有偿提供他们的服务，无论是直接由患者还是来由他们的保险金支付。⁴⁰在这种体系中，医院之间在提供医疗保健服务方面存在一定程度的竞争。如果属于这种情形，由公立医院提供医疗服务的事实不足以成为将该活动归属于非经济活动的理由。

27. 欧盟法院还阐述说，独立医生和其他私人医护从业者自担风险提供的有偿医

³¹ 参见欧洲法院判决，1999年9月21日，Albany, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, 第80至87段。

³² 参见欧洲法院判决，1995年11月16日，FFSA and Others, C-244/94, ECLI:EU:C:1995:392, 第9和17至20段；欧洲法院判决，1999年9月21日，Albany, C-67/96, ECLI:EU:C:1999:430, 第81至85段；也见，欧洲法院判决，1999年9月21日，Brentjens, Joined Cases C-115/97 to C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, 第81至85段；欧洲法院判决，1999年9月21日，Drijvende Bokken, C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437, 第71至75段；欧洲法院判决，2000年9月12日，Pavlov and Others, Joined Cases C-180/98 to C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, 第114至115段。

³³ 参见欧洲法院判决，1999年9月21日，Brentjens, Joined Cases C-115/97 to C-117/97, ECLI:EU:C:1999:434, 第74至85段。

³⁴ 参见欧洲法院判决，2000年9月12日，Pavlov and Others, Joined Cases C-180/98 to C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, 第67至70段。

³⁵ 参见欧洲法院判决，2009年3月5日，Kattner Stahlbau, C-350/07, ECLI:EU:C:2009:127, 第33段及后。

³⁶ 一个著名的例子是西班牙国家卫生服务体系（见欧洲普通法院判决，2003年3月4日，FENIN, T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50 和欧洲法院判决，2006年7月11日，FENIN, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, 第25至28段。

³⁷ 根据系统的整体特点，仅涵盖服务真实成本一小部分的收费不会影响其作为非经济类别的分类。

³⁸ 参见欧洲法院判决，2003年3月4日，FENIN, T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, 第39段；和欧洲法院判决，2006年7月11日，FENIN, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, 第25至28段。

³⁹ 参见欧洲法院判决，2003年3月4日，FENIN, T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, 第40段。

⁴⁰ 例如，参见欧洲法院判决，2001年7月12日，Geraets-Smits and Others, C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, 第53至58段。

疗服务将被视为一种经济活动。⁴¹相同的原则适用于药剂房。

2.5. 教育与研究活动 (education and research activities)

28. 由国家资助,受国家监督的国家教育系统内的公共教育(public education)可以被视为非经济活动。欧洲法院认为,该国:“通过建立和维持这种公共教育系统,并完全或主要由公共资金而不是由学生或其父母资助[...]不打算牵涉有偿活动,而是面向民众在社会、文化和教育领域开展任务”。⁴²
29. 公共教育的非经济属性原则上不受下述事实的影响,即学生或其父母时而需要支付学费或入学费,这些费用用于支持该体系的运营开支。这种财务贡献通常只能涵盖服务真实费用的一小部分,因此不能视其为所提供服务的报酬。因此,它们不会改变主要由公共资金资助的大众教育服务的非经济属性。⁴³这些原则适用于公共教育服务,包括例如职业培训、⁴⁴私立和公立小学⁴⁵及幼儿园,⁴⁶大学附属教学活动⁴⁷以及大学教育。⁴⁸
30. 这种公共教育服务须与主要由父母或学生或商业收入资助的服务相区分。例如,完全由学生资助的高等教育显然属于后一类。在某些成员国,公共实体也可以提供教育服务,该服务基于他们的性质、财物安排以及存在竞争性私人组织的因素,应被视为经济活动。
31. 根据第 28, 29 和 30 段所述的原则,委员会认为大学和研究机构的某些活动排除在国家援助规则的适用范围之外。这与他们的主要活动有关,即:
 - a) 教育培养更多以及技能更好的人才;
 - b) 开展独立研究和开发以获得更多的知识和更好的认知,包括合作研究和开发;
 - c) 传播研究成果。
32. 委员会认为,如果知识转化活动(许可,衍生品创造(creation of spin-off)或对研究机构或基础研究部门创造的知识的其他形式的管理)由研究机构或基础研究部门(包括他们的部门或子公司)或与其他该类实体共同或代表其实施,并且这些活动的所有收入都将再次用于投资有关研究机构或基础研究

⁴¹ 参见欧洲法院判决,2000年9月12日,Pavlov and Others, Joined Cases C-180/98 to C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, 第75至77段。

⁴² 参见欧洲法院判决,2007年9月11日,Commission v Germany, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495, 第68段。也参见委员会2001年4月25日关于国家援助的决定, N 118/00 Subvention publiques aux clubs sportifs professionnels (OJ C 333 28.11.2001, p. 6)。

⁴³ 参见欧洲自由贸易联盟法院判决,2008年2月21日,Case E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority EFTA Ct. Rep [2008] 第62页, 83段。

⁴⁴ 参见欧洲法院判决,1998年9月27日,Humbel, 263/86, ECLI:EU:C:1988:451, 第18段。

⁴⁵ 参见欧洲法院判决,2007年9月11日,Commission v Germany, C-318/05, ECLI:EU:C:2007:495, 第65至71段;欧洲法院判决2007年9月11日, Schwarz, C-76/05, ECLI:EU:C:2007:492, 第37至47段。

⁴⁶ 参见欧洲自由贸易联盟法院判决,2008年2月21日Case E-5/07 Private Barnehagers Landsforbund v EFTA Surveillance Authority EFTA Ct. Rep [2008] 第62页。

⁴⁷ 参见欧洲法院判决,2007年12月18日, Jundt, C-281/06, ECLI:EU:C:2007:816, 第28至39段。

⁴⁸ 参见欧洲法院判决,1993年12月7日, Wirth, C-109/92, ECLI:EU:C:1993:916, 第14至22段。

部门的主要活动，则该活动是非经济性的。⁴⁹

2.6. 文化和遗产保护，包括自然保护 (Culture and heritage conservation, including nature conservation)

33. 文化是身份、价值观和意义的载体，能反映和塑造欧盟的社群。文化和遗产保护涵盖了多元的目的和众多活动，其中包括博物馆、档案馆、图书馆、艺术和文化中心或空间、剧院、歌剧院、音乐厅、考古遗址、纪念碑、历史遗迹和建筑物、传统习俗和手工艺、节日和展览以及文化和艺术教育活动。欧洲丰富的自然遗产，包括保护生物多样性、栖息地和物种，进一步为欧盟的社群提供了宝贵的益处。
34. 考虑到它们的特殊性质，某些与文化、遗产和自然保护有关的活动可能以非商业的方式组织并因此是非经济性的。公共资助因此不构成国家援助。委员会认为对公众可免费获得的文化或遗产保护活动的公共资助，以实现纯粹的社会和文化目的，是非经济性的。同样，文化机构的参观者或对公众开放的文化或遗产保护活动（包括自然保护在内）的参与者需要支付仅涵盖真实成本的一小部分的费用（货币形式）的事实并不会改变那些活动的非经济属性，因为该费用不能被视为该服务真正的报酬。
35. 相反，如果文化或遗产保护活动（包括自然保护在内）主要由参观者或使用 者付费或经由其他商业方式提供资金（例如，商业展览、电影、商业音乐演出和节日、主要由学费资助的艺术学校）应当认定具有经济属性。类似的，仅使某些经营者而非公众收益的遗产保护或者文化活动（例如，恢复由一家私营公司使用的历史建筑）通常应当认定具有经济属性。
36. 此外，许多文化或遗产保护活动在客观上是不可替代的（例如，公共档案馆持续保有孤本文件），因此排除了真实市场的存在。委员会认为，这类活动也应当认定具有非经济属性。
37. 如果是一个实体在进行文化或遗产保护活动，其中一部分属于第 34 和 36 段所述的非经济活动，另一部分属于经济活动，则它获得的公共资助仅在支付有关经济活动的费用的范围内适用国家援助规则。⁵⁰

3. 国家来源 (state origin)

38. 通过国家资源直接或间接地赋予优势 (advantage) 以及该措施对国家的归 责性，是国家援助存在的两个单独和累积的条件。⁵¹在根据条约第 107 条第

⁴⁹ 参见对研发和创新的 国家援助框架第 19 点 (OJ C 198, 27. 6. 2014, p. 1)。

⁵⁰ 正如第 207 段所阐述的，委员会认为向几乎专供非经济活动使用的基础设施的习惯性便利设施（例如餐馆，商店或付费停车场）提供的公共融资通常不会对成员国之间的贸易产生影响。同样，委员会认为，向在非经济文化和遗产保护活动（例如，博物馆中的商店，酒吧或付费寄存室）中提供的习惯性便利设施提供的公共融资通常不会对会员之间的贸易产生影响。

⁵¹ 例如，参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294,

(1) 款评估一项措施时，该两项条件经常被一并考虑，因为它们都与有关措施的公共来源有关。

3.1. 归责性 (imputability)

39. 在公共主管机关向受益人赋予优势的情况下，即使有关主管机关享有不受其他主管机关限制的法律上的自治权，该措施在定义上仍然可归责于国家。这同样适用于，如果公共主管机关指定私营或公共主体管理一项赋予优势的措施。事实上，欧盟法不允许通过建立负责分配援助的自治机构来规避国家援助规则。⁵²
40. 然而，如果优势是通过公用企业 (public undertaking) 授予的，那么可归责性就不那么明显。⁵³在该种情况下，有必要确定公共主管机构是否以某种方式参与采取了该措施。⁵⁴
41. 由公用企业采取措施这一事实本身不足以构成该措施对国家的可归责性。⁵⁵但是，在特定情况下，也无需证明公共主管机关专门煽动公用企业采取了有关措施。⁵⁶事实上，由于国家与公用企业之间必然存在着紧密的联系，因此确实存在这样的风险，即国家援助可能通过这些经营者以不透明的方式授予并违反条约中关于国家援助的规则。⁵⁷此外，正是由于国家与公用企业之间存在着特殊关系，第三方一般很难证明该经营者所采取的措施实际上在特定情况下是根据公共主管机关的指示作出的。⁵⁸
42. 为此，公用企业采取的措施对国家的归责性可以从案件的情况和所采取的措施的背景信息中得出的一系列指标推断得出。⁵⁹

3.1.1. 归责性的指标

43. 用以确定某项措施是否可归责的指标可以包括：⁶⁰
- a) 在不考虑公共主管机关的要求的情况下，有关主体不能作出有争议的决定；

第 24 段：欧洲综合法院判决，2006 年 4 月 5 日，Deutsche Bahn AG v Commission, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, 第 103 段。

⁵² 参见欧洲普通法院判决，1996 年 12 月 12 日，Air France v Commission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, 第 62 段。

⁵³ 关于公用企业的定义可以参照委员会指令 2006/111/EC, 2006 年 11 月 16 日，关于成员国与公用企业之间财务关系的透明度以及某些经营者的财务透明度 (OJ L 318, 17.11.2006, p. 17)。该指令第 2 (b) 条指出“公用企业”指公共机构可凭借所有权、财务参与或治理规则直接或间接对其实施主导性影响的任何经营者。

⁵⁴ 参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第 52 段。

⁵⁵ 参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294。也参见欧洲普通法院判决，2008 年 6 月 26 日，SIC v Commission, T-442/03, ECLI:EU:T:2008:228, 第 93 至 100 段。

⁵⁶ 此外，在特定情况下，没有必要证明，如果公用企业自主行事其行为会有所不同，参见欧洲普通法院判决，2015 年 6 月 25 日，SACE and Sace BT v Commission, T-305/13, ECLI:EU:T:2015:435, 第 48 段。

⁵⁷ 参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第 53 段。

⁵⁸ 参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第 54 段。

⁵⁹ 参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第 55 段。

⁶⁰ 参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第 55 和 56 段。也参见 2001 年 12 月 13 日雅各布专员的意见，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2001/685, 第 65 至 68 段。

- b) 存在连接公用企业和国家的有机因素；
- c) 获得援助的经营者必须考虑政府机构发布的指示；⁶¹
- d) 将公用企业整合到公共行政的结构中；
- e) 公用企业的活动的性质⁶²以及在与私营经营者竞争的正常情况下的市场行为；
- f) 经营者的法律状态（无论是依据公法还是普通公司法），尽管公用企业是根据普通法以资本公司的形式设立的事实不能视为排除归责性的充分理由，⁶³即使考虑到那个法律形式赋予它的自主权；
- g) 公共主管机关对经营者管理的监督程度；
- h) 考虑措施的范围，内容或其包含的条件，任何其他表明公共主管机关参与采取有关措施或不可能不参与的指标。

3.1.2. 归责性和欧盟法下的义务

- 44. 如果成员国依据欧盟法有义务实施一项措施并且对此没有自由裁量权，那么该项措施不能归责于成员国。在这种情形下，这项措施是源于欧盟立法机关的行为，而不是归责于成员国。⁶⁴
- 45. 不同的情形是，如果欧盟法允许采取某些国家措施，但是成员国享有裁量权：决定（i）是否采取有关措施，或（ii）从国家援助的角度确定具体措施的特点。⁶⁵
- 46. 根据条约第 107 条第（1）款，若干成员国共同采取的措施归责于所有有关成员国。⁶⁶

3.2. 国家资源（state resource）

3.2.1. 一般原则

- 47. 只有凭借国家资源直接或间接授予的优势才能构成条约第 107 条第（1）款项下的国家援助。⁶⁷

⁶¹ 参见欧洲法院判决，2014 年 10 月 23 日，Commerz Nederland, C-242/13, ECLI:EU:C:2014:2224, 第 35 段。

⁶² 例如，公共发展银行采取追求公共政策的措施（参见欧洲综合法院判决，2013 年 2 月 27 日，Nitrogenmuvék Vegyipari, Zrt. v Commission, T-387/11, ECLI:EU:T:2013:98, 第 63 段）或私营机构或公共养老基金采取措施（参见欧洲综合法院判决，2016 年 1 月 28 日，Slovenia v Commission (‘ELAN’), T-507/12, ECLI:EU:T:2016:35, 第 86 段。

⁶³ 参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第 57 段。

⁶⁴ 参见欧洲法院判决，2009 年 4 月 23 日，Puffer, C-460/07, ECLI:EU:C:2009:254, 第 70 段，根据欧盟制定的增值税制度进行税收减免的权利，和欧洲普通法院判决，2006 年 4 月 5 日，Deutsche Bahn AG v Commission, T-351/02, ECLI:EU:T:2006:104, 第 102 段，关于联盟法规定的免税措施。

⁶⁵ 参见欧洲法院判决，2013 年 12 月 10 日，Commission v Ireland and Others, C-272/12 P, ECLI:EU:C:2013:812, 第 45 至 53 段，关于理事会决议授权成员国引入特定税收豁免（制度）。该判决还阐述说，根据委员会的提议，通过了一项关于统一立法领域的理事会决定这一事实并不重要，因为国家援助是一个客观的概念。

⁶⁶ 委员会决定，2010/606/EU, 2010 年 2 月 26 日，关于国家援助 C 9/2009 (ex NN 45/08, NN 49/08 and NN 50/08)，由比利时、法国和卢森堡为 Dexia SA 实施 (OJ L 274, 19.10.2010, p. 54)。

⁶⁷ 参见欧洲法院判决，1978 年 1 月 24 日，Van Tiggele, 82/77, ECLI:EU:C:1978:10, 第 25 和 26 段；欧洲法院判决，1996 年 12 月 12 日，Air France v Commission, T-358/94 ECLI:EU:T:1996:194, 第 63 段。

48. 国家资源包括公共部门的所有资源，⁶⁸包括国家内部实体的资源（分权型，联邦的，区域的或其他）⁶⁹以及，在某些情况下，私营机构的资源（见第 57 和 58 段）。公共部门内的机构是否自治与此判断并不相关。⁷⁰成员国中央银行向特定信贷机构提供的资金通常属于国家资源的转移。⁷¹
49. 公用企业的资源也构成条约第 107 条第（1）款项下的国家资源，因为国家有能力指导使用这些资源。⁷²就国家援助法的目的而言，公共组织内的资源转移也可能构成国家援助，如果例如资源从母公司转移到其子公司（即使它们从经济角度构成单一经济体）。⁷³第 3.1 节讨论了这种资源转让是否归责国家的问题。公用企业是援助措施受益人也并不意味着它不会通过另一项不同的援助措施向另一个受益人提供援助。⁷⁴
50. 赋予优势的措施不是直接由国家资助，而是由国家设立或任命的管理援助的公共或私营机构资助，并不一定意味着该措施不是由国家资源资助的。⁷⁵一项由公共主管机关采取的惠及某些经营者或商品的措施不会因此丧失其无偿优势的属性，即使它全部或部分的资金是来源于公共主管机关施加并向有关经营者征收的款项。⁷⁶
51. 国家资源的转移可能有多种方式，如直接赠款、贷款、担保、对公司资本的直接投资和实物利益。一项确定而具体的承诺，承诺在稍后的时间可以使用国家资源也被视为国家资源的转移。不一定需要发生积极的资金转移；前述的国家收入就足够。放弃本来会支付给国家的收入，构成国家资源的转移。⁷⁷例如，由于成员国豁免或减免税收或社会保障金而导致的税收和社会保障收入的“不足”，或豁免支付罚款或其他罚金的义务，满足条约第 107 条第（1）款下关于国家资源的要求。⁷⁸对于条约 107 条第（1）款的目的而言，通过担保或合同要约的方式，未来会给国家产生额外负担的具体风险就已经

⁶⁸参见欧洲普通法院判决，1996 年 12 月 12 日，*Air France v Commission*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, 第 56 段。

⁶⁹参见欧洲法院判决 1987 年 10 月 14 日，*Germany v Commission*, 248/84, ECLI:EU:C:1987:437, 第 17 段；欧洲法院判决，2002 年 3 月 6 日，*Territorio Histórico de Álava and Others v Commission*, Joined Cases T-92/00 and 103/00, ECLI:EU:T:2002:61, 第 57 段。

⁷⁰参见欧洲普通法院判决，1996 年 12 月 12 日，*Air France v Commission*, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, 第 58 至 62 段。

⁷¹参见委员会自 2013 年 8 月 1 日起关于适用国家援助规则于有利于银行的措施（在金融危机背景下）的通讯（“银行业通讯”）（OJ C 216, 30. 7. 2013, p. 1），尤其是第 62 点。委员会阐述，如果中央银行应对银行危机采取一般性的向市场上所有可比的市场参与者开放的措施（例如以同等条件向整个市场借款），而不是采取有利于个别银行的选择性的措施，该一般性措施通常排除在国家援助控制之外。

⁷²参见欧洲法院判决，2002 年 5 月 16 日，*France v Commission (Stardust)*, C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第 38 段。也参见欧洲法院判决 2004 年 4 月 29 日，*Greece v Commission*, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, 第 53 至 54 段，和欧洲法院判决，2003 年 5 月 8 日，*Italy and SIM 2 Multimedia SpA v Commission*, Joined Cases C-328/99 and C-399/00, ECLI:EU:C:2003:252, 第 33 和 34 段。

⁷³参见欧洲法院判决，1996 年 7 月 11 日，*SFEI and Others*, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, 第 62 段。

⁷⁴参见欧洲法院判决，2011 年 3 月 24 日，*Freistaat Sachsen and Land Sachsen-Anhalt and Others v Commission*, Joined Cases T-443/08 and T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, 第 143 段。

⁷⁵参见欧洲法院判决，1997 年 3 月 22 日，*Steinike & Weinlig*, 78/76, ECLI:EU:C:1977:52, 第 21 段。

⁷⁶参见欧洲法院判决，1997 年 3 月 22 日，*Steinike & Weinlig*, 78/76, ECLI:EU:C:1977:52, 第 22 段。

⁷⁷参见欧洲法院判决，2000 年 3 月 16 日，*France v Ladbroke Racing Ltd and Commission*, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, 第 48 至 51 段。

⁷⁸参见欧洲法院判决，1994 年 3 月 15 日，*Banco Exterior de España*, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, 第 14 段关于税收豁免。此外，减损普通破产规则的适用，允许经营者在根据普通破产规则不能进行交易的情形中继续进行交易，可能会使国家背负额外的负担，如果公共机构是这些经营者的主要债权人之一，或这种行为在事实上放弃了公共债务。参见，欧洲法院判决，1999 年 6 月 17 日，*Piaggio*, C-295/97, ECLI:EU:C:1999:313, 第 40 至 43 条和欧洲法院判决，1998 年 12 月 1 日，*Ecotrade*, C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, 第 45 段。

足够了。⁷⁹

52. 如果公共主管机关或公用企业以低于市场价格的价格提供商品或服务，或如第 73 段所述，以不符合市场经济运营商测试（the market economy operator test）的方式投资一家经营者，这意味着上述国家资源（以及赋予优势）。
53. 给予公共领域或自然资源的准入权⁸⁰，或以不与市场价格相符的报酬授予特殊或专有权利，可构成上述国家收入（以及赋予优势）。⁸¹
54. 在这些情况下，需要确定国家除了担任有关公共资产管理者的角色之外，是否作为一个监管者，通过使有关经营者的选择过程符合定性标准（事先以透明和非歧视的方式确定）来追求政策目标。⁸²当国家作为监管者时，它可以合理决定不追求通过其他方式可以实现的最大收入，从而不落入国家援助规则的范畴，如果其依据不歧视原则对待所有相关的经营者，并且在达到监管目的和前述的收入之间存在内在的联系。⁸³
55. 无论如何，如果在一个特定情况下，公共主管机关没有按照其一般制度下的正常数额收取进入公有或自然资源的费用，或者授予某些特殊或专有权利，就存在国家资源转移。
56. 监管措施对国家收入产生负面的间接影响并不构成国家资源的转移，如果这是该项措施的固有特征。⁸⁴例如，减损就业法规定，改变经营者与雇员之间合同关系的框架并不构成国家资源的转移，尽管它可能减少社会保障金或对国家的应纳税款。⁸⁵同样，为某些商品设定最低价格的国家管理规定并不必然产生国家资源的转移。⁸⁶

⁷⁹ 参见欧洲法院判，1998 年 12 月 1 日，Ecotrade, C-200/97, ECLI:EU:C:1998:579, 第 41 段和欧洲法院判决，2013 年 3 月 19 日，Bouygues and Bouygues Télécom v Commission and Others, Joined Cases C-399/10 P and C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, 第 137、138 和 139 段。

⁸⁰ 欧盟委员会指令 2006/111/EC 第 2 (f) 和 (g) 条，2006 年 11 月 16 日，关于成员国与公用企业之间财务关系的透明度和某些经营者的财务透明度 (OJ L 318, 17.11.2006, p. 17)。

⁸¹ 参见委员会通讯，关于欧盟国家援助规则适用于补偿提供具有普遍经济利益的服务的行为 (OJ C 8, 11.1.2012, p. 4), 第 33 段。

⁸² 参见欧洲普通法院判决，2007 年 7 月 4 日，Bouygues SA v Commission, T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, 欧盟普通法院提示，在允许进入稀缺公共资源时，例如无线电频谱，国家主管部门同时履行了电信监管者和此类公共资源的管理者的职责，第 104 段。

⁸³ 参见委员会 2004 年 7 月 20 日关于国家援助的决定，NN 42/2004 — France — Modification of payments due from Orange and SFR for UMTS licences (OJ C 275, 8.11.2005, p 3), 序言第 28、29 和 30 段，欧盟法院维持（欧洲普通法院，2007 年 7 月 4 日，Bouygues SA v Commission, T-475/04, ECLI:EU:T:2007:196, 第 108 至 111 和 123 条，和欧洲法院判决，2009 年 4 月 2 日，Bouygues and Bouygues Télécom v Commission, C-431/07 P, ECLI:EU:C:2009:223, 第 94 至 98 和 125 条）。在这个案例中，关于授予 UMTS 无线电频谱许可证，国家主管部门同时履行了电信监管者和此类公共资源的管理者的职责并且追求欧洲议会指令 97/13/EC 和 1997 年 4 月 10 日理事会关于电信业务领域一般性授权和个人许可的共同框架中规定的监管目标 (OJ L 117, 7.5.1997, p. 15)。在该情形中，欧盟法院确认，在没有最大限度实现本来可以实现的收入的情况下颁发许可证并不涉及提供国家援助，如果有关措施的正当性符合指令 97/13/EC 中规定的监管目标，并遵循不歧视原则。相反，在 2011 年 9 月 8 日的欧洲法院判决中，Commission v Netherlands, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, 第 88 段及后。法院没有明确指出，在不考虑可自由交易的排放权的情况下，可使授予行为正当性的监管理由。也参见欧洲法院判决，2015 年 1 月 14 日，Eventech v The Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, 第 46 段及后。

⁸⁴ 参见欧洲法院判决，2001 年 3 月 13 日，PreussenElektra, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, 第 62 段。

⁸⁵ 参见欧洲法院判决，1993 年 3 月 17 日，Sloman Neptun Schiffahrts, Joined Cases C-72/91 and C-73/91, ECLI:EU:C:1993:97, 第 20 和 21 段。也参见欧洲法院判，1998 年 5 月 7 日，Viscido et al., Joined Cases C-52/97, C-53/97 and C-54/97, ECLI:EU:C:1998:209, 第 13 和 14 段，以及欧洲法院判决，1993 年 11 月 30 日，Kirsammer-Hack, C-189/91, ECLI:EU:C:1993:907, 第 17 和 18 段，不适用某些劳动法的规定并不构成国家资源的转移。

⁸⁶ 欧洲法院判决，1978 年 1 月 24 日，Van Tiggele, 82/77, ECLI:EU:C:1978:10, 第 25 和 26 段。

3.2.2. 对资源的控制性影响

57. 资源的来源并不重要，只要在直接或间接转移给受益人之前，该资源在公共控制之下并因此可为国家主管机关所有，⁸⁷即使该资源没有成为公共主管机关的财产。⁸⁸
58. 因此，即使不由公共主管机关管理，通过根据公共法律应由国家征收和管理的准捐税或其他应缴费用方式进行的补贴，构成公共资源的转移。⁸⁹此外，因为重要的不是资源的来源，而是公共主管机关在措施定义范围内的干预程度和其资助的方式，因此补贴部分是来自自愿的私人缴费的事实不足以排除国家资源的存在。⁹⁰只有在非常特殊的情况下才能排除国家资源的转移，显著的例子是如果贸易协会成员的资源专门用于资助为了成员利益的特定用途，（资助）由私营组织决定，并具有纯粹的商业目的，且成员国仅仅是作为一个工具，以便强制贸易组织作出的捐赠⁹¹
59. 如果资源由几个成员国联合支配，该成员国共同决定对这些资源的使用，也会存在国家资源的转移。⁹²例如，欧洲稳定机制（European Stability Mechanism）的基金就是这种情况。
60. 来自欧盟（例如结构基金（structural funds）），欧洲投资银行（European Investment Bank）或欧洲投资基金（the European Investment Fund）或国际金融机构（如国际货币基金组织或欧洲复兴开发银行）的资源可以被视为国家资源，如果国家主管机关对使用这些资源（特别是选择受益人）有自由裁量权。⁹³相反，如果这些资源是由欧盟，欧洲投资银行或欧洲投资基金直接授予的，国家主管机关没有自由裁量权，则它们不构成国家资源（例如根据“地平线 2020 计划”（Horizon 2020），欧盟企业和中小企业竞争力计划（COSME）或跨欧洲运输网络基金（TEN-T）直接管理中获得的资金）。

⁸⁷ 例如，欧洲法院判决，2008 年 7 月 17 日，Essent Netwerk Noord, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413, 第 70 段；欧洲法院判决，2000 年 5 月 16 日，France v Ladbroke Racing Ltd and Commission, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, 第 50 段。

⁸⁸ 参见欧洲普通法院判决，1996 年 12 月 12 日，Air France v Commission, T-358/94, ECLI:EU:T:1996:194, 第 65、66 和 67 段，关于一项由 Caisse des Dépôts et Consignations 提供的，由可以随时撤回的公民的自愿存款融资的援助。这并不影响这些资金属于国家资源的结论，因为 Caisse 能够在存取款的余额中使用它们，就像它们是可以永久性的任意支配一样。参见欧洲法院判决，2000 年 5 月 16 日，France v Ladbroke Racing Ltd and Commission, C-83/98 P, ECLI:EU:C:2000:248, 第 50 段。

⁸⁹ 参见欧洲法院判决，1974 年 7 月 2 日，Italy v Commission, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, 第 16 段；欧洲法院判决，1992 年 3 月 11 日，Compagnie Commerciale de l'Ouest, Joined Cases C-78/90 to C-83/90, ECLI:EU:C:1992:118, 第 35 段；欧洲法院判决，2008 年 7 月 17 日，Essent Netwerk Noord, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413, 第 58 至 74 段。

⁹⁰ 参见欧洲法院判决，2012 年 9 月 27 日，France et al. v Commission, Joined Cases T-139/09, T-243/09 and T-328/09, ECLI:EU:T:2012:496, 第 63 和 64 段。

⁹¹ 参见欧洲法院判决，2004 年 7 月 15 日，Pearle, C-345/02, ECLI:EU:C:2004:448, 第 41 段以及欧洲法院判决，2013 年 5 月 30 日，Doux é levages SNC et al, C-677/11, ECLI:EU:C:2013:348。

⁹² 委员会决定，2010/606/EU, 2010 年 2 月 26 日，关于国家援助，C 9/2009 (ex NN 45/08, NN 49/08 and NN 50/08) 由比利时、法国和卢森堡为 Dexia SA 实施 (OJ L 274, 19.10.2010, p. 54)。

⁹³ 参见，例如，关于结构性基金，委员会 2006 年 11 月 22 日关于国家援助的决定，N 157/06, 英国南约克郡数字区域宽带项目，序言第 21 和 29 段，关于部分由欧洲区域发展基金（ERDF）资助的一项措施 (OJ C 80, 13.4.2007, p. 2)。关于为农产品的生产和贸易提供资金，国家援助规则的适用范围受条约第 42 条的限制。

3.2.3. 国家参与私营实体之间的再分配

61. 没有国家进一步的参与，使财务在一个私营实体和另一个私营实体之间发生再次分配的规定原则上不构成国家资源的转移，如果资金是直接从一个私营实体流向另一个实体而不经由公共主体或由国家指定的私营主体来管理该转移。⁹⁴
62. 例如，一个成员国施加给私营电力供应商的义务，要求其以固定的最低价格购买可再生能源电力，并不必然构成将国家资源直接或间接转移给生产这种电力的经营者。⁹⁵在这种情况下，相关经营者（即私营电力供应商）没有经由国家任命来管理援助计划，而仅仅是受其义务约束，用自己的财务资源购买特定类型电力。
63. 但是，如果私人支付的费用是通过指定的公共或私营实体转运给受益人，则存在国家资源的转移。
64. 例如，属于这种情形的包括，即使法律指定一个私营实体代表国家收取这些费用并将其转给受益人但不允许将这些费用用于法律规定以外的目的。在这种情况下，有关款项仍然处于公共控制之下并因此可为国家机构所用，这是将其视为国家资源的充分理由。⁹⁶由于这一原则同时适用于被指定收取费用和处理付款的公共实体和私营实体，因此将中介机构由公主体变为私主体对国家资源标准的适用没有差别，只要国家继续严格监督该实体。⁹⁷
65. 此外，由于买家有义务以高于产品的市场价向某些供应商购买产品，从而使经营者所承担的额外成本可以被全额抵销，一项由所有终端消费者资助的机制也可以构成凭借国家资源进行的干预（intervention），即使这种机制部分是基于私营实体之间直接的资源转移。⁹⁸

4. 优势（advantage）

4.1. 优势的一般概念

66. 条约第 107 条第（1）款意义下的优势是指经营者在正常市场条件下，也就是说在没有国家干预的情况下，无法获得的任何经济利益。⁹⁹本通讯

⁹⁴ 参见欧洲法院判决，1978 年 1 月 24 日，Van Tiggele, 82/77, ECLI:EU:C:1978:10, 第 25 和 26 段。

⁹⁵ 参见欧洲法院判决，2001 年 3 月 13 日，PreussenElektra, C-379/98, ECLI:EU:C:2001:160, 第 59 至 62 段。法院认为，对私营经营者施加购买义务并不构成对国家资源直接或间接地转移，并且该资格不会因为承担该义务的经营者收入降低，从而可能导致税收收入的减少而改变，因为这构成了该措施的一个固有特征。也参见欧洲法院判决，2009 年 3 月 5 日，UTECA, C-222/07 ECLI:EU:C:2009:124, 第 43 至 47 段，给广播公司施加一项强制性缴费义务，以支持电影制作，不涉及国家资源转移。

⁹⁶ 参见欧洲法院判决，2008 年 7 月 17 日，Essent Netwerk Noord, C-206/06, ECLI:EU:C:2008:413, 第 69 至 75 段。

⁹⁷ 委员会决定，2011/528/EU, 关于国家援助，C-24/09 (ex NN 446/08) — Austria — Green Electricity Act (OJ L 235, 10.9.2011, p. 42), 序言第 76 段。

⁹⁸ 参见欧洲法院判决，2013 年 12 月 19 日，Vent de Colère and Others, C-262/12, ECLI:EU:C:2013:851, 第 25 和 26 段。

⁹⁹ 参见欧洲法院判决，1996 年 7 月 11 日，SFEI and Others, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, 第 60 段；欧洲法院判决，

(Communication) 第 4.2 节详细阐明了一个利益是否能被认为是可以在正常市场条件下获得的。

67. 只要措施对经营者产生的效果是相关的，而无论该国家干预的原因或目标为何。¹⁰⁰无论何时，只要经营者的财务状况由于不同于正常市场条件的国家干预¹⁰¹而得到改善，优势就存在。为了对此进行评估，应该比较经营者在该措施没有被采取的情况下和在措施采取之后的财务状况。¹⁰²因为只有措施对经营者的效果是重要的，因此，是否该优势对于经营者具有强制性，以至其无法避免和拒绝并不重要。¹⁰³
68. 该措施确切的形式对确定其是否给经营者带来经济优势也是无关紧要的。¹⁰⁴不仅积极的经济优势与国家援助有关，减轻经济负担¹⁰⁵也可以构成一项优势。后者的范畴广泛，包括任何减轻经营者预算中通常包含的费用的措施。¹⁰⁶这涵盖了免除经济运营商经济活动固有成本的所有情形。¹⁰⁷例如，如果一个成员国为特定经营者支付了部分的雇员费用，它免除了该经营者在其经济活动中固有的成本。如果公共机构向特定经营者的员工支付工资补贴，即使该经营者没有法定义务支付这种补贴，也存在一项优势。¹⁰⁸它也涵盖这样的情形，即一些运营商不必承担其他可比运营商通常在特定法律命令下所负担的成本，无论与这些成本相关的活动是否属于非经济性的。¹⁰⁹
69. 承担国家¹¹⁰强制性的监管义务所产生的成本原则上属于经济活动的固有成本，因此，对这类成本的任何补偿可以赋予经营者优势。¹¹¹这也意味着，即使经营者的收益没有超出对成本（该由监管义务产生）的补偿，原则上也不会因此就否认优势的存在。这同样也适用于减免成本的情形，在这种情形下，如果没有该项国家措施的激励，经营者就不会产生该项成本，因为如果没有这

1999 年 4 月 29 日, Spain v Commission, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, 第 41 段。

¹⁰⁰参见欧洲法院判决, 1974 年 7 月 2 日, Italy v Commission, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, 第 13 段。

¹⁰¹“国家干预”不仅指代积极的国家行为, 也包括在某些情形中国家不采取措施的事实, 例如执行债务。参见, 欧洲法院判决, 2000 年 10 月 12 日, Magefesa, C-480/98, ECLI:EU:C:2000:559, 第 19 和 20 段。

¹⁰²参见欧洲法院判决, 1974 年 7 月 2 日, Italy v Commission, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, 第 13 段。

¹⁰³委员会决定, 2004/339/EC, 2003 年 10 月 15 日, 关于由意大利为 RAI SpA 实施的措施 (OJ L 119, 23.4.2004, p. 1), 序言第 60 段; Advocate General Fennelly 的意见, 1998 年 11 月 26 日, France v Commission, C-251/97, ECLI:EU:C:1998:572, 第 26 段。

¹⁰⁴参见欧洲法院判决, 2003 年 7 月 24 日, Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, 第 84 段。

¹⁰⁵例如, 税收优惠或减少社会保障金。

¹⁰⁶参见欧洲法院判决, 1994 年 3 月 15 日, Banco Exterior de España, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, 第 13 段; 欧洲法院判决, 2000 年 9 月 19 日, Germany v Commission, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467, 第 25 段; 欧洲法院判决, 1999 年 5 月 19 日, Italy v Commission, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251, 第 15 段; 欧洲法院判决, 2005 年 3 月 3 日, Heiser, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, 第 36 段。

¹⁰⁷参见欧洲法院判决, 2003 年 11 月 20 日, GEMO SA, C-126/01, ECLI:EU:C:2003:622, 第 28 至 31 段, 关于免费收集和处埋废物。

¹⁰⁸参见欧洲法院判决, 1996 年 9 月 26 日, France v Commission, C-241/94, ECLI:EU:C:1996:353, 第 40 段; 欧洲法院判决, 2002 年 12 月 12 日, Belgium v Commission, C-5/01, ECLI:EU:C:2002:754, 第 38 和 39 段; 欧洲普通法院, 2012 年 9 月 11 日, Corsica Ferries France SAS v Commission, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, 第 137 和 138 段, 上诉维持, 参见欧洲法院判决, 2014 年 9 月 4 日, SNCM and France v Commission, Joined Cases C-533/12 P and C-536/12P, ECLI:EU:C:2014:2142。

¹⁰⁹参见《对机场和航空公司的国家援助的指南》S (OJ C 99, 4.4.2014, p. 3), 序言第 37 段。

¹¹⁰在农业部门, 监管义务的事例如要求农业生产者进行兽医或食品安全检查和测试。相反, 由公共机构实施并资助的, 以及未经法律规定由农业生产者实施并资助的检查和测试不视为经营者的监管义务。参见委员会 2015 年 9 月 18 日关于国家援助的决定 SA. 35484, 根据《牛奶和脂肪法》进行牛奶质量测试, 以及 2016 年 4 月 4 日关于国家援助的决定 SA. 35484, 根据《牛奶和脂肪法》开展的一般性卫生保健控制活动。

¹¹¹参见欧洲普通法院, 2015 年 3 月 25 日, Belgium v Commission, T-538/11, ECLI:EU:T:2015:188, 第 74 至 78 段。

种激励，经营者会以不同于现在的方式安排它的经济活动。¹¹²同样，如果一项措施补偿的是与该措施无关的其他性质的费用，也不能排除优势的存在。

113

70. 对于补偿提供普遍经济利益服务（service of general economic interest）所产生的费用，法院在 Altmark 判决中明确指出，如果满足了下述四项累积条件，则排除存在优势的赋予。¹¹⁴首先，该经营者（接收方）必须实际上有履行公共服务的义务，并且该义务必须是明确的。其次，补偿的计算参数必须事先以客观和透明的方式确定。第三，在考虑相关收入和合理利润后，补偿不能超过履行公共服务义务所必要的全部或部分成本。第四，如果履行公共服务义务的经营者不是依据公共采购程序选出的能够以最低的成本为社区提供这些服务的投标人，那么，所需的补偿应当基于对成本的分析而决定，该成本是一个典型的，运行良好并且有充足的手段满足公共服务的要求的经营者在履行这些义务时会产生成本，同时也考虑与履行这些义务相关的收入和合理的利润。委员会在《对提供普遍经济利益服务进行补偿的行为适用欧盟国家援助规则的通告》¹¹⁵（译者注：该文件译本参见韩伟主编《美欧反垄断新规选编》，法律出版社 2016 年版）中进一步阐述了对这些条件的理解。
71. 偿还非法征税不构成优势，¹¹⁶国家机构有义务赔偿其对某些经营者¹¹⁷造成的损失或支付征用补偿。¹¹⁸
72. 具有竞争关系的经营者在其他成员国处于更有利的地位，并不排除优势的存在，¹¹⁹因为优势的概念是基于对经营者财务状况的分析，该分析基于经营者自身的法律和事实背景，对比存在和不存在特定措施的情况。

¹¹²例如，一家公司获得补贴在一个协助区域开展投资，不能认为这不会降低通常包含在经营者预算中的成本，因为在没有补贴的情况下，经营者不会开展该项投资。

¹¹³参见欧洲法院判决，2011 年 12 月 8 日，France Télécom SA v Commission, C-81/10 P, ECLI:EU:C:2011:811, 第 43 至 50 段。这逻辑上也适用于减免经营者以雇员身份取代行政人员所产生的成本，从而授予了相关经营者优势（根据欧洲普通法院 2004 年 3 月 16 日的判决，此前存在一些不确定性），Danske Busvognmænd v Commission, T-157/01, ECLI:EU:T:2004:76, 第 57 段。关于对搁浅成本的赔偿，也参见欧洲普通法院判决，2009 年 2 月 11 日，Iride SpA and Iride Energia SpA v Commission, T-25/07, ECLI:EU:T:2009:33, 第 46 至 56 段。

¹¹⁴参见欧洲法院判决，2003 年 7 月 24 日，Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, 第 87 至 95 段。

¹¹⁵ OJ C 8, 11. 1. 2012, p. 4.

¹¹⁶ 参见欧洲法院判决，1980 年 3 月 27 日，Amministrazione delle finanze dello Stato, 61/79, ECLI:EU:C:1980:100, 第 29 至 32 段。

¹¹⁷参见欧洲法院判决，1988 年 9 月 27 日，Asteris AE and Others v Greece, Joined Cases 106 to 120/87, ECLI:EU:C:1988:457, 第 23 和 24 段。

¹¹⁸参见欧洲普通法院判决，2010 年 7 月 1 日，Nuova Terni Industrie Chimiche SpA v Commission, T-64/08, ECLI:EU:T:2010:270, 第 59 至 63 和 140 至 141 段，虽然支付征用补偿并不会授予优惠，但事后延长该补偿可以构成国家援助。

¹¹⁹参见欧洲法院判决，1974 年 7 月 2 日，Italy v Commission, 173/73, ECLI:EU:C:1974:71, 第 17 段。也参见欧洲普通法院判决，2000 年 9 月 29 日，Confederación Española de Transporte de Mercancías v Commission, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, 第 85 段。

4.2. 市场经济运营商测试 (The market economy operator (MEO) test)

4.2.1. 介绍

73. 欧盟法在财产所有权制度¹²⁰方面是中立的，并且不以任何方式损害成员国作为经济运营者的权利。但是，如果公共机构直接或间接以任何形式进行经济交易时，¹²¹它们受欧盟国家援助规则的约束。
74. 如果公共主体（包括公用企业）依照正常市场条件进行的经济交易，没有赋予交易相对方优势就不构成援助。¹²²该原则针对不同的经济交易有所不同。欧盟法院发展了“市场经济投资者原则”（market economy investor principle）用于识别公共投资案例（特别是注资）中是否存在国家援助：为了确定一个公共主体的投资是否构成国家援助，必须要评估，在类似的情形下，一个可比规模的私人投资者在正常市场经济条件下是否会作出该投资行为。¹²³类似的，欧盟法院也发展了“私人债权人测试”（private creditor test）用以审查公共债权人的债务重新谈判是否涉及国家援助，该测试对公共债权人和假设的私人债权人在发现自己处于类似的情形中会作出的行为进行对比。¹²⁴最后，欧盟法院发展了“私营供应商测试”（private vendor test），以评估公共主体的销售行为是否涉及国家援助，该测试考虑私营供应商在正常市场条件下是否可以获得相同或更好的价格。¹²⁵
75. 这些测试是一个相同的基本概念的不同变体，即将公共主体的行为与在正常市场条件下类似的私人经济运营商的行为相比较，以确定这些机构开展的经济交易是否为其相对人提供了优势。因此，在本通讯中，委员会用“市场经济运营商测试”（MEO）泛指所有相关的评估方法，用以评估公共机构开展的一系列经济交易是否是在正常市场条件下进行的，以及它们是否为相对人提供了优势（在正常市场条件下不会发生）。适用MEO测试的一般性原则和相关标准规定在4.2.2和4.2.3中。

¹²⁰ 条约第 345 条规定：“条约不以任何方式损害成员国关于财产所有权制的规定”。

¹²¹ 参见，欧洲法院判决，1986 年 7 月 10 日，Belgium v Commission, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, 第 12 段。

¹²² 参见欧洲法院判决，1996 年 7 月 11 日，SFEI and Others, C-39/94, ECLI:EU:C:1996:285, 第 60 至 61 段。

¹²³ 参见欧洲法院判决，1990 年 3 月 21 日，Belgium v Commission (‘Tubemeuse’), C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, 第 29 段；欧洲法院判决，1991 年 3 月 21 日，Italy v Commission (‘ALFA Romeo’), C-305/89, ECLI:EU:C:1991:142, 第 18 和 19 段；欧洲综合法院判决，1998 年 4 月 30 日，Cityflyer Express v Commission, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, 第 51 段；欧洲普通法院判决，1999 年 1 月 21 日，Neue Maxhütte Stahlwerke and Lech-Stahlwerke v Commission, Joined Cases T-129/95, T-2/96 and T-97/96, ECLI:EU:T:1999:7, 第 104 段；欧洲普通法院判决，2003 年 3 月 6 日，Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen v Commission, Joined Cases T-228/99 and T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57。

¹²⁴ 参见欧洲法院判决，2007 年 11 月 22 日，Spain v Commission, C-525/04 P, ECLI:EU:C:2007:698；欧洲法院判决，2013 年 1 月 24 日，Frucona v Commission, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32，欧洲法院判决，1999 年 6 月 29 日，DMTransport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332。

¹²⁵ 参见欧洲普通法院判决，2012 年 2 月 28 日，Land Burgenland and Austria v Commission, Joined Cases T-268/08 and T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90。

4.2.2. 一般原则

76. MEO测试的目的是评估国家是否以非市场经济运营商的行为方式，在特定交易中赋予了经营者优势。对此，（国家的）干预行为是否是公共机构追求公共政策（例如就业）的合理手段并不重要。类似的，受益人其本身的盈利性或非营利性也不是确定有关经济交易是否符合市场条件的决定性指标。决定性的因素是公共主体是否以市场经济运营商在类似情境下可能的行为方式进行活动。如果公共主体没有按照上述方式活动，那么受益经营者就获得了在正常市场条件下无法获得的经济优势，¹²⁶并使其处于相对于竞争对手更有利的位置上。¹²⁷
77. 为了MEO测试的目的，只需要考虑与国家作为经济运营商（不考虑与其作为公共权力机关相关的因素）相关的利益和义务。¹²⁸事实上，国家作为公共权力机关而非经济运营者时，MEO测试通常不适用。例如，如果国家干预是出于公共政策的原因（例如，出于社会或地区发展的原因）而发生的，尽管其从公共政策角度看是合理的，但同时也可能包括市场经济运营商通常不会考虑的因素。相应地，MEO测试不应考虑仅与成员国作为公共权力机关（例如社会、区域或部门政策考虑）相关的所有考量因素。¹²⁹
78. 国家干预是否符合市场条件须进行一个以事前为基础的审查，审查时考虑在作出该干预决定时可用的信息。¹³⁰事实上，任何审慎的市场经济运营商通常都会事前对项目的战略和财务前景进行评估，¹³¹例如通过商业计划。不能仅依赖事后的经济评估，回顾发现成员国作出的相关投资实际上是有利可图的，

¹²⁶参见欧洲普通法院判决，2003年3月6日，Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen v Commission, Joined Cases T-228/99 and T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, 第208段。

¹²⁷参见欧洲法院判决，2012年6月5日，Commission v EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第90段；欧洲法院判决，1994年3月15日，Banco Exterior de España, C-387/92, ECLI:EU:C:1994:100, 第14段；欧洲法院判决，1999年5月19日，Italy v Commission, C-6/97, ECLI:EU:C:1999:251, 第16段。

¹²⁸参见欧洲法院判决，2012年6月5日，Commission v EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第79至81段；欧洲法院判决，1986年7月10日，Belgium v Commission, 234/84, ECLI:EU:C:1986:302, 第14段；欧洲法院判决，1986年7月10日，Belgium v Commission, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, 第13段；欧洲法院判决，1994年9月14日，Spain v Commission, Joined Cases C-278/92 to C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, 第22段；欧洲法院判决，2003年1月28日，Germany v Commission, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, 第134段。

¹²⁹参见欧洲法院判决，2012年6月5日，Commission v EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第79, 80和81段；欧洲法院判决，1986年7月10日，Belgium v Commission, 234/84, ECLI:EU:C:1986:302, 第14段；欧洲法院判决，1986年7月10日，Belgium v Commission, 40/85, ECLI:EU:C:1986:305, 第13段；欧洲法院判决，1994年9月14日，Spain v Commission, Joined Cases C-278/92 to C-280/92, ECLI:EU:C:1994:325, 第22段；欧洲法院判决，2003年1月28日，Germany v Commission, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, 第134段；欧洲普通法院判决，2003年3月6日，Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen v Commission, Joined Cases T-228/99 and T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, 欧洲法院判决，2008年9月24日，Kahla Thüringen Porzellan v Commission, T-20/03, ECLI:EU:T:2008:395；欧洲普通法院判决，2002年10月17日，欧洲综合法院判决，2002年10月17日，Linde v Commission, T-98/00, ECLI:EU:T:2002:248。

¹³⁰参见欧洲法院判决，2012年6月5日，Commission v EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第83、84、85和105段；欧洲法院判决，2002年5月16日，France v Commission (Stardust), C-482/99, ECLI:EU:C:2002:294, 第71和72段；欧洲法院判决，1998年4月30日，Cityflyer Express v Commission, T-16/96, ECLI:EU:T:1998:78, 第76段。

¹³¹参见欧洲法院判决，2012年6月5日，Commission v EDF, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第82至85和105段。

是不够的。¹³²

79. 如果成员国主张其的确以市场经济运营者的方式开展活动，存疑时，它必须提供证据证明其开展交易的决定是基于经济评估的基础上进行的，该评估类似于在类似情况下，一名理性的市场经济运营商（具有与有关公共机构类似的特征）为确定交易的收益或经济优势而进行的经济评估。¹³³
80. 确定交易是否符合市场条件，应当就交易对经营者产生的影响进行全面的评价，而不考虑进行交易的具体手段是否是市场经济运营商可用的。例如，不能简单因为国家采用的手段是财政性质的就排除MEO测试的适用。¹³⁴
81. 在某些情况下，为了条约第107条第（1）款的目的，国家若干连续的干预措施可以被视为一项单一的措施。可能的情形是，若连续的干预措施彼此联系紧密，尤其是如果考虑它们的年代顺序、目的以及干预时经营者的情况后，这些干预措施是不可分割的。¹³⁵例如，在一个相对较短的时间内就同一经营者作出的一系列相关联的国家干预措施，或者在第一次作出干预时就已经计划了或者可预见一系列的后续干预行为，则它们可能被评价为一项干预措施。相反，如果后续产生的干预是基于前期干预时¹³⁶的一个意料外的事件，那么这两项措施通常应当被分别评估。
82. 评估某些交易是否符合市场条件，应当考虑该特定案件的所有相关情况。例如，在个别情况下，即使公共主管机关以市场价格购买商品或服务，也可能被认为与市场条件不一致。¹³⁷

¹³² 参见欧洲法院判决，2012年6月5日，*Commission v EDF*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第85段。

¹³³ 参见欧洲法院判决，2012年6月5日，*Commission v EDF*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第82至85段。也参见欧洲法院判决，2013年10月24日，*Land Burgenland v Commission*, Joined Cases C-214/12 P, C-215/12 P and C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, 第61段。这种事前评估的复杂程度会因相关交易的复杂程度以及相关资产、商品或服务的价值而有所差异。通常，此类事前评估应在具有适当技能和经验的专家的支持下进行。此类评估应始终基于客观的标准，且不应受到政策因素的影响。独立专家作出的评估可以为评估的可信度提供佐证。

¹³⁴ 参见欧洲法院判决，2012年6月5日，*Commission v EDF*, C-124/10 P, ECLI:EU:C:2012:318, 第88段。

¹³⁵ 参见欧洲法院判决，2013年3月19日，*Bouygues and Bouygues Télécom v Commission and Others*, Joined Cases C-399/10 P and C-401/10 P, ECLI:EU:C:2013:175, 第104段；欧洲普通法院判决，2010年9月13日，*Greece and Others v Commission*, Joined Cases T-415/05, T-416/05 and T-423/05, ECLI:EU:T:2010:386, 第177段；欧洲普通法院判决，1998年9月15日，*BP Chemicals v Commission*, T-11/95, ECLI:EU:T:1998:199, 第170和171段。

¹³⁶ 委员会决定，2012年12月19日，案件 SA. 35378，德国柏林勃兰登堡机场的融资，德国 (OJ C 36, 8. 2. 2013, p. 10)，序言 14 至 33 段。

¹³⁷ 参见欧洲普通法院判决，1999年1月28日，*BAI v Commission*, T-14/96, ECLI:EU:T:1999:12, 第74至79段，普通法院持有此观点：根据案件的具体情况，可以得出结论认为，国家主管机构从 P&O Ferries 购买旅行代金券并不符合实际需求，且该国家机构没有以正常市场经济条件下的私营运营商类似的方式开展活动。相应的，该购买授予了 P&O Ferries 在正常市场条件下不会获得的优惠，为履行购买协议支付的全部金额构成了国家援助。

4.2.3. 确定符合市场条件

83. 在适用MEO测试时，对以下两种情形进行区分是有帮助的，即交易是否符合市场条件可以通过交易特定的市场数据直接确定；和交易是否符合市场条件须基于其他可用的方法进行评估（因为没有此类市场数据）。

4.2.3.1. 可以直接确定符合市场条件的情形

84. 在以下情况下，交易是否符合市场条件可以通过交易特定的市场数据直接确定

- i. 交易由公共实体和私营运营商以“同等”（*pari passu*）方式开展；或
- ii. 资产、商品和服务（或其他可比交易）的购销是通过竞争的、透明非歧视性的和无条件招标程序（*tender procedure*）进行的。

85. 在这种情况下，如果交易相关的具体市场信息表明其不符合市场条件，通常不宜采用其他评估方法以达成不同的结论。¹³⁸

i. “同等”交易

86. 当交易以相同的条款和条件（并因此具有相同的风险和回报），由公共主体和处于可比情况的私营运营商进行时（一个“同等”交易），¹³⁹这可能发生在公私合作中，通常可以推断这种交易符合市场条件。¹⁴⁰相反，如果公共主体和处于可比情况的私营运营商同时参与同一交易，但是遵循不同的条款或条件，这通常表明公共主体的介入不符合市场条件。¹⁴¹

87. 下述标准应被用于评估一项交易的“同等”性：

¹³⁸参见欧洲法院判决，2013年10月24日，*Land Burgenland v Commission, Joined Cases C-214/12 P, C-215/12 P and C-223/12 P*, ECLI:EU:C:2013:682, 第95和95段。在该案例中，法院认为，当公共机构通过适当的招标方式出售经营者，可以推定市场价格与最高报价（具有约束力和可信度）是吻合的，无需采用其他评估方法，例如独立研究。

¹³⁹在与交易相关的经济形势发生变化后，如果公共机构和私营运营商在不同的时间点，以相同的条件进行介入，则条款和条件不能被认为是相同的。

¹⁴⁰对此，参见欧洲普通法院判决，2000年12月12日，*Alitalia v Commission*, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, 第81段。

¹⁴¹然而，如果交易不同且不在同一时间进行，条款和条件不同这一简单事实不能提供任何决定性的讯息（积极或消极），用以说明是否公共机构开展的交易是符合市场条件的。

- a) 公共主体和私营运营商的介入是否是同时决定和执行的，或者这些介入之间是否存在时间间隔和经济环境的变化；
- b) 交易的条款和条件对公共主体和所有涉及的私营运营商是否是相同的，同时考虑到风险随着时间的推移增加或减少的可能性；
- c) 是否私营运营商的介入具有实际的经济意义，不仅仅是象征性或不重要的；¹⁴²以及
- d) 相关公共主体和私营运营商的起始地位在是否与交易相当，为此要考虑，例如，他们在前期相对于有关经营者的经济风险（见4.2.3.3），可能实现的协同效应，¹⁴³不同投资者承担类似交易成本的程度，¹⁴⁴或公共主体或私营运营商特有的任何可能扭曲该比较的情形。

88. “同等”条件在一些情况下可能不适用，在这种情况下公共参与（鉴于其独特性质或规模）可能实际上不能被市场经济运营商复制。

ii. 通过竞争性、透明、非歧视性和无条件投标程序进行资产、商品和服务（或其他可比交易）的购销

89. 如果通过竞争性¹⁴⁵、透明、非歧视性和无条件招标的方式并遵循公共采购中的TFEU原则¹⁴⁶（见90-94段）进行资产、商品和服务（或其他可比交易¹⁴⁷）的购销，若使用了第95，96段中规定的标准选择买方或卖方，可以推断这些交易是符合市场条件的。相反，如果成员国出于公共政策的原因，决定支持某些活动并投标，例如，所提供的资金数额，支持可再生能源的生产或仅限发

¹⁴²例如，在阿姆斯特丹城市网（Citynet Amsterdam）案中，委员会认为两名私营运营商拥有一家公司总股权的三分之一（考虑整体股权结构，并且他们的股份足以形成对公司的任何战略决策拥有否决权的少数股）是具有经济重大性的（参见委员会决定，2008/729/EC，2007年12月11日，关于国家援助，C-53/2006阿姆斯特丹城市网，荷兰（OJ L 247, 16.9.2008, p. 27），序言第96至100条。相反，案例N 429/2010，希腊农业银行（ATE）（OJ C 317, 29.10.2011, p. 5），私人参与仅达投资的10%，与之相对国家达到90%，委员会因此得出结论认为不符合“同等”条件，因为国家注入的资本既没有私人股东的可比参与，也与国家持有的股份数量不相称。也参见欧洲普通法院判决，2000年12月12日，Alitalia v Commission, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289，第81段。

¹⁴³它们也必须具有相同的工业原理；参见委员会决定，2005/137/EC，关于国家援助，C-25/2002 Walloon region's financial stake in Carsid SA（OJ L 47, 18.2.2005, p. 28），序言第67至70段。

¹⁴⁴交易成本可能与投资者为筛选投资项目，以及安排合同条款或监控合同有效期内的履行情况而产生的成本有关。例如，如果公有银行总是承担筛选贷款投资项目的成本，私人投资者以相同的利率共同投资的事实不足以排除援助。

¹⁴⁵ 欧盟法院经常在国家援助的背景下提及“公开”的招标程序（参见欧洲普通法院判决，2003年8月5日，P & O European Ferries (Vizcaya) v Commission, Joined Cases T-116/01 and T-118/01, ECLI:EU:T:2003:217，第117和118段；欧洲法院判决，2013年10月24日，Land Burgenland v Commission, Joined Cases C-214/12 P, C-215/12 P and C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682，第94段）。但是，“公开”这个词并不涉及欧洲议会和理事会2014年2月26日关于公共采购的指令2014/24/EU和废止指令2004/18/EC和欧洲议会和理事会2014年2月26日关于由在水、能源、运输和邮政服务部门的实体进行采购的指令2014/25/EU和废止指令2004/17/EC中的一个具体程序。因此，“竞争”一词似乎更合适。它无意偏离由判例法设定的实质性条件

¹⁴⁶参见欧盟法院判决，2000年12月7日，Telaustria, C-324/98, ECLI:EU:C:2000:669，第62段；欧盟法院判决，2001年12月3日，Bent Moustén Vestergaard, C-59/00, ECLI:EU:C:2001:654，第20段。也参见委员会关于共同体法适用于合同签署的解释性通讯，不适用或不完全受制于公共采购指令的规定（OJ C 179, 1.8.2006, p. 2）。

¹⁴⁷例如，租赁某些商品或授予特许权对自然资源进行商业开采。

电能力效能的情况，则不适用本小节的规定。在此情形中，招标只能降低赋予的优势的量，但不能完全排除。

90. 招标程序必须具有竞争性，以允许所有感兴趣和合格的投标人能够参与该过程。
91. 该程序必须是透明的，可以在投标程序的每个阶段平等和及时地通知所有感兴趣的投标人。一个透明的甄选程序包括例如如下关键要素：信息的可获得性、给感兴趣的投标人足够的时间，以及甄选和授标标准的明确性。投标必须充分公开，以便所有潜在投标人都能注意到它。在特定案件中，充分公开的程度取决于该资产、商品和服务的特征。资产、商品和服务，如果鉴于其高价值或他特点可能吸引来自欧洲范围内或全球范围内的投标人，则应当以能吸引欧洲或全球范围内的潜在的投标人的方式公布。
92. 在程序的各个阶段非歧视地对待所有投标人，并事先明确客观的甄选和授标标准是确保交易符合市场条件的必要条件。为确保平等的对待，合同的授予标准应当能客观的比较和评估投标。
93. 使用和遵守“公共采购指令”（the Public Procurement Directives）¹⁴⁸中规定的程序可以视为符合前述要求，前提是满足了使用该程序的条件。但这不适用于无法确定市场价格的特定情形，例如，在未公布合同通知的情况下使用谈判程序。如果只提交了一个出标程序通常不足以确保市场价格，除非要么（i）在程序的设计上有强有力的保障措施可以确保真实有效的竞争，并且并非显而易见，只有一个运营商实际上能够提交可靠的投标，或（ii）公共机构通过其他手段证实结果与市场价格相符。
94. 如果潜在的买方可以自由地获取待出售的资产、商品或服务并将它们用于自己的目的，无论其是否经营某些业务，那么出售该资产、商品或服务的招标是无条件的。如果有条件要求买方为了公共主管机关的利益或公众利益承担私营卖方通常不会要求的特殊义务（除非该义务源于一般性的国内法或该计划机构的决定），那么招标不能认定为是无条件的。

¹⁴⁸欧洲议会和理事会 2014 年 2 月 26 日关于公共采购的 2014/24/EU 指令和并废止指令 2004/18/EC；和欧洲议会和理事会 2014 年 2 月 26 日关于由在水、能源、运输和邮政服务部门的实体进行采购的指令 2014/25/EU 和废止指令 2004/17/EC。

95. 公共主体出售资产、商品和服务时，选择买方的唯一相关标准应当只是最高价，¹⁴⁹同时也要考虑合同安排（例如供应商的销售担保或其他售后承诺）。只应当考虑可信赖的¹⁵⁰、具有约束力的报价。¹⁵¹

96. 公共主体在买入资产、商品和服务时，招标所附的任何特定条件都应当是非歧视性的，并且与标的物 and 合同的特定经济目标有紧密和客观的联系。他们应当让最具经济优势的报价来匹配市场价值。因此，设定的标准应当可以允许产生有效的、具有竞争性的招标程序，按此程序，中标人可以得到正常的回报。在实践中，这意味着使用在投标中重视“价格”的招标书或其他可能会产生竞争性结果的招标书（例如，某些有足够清晰的授予标准的逆向招标书）。

4. 2. 3. 2. 依据基准测试（benchmarking）或其他评估方法确定交易是否符合市场条件

97. 如果交易是通过招标或“同等”条件实现的，这直接和具体地证明了该交易是符合市场条件的。但是，如果交易不是通过招标实现的，或者公共机构的介入与私营运营商的介入不同步，这也并不当然表示该交易不符合市场条件。¹⁵²该情况下，是否符合市场条件可以通过（i）基准测试，或（ii）其他评估方法评估。¹⁵³

i. 基准测试

98. 为了确定交易是否符合市场条件，该交易可以根据可比的私营运营商在类似情况下进行的可比交易的条款进行评估（基准测试）。

¹⁴⁹参见欧洲综合法院判决，2012年2月28日，Land Burgenland and Austria v Commission, Joined Cases T-268/08 and T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, 第87段。

¹⁵⁰主动竞价也是可信的，取决于案件中的情形，特别是如果报价（投标）具有约束力，参见欧洲普通法院判决，2011年12月13日，Konsum Nord v Commission, T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732, 第73, 74和75段。

¹⁵¹例如，在招标程序中不会考虑不具有法律约束力的公告；参见，欧洲普通法院判决，2012年2月28日，Land Burgenland and Austria v Commission, Joined Cases T-268/08 and T-281/08, ECLI:EU:T:2012:90, 第87段和欧洲普通法院判决，2011年12月13日，Konsum Nord v Commission, T-244/08, ECLI:EU:T:2011:732, 第67和75段。

¹⁵²参见欧洲普通法院判决，2014年6月12日，Sarc v Commission, T-488/11, ECLI:EU:T:2014:497, 第98段。

¹⁵³当市场价格是通过“同等”或招投标方式设定的，其它评估方法不能质疑该结果，例如独立研究（参见欧洲法院判决，2013年10月24日，Land Burgenland v Commission, Joined Cases C-214/12 P, C-215/12 P and C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, 第94和95段）。

99. 为确定一个合适的基准（benchmark），有必要特别注意相关运营商的类型（例如控股集团、投机基金或寻求确定收益的长线投资者），交易类型（例如参股或债务交易）以及市场或相关市场（例如金融市场，快速增长的技术市场，市政或基础设施市场）。当发生重大的经济发展时，交易的时机也特别重要。在适当情况下，现有的市场基准可能需要根据国家交易的具体特点（例如，受益经营者和相关市场的情况）进行调整。¹⁵⁴如果现有基准尚未根据市场考量（market considerations）进行定义或现有价格被公共干预显著扭曲了，那么基准测试可能不是确定市场价格的适当方法。

100. 基准测试通常不是确定一个确切的参考价值，而是通过评估一系列可比交易来确定一个可能的价值范围。如果评估的目的是考虑国家介入是否符合市场条件，通常考虑集中趋势量数（measures of central tendency）是合适的，例如一系列可比较交易的平均值或中值。

ii. 其他评估方法

101. 也可以根据一种被普遍接受的标准评估方法去评估交易是否符合市场条件。¹⁵⁵这种方法必须基于可用的目标，可验证和可靠的数据，¹⁵⁶这些数据应该足够详细，并能反映作出交易决定时的经济状况，同时也考虑风险水平和未来的期望。¹⁵⁷根据交易的价值，评估的稳固性通常要经由敏感性分析（a sensitivity analysis）印证，通过评估不同的业务情景，制定应急计划并将结果与备选评估方法进行比较来完成。如果交易延迟并且有必要考虑市场状况的近期变化，则可能需要进行新的（事前）评估。

102. 计算内部收益率（the internal rate of return, “IRR”）是一个被广泛接受的标准方法，该方法用于确定（年度）投资回报率。¹⁵⁸也可以根据净现值（net present value, “NPV”）来评估投资决策，¹⁵⁹在大多数情况下，使用该方法得出的结果与IRR的相当。¹⁶⁰为了评估投资是否按市场条件进行，应

¹⁵⁴ 参见欧洲普通法院判决，2003年3月6日，Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen v Commission, Joined Cases T-228/99 and T-233/99, ECLI:EU:T:2003:57, 第251段。

¹⁵⁵ 参见欧洲普通法院判决，2007年3月29日，Scott v Commission, T-366/00, ECLI:EU:T:2007:99, 第134段，和欧洲法院判决，2010年12月16日，Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778 第39段。

¹⁵⁶ 参见欧洲普通法院判决，2004年9月16日，Valmont Nederland BV v Commission, T-274/01, ECLI:EU:T:2004:266, 第71段。

¹⁵⁷ 参见欧洲普通法院判决，2007年3月29日，Scott v Commission, T-366/00, ECLI:EU:T:2007:99, 第158段。

¹⁵⁸ 内部收益率不基于特定年份的会计收益，但考虑投资者在整个投资周期内期望收到的未来现金流。它被定义为现金流量净现值等于零的贴现率。

¹⁵⁹ 净现值是投资周期内正负两个现金流量的差额，按适当的回报折现（资本成本）。

¹⁶⁰ 在内部收益率等于投资者机会成本的情况下，净现值与内部收益率之间存在完美的相关性。如果投资净现值为正数，这意味着该项目的内部收益率超过了所需的收益率（投资者的机会成本）。在这种情况下，投资是值得进行的。如果项目的净现值等于零，则项目的内部收益率等于所需的收益率。在这种情况下，投资者是否进行该项投资或进行其他投资

当将投资回报与正常的市场回报预期（normal expected market return）作比较。一个正常的回报预期（或投资的资本成本（cost of capital））是市场从投资中要求获得的平均预期回报，该预期回报基于被普遍接受的标准，其中尤其是包括投资风险，同时也考虑公司的财务状况、该行业的具体特征、地区或国家这些因素。如果不能合理期待该正常回报，那么投资很大程度上可能不是按照市场条件进行的。一般而言，项目风险越高，资金提供者要求的回报率就越高，也就是说资本成本越高。

103. 市场情况，¹⁶¹可用数据或交易类型可以决定适当的评估方法。例如，投资者试图通过投资经营者盈利（在这种情况下，内部收益率IRR或净现值NPV可能是最合适的方法），债权人谋求在合同和法定期限内¹⁶²（在这种情况下，评估抵押品，例如，资产价值可能更为相关）获得债务人对它的欠款（本金和任何利息）。在销售土地时，为了以普遍接受的市场指标和评估标准确定市场价值，在销售商谈前进行独立的专家评估原则上是恰当的。¹⁶³
104. 确定投资的内部收益率IRR或净现值NPV的方法通常不会得出一个可以接受的精确值，而是一个可能的价值区间（这取决于评估方法中交易固有的经济、法律和其他特定情形）。如果评估的目的是考量国家干预是否符合市场条件，通常考虑集中趋势量数是合适的，例如一系列可比较交易的平均值或中值。
105. 谨慎的市场经济运营商通常使用几种不同的方法来评估他们的介入以佐证作出的评估（例如，通过基准测试验证NPV计算）。如果不同的方法得出的价值趋于一致，这进一步表明，所确定的市场价格是真实的。因此，在评估交易是否符合市场条件时，存在互补的评估方法，佐证彼此的结果，是一个积极的信号。

4. 2. 3. 3. 相关经营者前期经济风险的反事实分析（counterfactual analysis）、

无关紧要。如果净现值为负数，则内部收益率低于资本成本。该投资利润不够，其它地方可能存在更好的机会。如果根据内部收益率和净现值产生了不同的投资决策（特别是在互斥项目中可能会出现这种结果上的差异），原则上应该根据市场惯例优先使用净现值法，除非就适当的折扣率存有重大不确定性。

¹⁶¹例如，在公司清算的情形下，基于清算价值或资产价值的估值可能是最合适的评估方法。

¹⁶²参见欧洲法院判决，1999年4月29日，Spain v Commission, C-342/96, ECLI:EU:C:1999:210, 第46段，和欧洲法院判决，1999年6月29日，DMTransport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, 第24段。

¹⁶³如果可比方法（基准测试）不合适，且其他普遍被接受的方法似乎无法准确确定土地价值，可以采用替代方法，例如德国提出的“价格比较体系”（Vergleichspreissystem）评估方法（委员会在关于国家援助的决定中（SA. 33167）批准农业和林业用地，提议使用替代方法评估在德国的农业和林业用地，当该土地被公共机关出售时（OJ C 43, 15. 2. 2013, p. 7））。关于其它方法的局限性，参见欧洲法院判决，2010年12月16日，Seydaland Vereinigte Agrarbetriebe, C-239/09, ECLI:EU:C:2010:778, 第52段。

106. 在检查交易是否符合市场条件时，应考虑到有关公共主体前期经济风险，如果可比的私营运营商可能有这种前期法律风险（例如以经营者的股东身份）。

164

107. MEO测试中必须在反事实场景的框架内考虑前期风险。例如，对陷入困难的公用企业进行股权或债务介入，此类投资的预期回报应与公司清算的反事实情况的预期回报相比较。如果清算的收益更高，损失更低，一个谨慎的市场经济运营商会选择该选项。¹⁶⁵为此目的，清算费不应包含与公共机构职责相关的费用，只包含一个理性市场运营商会产生的费用，¹⁶⁶同时考虑到其运营所在的社会、经济和环境背景的演变。¹⁶⁷

4. 2. 3. 4. 确定贷款和担保条款是否符合市场条件的特别考量因素

108. 与任何其他交易一样，公共主体（包括公用企业）授予的贷款和担保如果不符合市场条件，可能构成国家援助。

109. 对于担保，在包含公共实体作为担保人、借款人和贷方的三角情形中，通常需要进行分析。¹⁶⁸在大多数情况下，援助只会出现在借款人的层面，公共担保人可以通过使其获得借款优惠的方式给予其优势，在没有该担保人的情况下该借款人无法从市场上获得的该借款利息¹⁶⁹（或者，例外情况下，在以任何利率都无法从市场上获得贷款的情况下获得了贷款）。但是，在某些特定情形下，公共担保也可能授予贷款方援助，尤其是，如果保证是在借贷双方

¹⁶⁴参见欧洲法院判决，2014年4月3日，ING Groep NV, C-224/12 P, ECLI:EU:C:2014:213, 第29至37段。然而，不需要考虑前期法律风险，如果它是由一项措施所产生，该措施（对这一措施的所有方面进行全面评估）不会由谋求利润的私人投资者作出（欧盟法院判决，2013年10月24日，Land Burgenland v Commission, Joined Cases C-214/12 P, C-215/12 P and C-223/12 P, ECLI:EU:C:2013:682, 第52至61段。

¹⁶⁵为此，参见欧洲普通法院判决，2000年12月12日，Alitalia v Commission, T-296/97, ECLI:EU:T:2000:289, 或欧洲法院判决，2013年1月24日，Frucona v Commission, C-73/11 P, ECLI:EU:C:2013:32, 第79和80段。

¹⁶⁶参见欧洲法院判决，2003年1月28日，Germany v Commission, C-334/99, ECLI:EU:C:2003:55, 第140段。

¹⁶⁷参见欧洲普通法院判决，2012年9月12日，Corsica Ferries France SAS v Commission, T-565/08, ECLI:EU:T:2012:415, 第79至84段，上诉维持，参见欧洲法院判决，2014年9月4日，SNCM and France v Commission, Joined Cases C-533/12 P and C-536/12 P, ECLI:EU:C:2014:2142, 第40和41段。法院在本案中确认，原则上，从长远来看，私人投资者（尤其是大型的集团公司）支付补充赔款在经济上可能是合理的（例如，为了保护集团的品牌形象）。然而，在需要保护形象的具体案例中，应充分论证支付这种补充赔款的必要性，并且也应证明该支付是私营公司在类似情况下的既定惯例（仅仅有事例是不够的）。

¹⁶⁸关于评估以保证的方式授予国家援助的信息，也参见欧盟委员会关于欧共体条约第87条和第88条适用于以保证形式的国家援助的通知（OJ C 155, 20. 6. 2008, p. 10）。该通知未被本通告取代。

¹⁶⁹参见欧洲法院判决，2011年12月8日，Residex Capital v Gemeente Rotterdam, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, 第39段。

的义务存在之后作出的；在不能确保¹⁷⁰优势全部授予了借款人的情况下；或一个担保的贷款被用于偿还一个未担保的贷款的情形。¹⁷¹

110. 考虑借款人的经济状况，以比市场条件优惠的方式提供的任何担保都为其（其支付的费用不足以恰当反映担保人承担的风险）带来了优势。¹⁷²一般而言，无限担保不符合正常市场条件。这也适用于由国家承担“隐性担保”阻止相关经营者适用普通破产规则承担相应责任。¹⁷³

111. 在缺乏关于特定的债务交易的市场信息时，可以基于与可比的市场交易进行比较（也就是通过基准测试）来确定债务证券（debt instrument）是否符合市场条件。就贷款和担保而言，有关经营者融资成本的信息可以通过其他途径获取，如该经营者采取的其他（近期）贷款，或其发行的债券收益，或它的信用违约掉期利差。可比市场交易也可以是可比样本公司所进行的类似贷款或担保交易，发行的债券或信用违约掉期利差（credit default swap）。就担保而言，如果在金融市场上没有相应的基准价格，被担保贷款的融资总成本（包括贷款利率和担保溢价）应与类似的无担保贷款的市场价格进行比较。基于资本回报率的评估方法可以作为基准测试法的补充。¹⁷⁴

112. 为便于评估一项措施是否符合MEO测试，欧盟委员会发展了参考指数（proxies）用以确定贷款和担保的援助性质。

113. 对于贷款，在不易确定可比市场交易的情形中（更有可能适用于涉及数量有限的交易和/或涉及中小经营者（SMEs）的交易），计算参考利率（a reference rate）的方法（作为市场价格参考）规定在《参考利率通讯》中（the Reference Rate Communication）。¹⁷⁵需要注意的是，该参考利率只是一个参考。¹⁷⁶如果可比交易的价格通常低于参考利率指示的价格，那么成员国可以将此较低价格视为市场价格。但是，如果同一家公司在近期类似交易中以一个比参考利率高的价格进行交易，并且其财务状况和市场环境没有发生实质性的变化，则该参考利率可能不构成该具体案例中的一个有效的市场利率的参考。

¹⁷⁰ 参见欧洲法院判决，2015年3月19日，OTP Bank Nyrt v Magyar Állam and Others, C-672/13, ECLI:EU:C:2015:185。

¹⁷¹ 参见欧洲法院判决，2011年12月8日，Residex Capital v Gemeente Rotterdam, C-275/10, ECLI:EU:C:2011:814, 第42段。

¹⁷² 参见欧洲法院判决，2014年4月3日，France v Commission, C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, 第96段。

¹⁷³ 参见欧洲法院判决，2014年4月3日，France v Commission, C-559/12 P, ECLI:EU:C:2014:217, 第98段。

¹⁷⁴ 例如，通过风险调整资本收益率（Risk Adjusted Return on Capital），贷款人和投资者要求为在同一行业经营的经营者提供类似基准风险和期限的融资。

¹⁷⁵ 参见委员会关于修改设定参考和贴现率的通讯（OJ C 14, 19.1.2008, p. 6）。对于次级贷款，该参考率通讯中没有将其涵盖，可以使用委员会2008年12月11日关于国家援助的决定N 55/2008, GA/EFRE Nachrangdarlehen（OJ C 9, 14.1.2009, p. 1），中设定的方法。

¹⁷⁶ 然而，在委员会条例或委员会关于援助计划的决定参考到确定援助金额的参考率时，委员会将视其为一个固定的无援助基准（安全港）。

114. 委员会已在《担保通告》(the Notice on Guarantees)中就与担保相关的参考值问题(和对中小企业不容置疑的推定(“安全港”))制定了详细的指引。¹⁷⁷根据该通知,下述情形,如果借款人没有财务困难;担保与特定交易挂钩;贷款人承担部分风险;以及借款人为担保支付市场价格,通常已足以排除援助的存在。

4.3. 间接优势 (Indirect advantage)

115. 优势可以不以直接转移国家资源式(间接优势)授予经营者。¹⁷⁸一项措施可以既授予接收的经营者直接优势,又授予其他经营者间接优势,例如,经营者在活动的不同层面开展经营活动。¹⁷⁹直接优势的接收者既可以是经营者也可以是不参与任何经济活动的实体(自然人或法人)。¹⁸⁰

116. 间接优势应与几乎所有国家援助措施固有的附属经济影响(secondary economic effects)(例如通过增加产量)相区分。为此目的,应该从事前的角度审查措施可预见的影响。如果一项措施经过专门的设计,将其附属影响导向特定的经营者或经营者集团,那么可以确定存在间接优势。例如,如果该直接援助实际上或在法律上仅以购买某些经营者生产的商品或服务为条件(例如仅限于设立在某些地区的经营者)。¹⁸¹

5 选择性

5.1. 一般原则

117. 国家措施必须有利于“某些经营者或某些货物的生产”才属于第107条第(1)款的范围内。因此,并不是所有有利于经济运营者的措施都是援助,只有当这些措施是选择性地对某些经营者,某种经营者,或某些经济部门给予优势时,才可能构成“国家援助”。

¹⁷⁷委员会关于欧共体条约第87条和第88条适用于以保证形式的国家援助的通知(OJ C 155, 20.6.2008, p. 10)。

¹⁷⁸参见欧洲法院判决,2000年9月19日,Germany v Commission, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467,第26和27段;欧洲法院判决,2011年7月28日,Mediaset SpA v Commission, C-403/10 P, ECLI:EU:C:2011:533,第73至77段;欧洲法院判决,2002年6月13日,Netherlands v Commission, C-382/99, ECLI:EU:C:2002:363,第60至66段;欧洲普通法院判决,2009年3月4日,Italy v Commission, T-424/05, ECLI:EU:T:2009:49,第136至147段。也参见本条约第107(2)(a)条。

¹⁷⁹在中介经营者仅仅将优势转移给受益人的工具并且其不保留任何优势,它通常不应被视为国家援助的接收者。

¹⁸⁰欧洲法院判决,2000年9月19日,Germany v Commission, C-156/98, ECLI:EU:C:2000:467,第26和27段;欧洲法院判决,2011年7月28日,Mediaset SpA v Commission, C-403/10 P, ECLI:EU:C:2011:533,第81段。

¹⁸¹相比之下,以增加产出为形式的单纯的次级经济效应可以发生在如下情形,即援助只是简单通过一个经营者(例如一个金融中介)全部传递到援助受益者。

118. 纯粹的一般性适用措施并不在第107条第(1)款所规定的范围内, 这些措施不只是支持特定的经营者或某些商品的生产。然而, 判例法已明确表示, 即使最初适用于所有经营者的干预措施, 在某种程度上也可能有选择性, 这些措施相应地被看成是旨在促进某些经营者或某些货物的生产。¹⁸²大量符合条件的经营者(甚至不包括某一部门的所有经营者), 他们所属部门的多样性和规模, 如果不是所有的经济部门都能从中受益的话, 都不能成某项国家措施构成一般经济政策的依据。¹⁸³事实上, 援助不是针对一个或多个预先定义的特定受体, 但它服从于一系列客观的标准, 根据这个客观标准可以给予援助。而且援助在预定的整体预算分配的范围内, 还要考虑无具体确定的受益人, 这些受益人也不是一开始就确定下来的, 这些情况还不足以对措施的选择性产生质疑。¹⁸⁴

119. 为了阐述国家援助法下“选择性”这一概念, 有必要区分实质和区域选择性。此外, 也有必要对有关税收(或类似)措施的某些问题提供进一步指引。

5.2. 实质选择性

120. 一项措施的实质选择性表示该措施仅适用于某一特定的(集团)经营者或某一成员国的经济部门。实质的选择性可以根据法律或事实确立。

5.2.1. 法律和事实的选择性

121. 法律选择性直接源自于为授予某种措施而制定的法律标准, 这一措施只适用于某些经营者(例如: 那些具有一定规模, 从事特定领域或具有特定的法律形式)¹⁸⁵; 特定时期在受管制市场成立或新上市的公司¹⁸⁶; 属于具有某种特征的集团的公司或在集团内被委托了某些功能的公司¹⁸⁷; 陷入困境的公司¹⁸⁸;

¹⁸² 参见欧洲法院判决, 1999年6月29日, *DMT Transport*, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, 第27段; 欧洲普通法院判决, 2002年3月6日, *Territorio Histórico de Álava — Diputación Foral de Álava et al. v Commission*, Joined Cases T-127/99, T-129/99 and T-148/99, ECLI:EU:T:2002:59, 第149段。

¹⁸³ 例如, 欧洲法院判决, 1999年6月17日, *Belgium v Commission*, C-75/97, ECLI:EU:C:1999:311, 第32段; 欧洲法院判决 2001年11月8日, *Adria-Wien Pipeline*, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598, 第48段。

¹⁸⁴ 参见欧洲普通法院判决, 2000年9月29日, *Confederación Española de Transporte de Mercancías v Commission*, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, 第40段; 欧洲普通法院判决, 2012年9月13日, *Italy v Commission*, T-379/09, ECLI:EU:T:2012:422, 第47段。有关措施(案件中的)部分免除了用于温室加热的柴油的消费税。欧洲普通法认为, 该豁免可以对所有选择温室生产的经营者产生优惠的事实不足以确立该措施的一般性。

¹⁸⁵ 参见欧洲法院判决, 2011年9月8日, *Paint Graphos and others*, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第52段。

¹⁸⁶ 参见欧洲普通法院判决, 2009年9月4日, *Italy v Commission*, T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304, 第120段, 欧洲法院判决, 2011年11月24日, *Italy v Commission*, C-458/09 P, ECLI:EU:C:2011:769, 第50、60段。

¹⁸⁷ 参见欧洲法院判决, 2006年6月22日, *Belgium and Forum 187 v Commission*, Joined Cases C-182/03, 以及 C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, 第122段。

¹⁸⁸ 参见欧洲普通法院判决, 2016年2月4日, *Heitkamp Bauholding v Commission*, T-287/11, ECLI:EU:T:2016:60, 第

出口企业或从事出口相关活动的企业¹⁸⁹。事实选择性在这样的条件下可以成立：虽然适用该措施的形式标准是以一般和客观的方式制定的，但该措施的结构使其在效果上显著的有利于特定的企业群组（正如前面句子中的例子）。

190

122. 事实选择可能产生于成员国为了阻止某些经营者从该措施中受益而增加的条件或障碍。例如，仅将一项税务措施（例如税收抵免）适用于超过特定阈值的投资（不同于基于行政便利而规定的小的阈值）可能意味着该措施事实上是为具有大量财务资源的经营者预留的。¹⁹¹仅在短期内给予某些优势的措

施也可能是一种事实选择。¹⁹²

5. 2. 2. 行政自由裁量权产生的选择性

123. 表面上适用于所有经营者，但受公共行政自由裁量权限制的一般性措施具有选择性。¹⁹³满足既定的标准但不会自动导致授予该措施就属于这种情况。

124. 公共行政部门在运用某项措施时具有酌情权，特别是在以非常笼统或含糊的方式制定准予援助的标准时，这必然会在评估中涉及到自由裁量权。举个例子，税务机关可以根据所提交的投资项目的特点，对税收优惠条件进行变更。同样地，如果税收管理具有广泛的自由裁量权，以确定受益人，或者是与税收制度无关的授予的税收优惠的条件，比如维持就业，那么行使这种自由裁量权肯定会被视作是偏袒某些经营者或某些商品的生产。¹⁹⁴

125. 事实上，税收减免需要事前行政许可并不自然而然地意味着它是一个选择性的措施。事前行政许可是建立在被人预先知晓的客观的、非歧视性的标准上，并不意味着就限制了公共行政部门行使自由裁量权。该事前行政许可制度必

129 段及后。

¹⁸⁹ 参见欧洲法院判决，1969年12月10日，Commission v France, Joined Cases 6 and 11/69, ECLI:EU:C:1969:68, 第3段；欧洲法院判决，1988年6月7日，Greece v Commission, 57/86, ECLI:EU:C:1988:284, 第8段；欧洲法院判决，2004年7月15日，Spain v Commission, C-501/00, ECLI:EU:C:2004:438, 第92段。

¹⁹⁰ 参见欧洲法院判决，2011年11月15日，Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom, Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, 直布罗陀税制改革实际上对离岸公司有所裨益，详见该判决第101段及后。改革引入了一个由三种税收组成适用于所有直布罗陀公司的制度，三税即工资税、企业财产税（BPOT）和登记费。工资税和企业财产税的责任限制在利润的15%。法院认为，这种税收组合从一开始就排除了对离岸公司的任何征税，由于在直布罗陀没有雇员和商业财产，这些企业因此没有应税基础。

¹⁹¹ 例如，欧洲普通法院判决，2002年3月6日，Ramondin SA and Ramondín Cápsulas SA v Commission, Joined Cases T-92/00 and T-103/00, ECLI:EU:T:2002:61, 第39段。

¹⁹² 参见欧洲法院判决，2007年9月12日，Italy and Brandt Italia v Commission, Joined Cases T-239/04 and T-323/04, ECLI:EU:T:2007:260, 第66段；欧洲法院判决，2009年9月4日，Italy v Commission, T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304, 第120段；欧洲法院判决，2011年11月24日，Italy v Commission, C-458/09 P, ECLI:EU:C:2011:769, 第59、60段。

¹⁹³ 参见欧洲法院判决，1999年6月29日，DMTransport, C-256/97, ECLI:EU:C:1999:332, 第27段。

¹⁹⁴ 参见欧洲法院判决，2013年7月18日，P Oy, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, 第27段。

须基于一个程序制度，这个制度要方便并能确保授权的请求将在合理的时间
内得到客观公正的处理，拒绝授权也必须能够通过司法或准司法程序救济。

195

5.2.3. 评估减轻经营者正常费用的措施的实质选择性

126. 当成员国采用有利于一个或多个特定经营者的积极措施时（例如向某些经营者发放金钱或资产），通常很容易得出结论，认为这些措施有选择性，因为它们为一个或一些经营者预留了优惠待遇。¹⁹⁶

127. 情况不太明确的是，当成员国采取了一些广泛的措施，该措施可以适用于所有符合某些标准的经营者并减轻这些经营者通常必须承担的费用（例如税收或对满足一定标准的经营者免除社保）。

128. 在这种情况下，通常应该通过三步分析法来评估措施的选择性。首先，必须确定参考制度；其次，根据是否依据系统固有的目标区别对待处于可比的事实和法律环境下的经济运营商，确定特定措施是否构成对该制度的减损（derogation），评估是否存在减损是这部分测试的关键因素并可以得出该措施是否具表面上是选择性的结论。如果该措施在参考系统中不构成减损，它不具有选择性。然而，如果结论是肯定的（并因此表面上是选择性的），需要在测试的第三步去确认，是否这种减损基于性质或参考制度的总体方案是合理正当的。¹⁹⁷如果一个表面上的选择性措施基于性质或参考制度的总体方案是合理正当的，它不被认为是选择性的并因此不在条约第107条第（1）款的适用范围内。¹⁹⁸

129. 然而，如果考虑到有关措施的实际效果，三步分析法在某些情况下不能用。必须强调的是，条约第107条第（1）款不根据国家干预措施的原因或目的对其进行区分，而是独立于技术，根据他们的效果去界定他们。¹⁹⁹这意味着，在某些特殊情况下，检查既定措施是否违反有关成员国制定的参考制度规则是不够的。也有必要去评估参考系统的界限是否是以一致的方式设计的，或

¹⁹⁵ 参见欧洲法院判决，2001年7月12日，Smits and Peerbooms, C-157/99, ECLI:EU:C:20.

¹⁹⁶ 参见欧洲法院判决，2015年6月4日，Commission v MOL, C-15/14 P, ECLI:EU:C:2015:362, 第60段及后；2013年6月27日 Advocate General Mengozzi 的意见, Deutsche Lufthansa, C-284/12, ECLI:EU:C:2013:442, 第25段。

¹⁹⁷ 例如，欧洲法院判决，2011年9月28日，Commission v Netherlands, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, 第62段；欧洲法院判决，2001年11月8日，Adria-Wien Pipeline, C-143/99, ECLI:EU:C:2001:598。

¹⁹⁸ 例如，欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to

C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第49段；欧洲法院判决，2004年4月29日，GIL Insurance, C-308/01, ECLI:EU:C:2004:252。

¹⁹⁹ 参见欧洲法院判决，2008年12月22日，British Aggregates v Commission, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757, 第85, 89段及其所引案例；欧洲法院判决，2011年9月8日，Commission v Netherlands, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551, 第51段；欧洲法院判决，2011年11月15日，Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom, Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, 第87段。

相反，以明显任意或有偏向的方式惠及根据该系统的基本逻辑判断有可比性的某些经营者。

130. 因此，在关于直布罗陀税制改革的合并案例 C-106/09 P 和 C-107/09 P²⁰⁰中，欧洲法院发现，相关成员国界定的参考系统，虽然建立在具有一般性质的标准上，但在实践中对于在税收改革目标方面具有可比性的公司之间存在歧视，结果赋予了离岸公司选择性优势。²⁰¹在这方面，法院发现离岸公司不被征税的事实并不是该制度下的一个随机结果，而是一个必然的结果，因为评估的基础是专门设计的，以便离岸公司没有纳税基础。²⁰²
131. 类似的验证在某些关于特殊用途征税的案例中也是必要的，其中有因素表明征收的界限是以任意或有偏向的方式设计的，现对于在征税逻辑上有可比性的其他经营者惠及特定的产品或活动。例如费林案，²⁰³欧洲法院认为，对制药实验室直接的药品销售，而不是对批发商的销售征税是选择性的。根据特定的事实情况，如措施明确的目标及其影响，法院并没有简单地检查该措施是否违反征税的参考系统规定。它还比较了制药实验室（征税）和批发商（不包括）的情况，得出的结论是，不对批发商的直接销售征税等同于授予了他们表面上的选择性的税收豁免。²⁰⁴

5. 2. 3. 1. 识别参考系统

132. 参考系统是评估一项措施选择性的基准。
133. 参考系统由一套统一的规则组成—基于客观标准—通常适用于其目标所定义范围内的所有经营者。通常，这些规则不仅定义了系统的范围，也规定了系统适用的条件，受其约束的经营者的权利和义务以及系统运作的技术细节。
134. 在税收案例中，参考系统以税基，纳税人，应纳税事件和税率等要素为基础。例如，可以在公司所得税制度²⁰⁵、增值税制度²⁰⁶或一般保险税收制度²⁰⁷中确定

²⁰⁰ 参见欧洲法院判决，2011年11月15日，Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom, Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732。

²⁰¹ 参见欧洲法院判决，2011年11月15日，Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom, Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, 第101段。

²⁰² 参见欧洲法院判决，2011年11月15日，Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom, Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, 第106段。

²⁰³ 参见欧洲法院判决，2001年11月22日，Ferring, C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627, 第20段。

²⁰⁴ 参见欧洲法院判决，2001年11月22日，Ferring, C-53/00, ECLI:EU:C:2001:627, 第19和20段。

²⁰⁵ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第50段。法院在这种情况下有时适用“普通税收制度”（参见欧洲法院判决，2006年6月22日，Belgium

一个参考系统。这同样适用于特殊用途（独立）征税，例如针对某些对环境或健康产生负面影响的产品或活动征税，这些并不构成更广泛的税收体系的一部分。因此，原则上，参考系统是该征税本身，并受上文第129至131段所述的特殊情况的限制。²⁰⁸

5.2.3.2. 来自参考系统的减损

135. 一旦确定参考系统，分析的下一步是检查某一特定措施在对该制度的违反上是否区别对待不同的公司为此，有必要确定，根据参考系统的内在目标，与某些有事实上和法律上有可比性的其他经营者相比，该措施是否有利于某些经营者或某些产品的生产。²⁰⁹成员国不能依靠外部政策目标（如区域，环境或工业政策目标）来证明对经营者的区别对待是合理的。²¹⁰

136. 某些特殊用途征税的结构（特别是税基）通常会结合所追求的政策目标，例如为了阻止对环境或人类健康有不利影响的某些活动或产品对其征收环境和健康税。在这些案例中，对于与税收活动基本目标不符的活动或产品的差异待遇不构成任何违法。²¹¹

137. 如果一项措施有利于某些在法律上和事实上有可比性的经营者或某些产品的生产，该措施表面上具有选择性。

5.2.3.3. 基于参考系统的本质及总体框架具有合理性

138. 一项减损参考系统的措施（表面上的选择性）如果基于参考系统的本质和总体方案具有合理性，则其不具有选择性。属于这种情形的包括：一项措施直接源自参考系统的固有基本原则或指导原则，或者它是系统运作和有效性所

and Forum 187 v Commission, Joined Cases C-182/03 and C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, 第 95 段) 或“一般税收计划”(参见欧洲法院判决, 2005 年 12 月 15 日, Italy v Commission, C-66/02, ECLI:EU:C:2005:768, 第 100 段。

²⁰⁶ 关于选择性的论证, 参见欧洲法院判决, 2005 年 3 月 3 日, Heiser, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, 第 40 段以后。

²⁰⁷ 参见欧洲法院判决, 2004 年 4 月 29 日, GIL Insurance, C-308/01, ECLI:EU:C:2004:252, 第 75 和 78 段。

²⁰⁸ 参见欧洲普通法院判决 2012 年 3 月 7 日, British Aggregates Association v Commission, T-210/02

RENV, ECLI:EU:T:2012:110, 第 49 和 50 段。即使为了转换欧盟指令在国内法体系中引入了一项税款, 这个税款仍然是参考制度。

²⁰⁹ 在 Paint Graphos 判决中法院表示, 鉴于合作社有其特殊性, 必须符合特定的经营原则, 这些经营者不能被视为与商业公司处于相似的事实和法律情况, 前提是他们以其成员的经济利益行事, 并且他们与其成员不是纯粹的商业关系, 而是私人和个人关系, 成员积极参与到业务经营中, 并有权公平分配经济业绩(参见, 欧洲法院判决, 2011 年 9 月 8 日, Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第 61 段。)

²¹⁰ 参见欧洲法院判决, 2013 年 7 月 18 日, P Oy, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, 第 27 段及后。

²¹¹ 为转换欧盟指令在国内法体系中引入了一项税款, 如果该指令在其范围内区别对待某些活动/产品, 这可以表明, 这些活动/产品依据其追求的内在目标是处于不同的情况。

必需的内在机制的结果。²¹²相反，它不可能依靠非制度所固有的外部政策目标。²¹³

139. 可能的合理化的基础可以是，例如打击欺诈或逃税的需要，考虑具体会计要求的需要，行政管理性(administrative manageability)，税收中立原则²¹⁴，所得税的累进性及其再分配的目的，避免双重征税的必要性²¹⁵或优化财政债务回收的目标。
140. 然而，成员国应该引入并适用适当的控制和监督程序，以确保与税收制度的逻辑和总体框架相一致。²¹⁶对于基于系统的性质和总体框架可证明其合法性的减损而言，还有必要确保这些措施是相称的并且不超出实现追求的合法目标的必要条件，因为目标不能通过影响较小的措施来实现。²¹⁷
141. 引入经营者区分化对待的成员国需要能够证明这种区别实际上可以通过系统的性质和总体框架实现合法性。²¹⁸

5.3. 区域选择性

142. 原则上，只有在成员国整个领土内采取的措施才能不适用条约第107条第(1)款规定的区域选择性标准。但是，如下所述，参考系统不一定必须被界定为整个成员国。²¹⁹因此，并非所有仅适用于成员国领土某些部分的措施都自动具有选择性。

²¹² 例如，欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第69段。

²¹³ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第69、70段；欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, 第81段；欧洲法院判决，2011年9月8日，Commission v Netherlands, C-279/08 P, ECLI:EU:C:2011:551；欧洲法院判决，2008年12月22日，British Aggregates v Commission, C-487/06 P, ECLI:EU:C:2008:757；以及欧洲法院判决，2013年7月18日，P Oy, C-6/12, ECLI:EU:C:2013:525, 第27段及后。

²¹⁴ 关于集体投资企业，见5.4.2节。

²¹⁵ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 法院认为，有可能依赖国家税收制度的性质或一般计划来作为这一事实的理由，即将所有利润分配给其成员的合作社自己不作为合作社征税，前提是税赋由成员个人承担（第71段）。

²¹⁶ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第74段。

²¹⁷ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第75段。

²¹⁸ 参见欧洲法院判决，2011年11月15日，Commission and Spain v Government of Gibraltar and United Kingdom, Joined Cases C-106/09 P and C-107/09 P, ECLI:EU:C:2011:732, 第146段；欧洲法院判决，2004年4月29日，Netherlands v Commission, C-159/01, ECLI:EU:C:2004:246, 第43段；欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511。

²¹⁹ 参见欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, 第57段；欧洲法院判决，2008年9月11日，Unión General de Trabajadores de La Rioja, Joined Cases C-428/06 to C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, 第47段。

143. 正如判例确定的，²²⁰如果某些要求得到满足，适用于区域或局部范围的措施可能不具有选择性。该判例法迄今只存在于税收措施。然而，由于区域选择性是一个普遍的概念，欧盟的法院所确立的关于税收措施原则也适用于其他类型的措施。

144. 为了评估区域选择性，必须区分三种情形：²²¹

- 1) 第一种情形中，一个成员国的中央政府单方面决定在一个界定的地理区域内适用较低的税收，从而使得一个措施有区域选择性。
- 2) 第二种情形对应于税收权力的对称下放²²²——这是一种税收能力分配模型，其中成员国所有特定级别（地区、地区或其他）的政府当局在法律上具有相同的自治权，独立于中央政府，在其权限范围内决定适用的税率。在这种情况下，成员国地方政府当局决定的措施没有选择性，因为不可能确定能够构成参考框架的正常税率。
- 3) 在第三种情形中——即税收权力的非对称下放²²³——只有某些区域或地方当局才能采取适用于其领土内的税收措施。在这种情况下，该措施是否具有选择性的评估，取决于有关当局是否充分独立于成员国的中央政府。²²⁴如三个关于独立性的累计标准得到满足：即制度、程序以及经济和财政自主权，则属于这种情况。²²⁵如果在区域或地方当局决定采用仅在其领土内适用的税收措施时，所有这些自治标准都存在，则该区域（而非成员国）构成地域参考框架。

5.3.1. 制度自治

145. 如果税收措施的决策已由区域或地方当局作出，其拥有自己独立于中央政府的宪法、政治和行政地位，可以确定存在制度自治。在亚速尔群岛案中，法院认为葡萄牙宪法承认亚速尔群岛是一个拥有自己政治和行政地位以及自治机构的自治区，该区也拥有自己的财政能力以及根据特定区域特征决定适

²²⁰ 参见欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, 第57段及后；欧洲法院判决，2008年9月11日，Unión General de Trabajadores de La Rioja, Joined Cases C-428/06 to C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, 第47段及后。

²²¹ 参见欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, 第63至66段。

²²² 参见2005年10月20日 Avocate General Geelhoed 的观点，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2005:618, 第60段。

²²³ 参见2005年10月20日 Avocate General Geelhoed 的观点，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2005:618, 第60段。

²²⁴ 参见欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, 第58段：“一个国内机构有可能享有法律和事实地位，这使它相对于一个成员国的中央政府具有充分的自主性，因此，通过采取措施，在界定经营者运作的政治和经济环境方面发挥基本作用的是该机构，而不是中央政府。”

²²⁵ 参见欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, 第67段。

用国家财政规定的权力。²²⁶

146. 评估个案中这些标准是否满足应包括，尤其是，审查该成员国的宪法和其他相关法律，以核实某一地区是否确实拥有其独立的政治和行政地位，以及是否拥有自己独立的，有权力行使自己财政能力自治机构。

5.3.2. 程序自治

147. 如果在中央政府不能够直接干预决定其内容的情况下，通过税收措施的决定，可以确定存在程序自治。

148. 确定程序自治存在的基本标准不是地方政府已经被认可拥有的权限范围而是该主体的自治能力。就其权限而言，可以独立通过关于税收措施的决定，也就是说，中央政府不能够直接干预其内容。

149. 中央和地区（或地方）当局之间存在避免冲突的协商或调解程序并不当然意味着地方机构不享有程序自治，关键在于是该机构，而非国家可以最终决定通过这项措施。²²⁷

150. 一个地方机构采取的行动会受限于司法审查，并不表示该机构缺乏程序自治，因为这种审查的存在是法治的内在特征。²²⁸

151. 一个地区（或地方）的税收措施不必完全脱离一个更广泛的税收制度，才不构成国家援助。特别是，所涉税收制度没有必要（评估基准、税率、退税、免税）完全下放给地方政府。²²⁹比如说，企业所得税权限的下放仅局限于在一个限定的区间内调整税率，不包括改变评估基准(免税额等)，如果预先设定的税率范围允许有关地区行使有意义的自主税收权力，中央政府不能够直接干预其内容，也可以被认为满足程序自治的条件。

²²⁶ 参见欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511, 第70段。

²²⁷ 参见欧洲法院判决，2008年9月11日，Unión General de Trabajadores de La Rioja, Joined Cases C-428/06 to C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, 第96至100段。

²²⁸ 参见欧洲法院判决，2008年9月11日，Unión General de Trabajadores de La Rioja, Joined Cases C-428/06 to C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, 第80至83段。

²²⁹ 参见欧洲法院判决，2006年9月6日，Portugal v Commission, C-88/03, ECLI:EU:C:2006:511。

5.3.3. 经济和财政自治

152. 如果一个地方机构对一项减税措施的政治和财政结果负责，则存在经济和财政自治。不包括如果该地方机构不负责预算管理的情形，也即是说，该机构不能同时控制收入和支出。
153. 因此，在确立经济和财政自治的存在时，该地区税收措施的财政结果不能被援助或其他地区或中央政府的补贴抵消。地方机构采取的税收措施和来自其他地区或成员国中央政府的财政支持之间如果存在一个直接的因果关系，则排除自治的存在。²³⁰
154. 经济和财政自治的存在不受下述事实的影响，即税收权力的下放导致的税收收入的不足（例如降低税率）同时被该低税率吸引而来的新业务在同项收入中产生的增长弥补了。
155. 自治标准既不要求税收征收管理规则下放给区域或地方当局，也不要求税收实际上由该当局征收。中央政府可以继续负责征收被下放的税收，如果征收费用是由该地方当局承担。

5.4. 有关税收措施的具体问题

156. 成员国可以自由地决定他们认为最合适的经济政策，尤其是以他们认为适合各种生产要素流动的方式分配税收负担。尽管如此，成员国对该权限的行使必须与欧盟法保持一致。²³¹

5.4.1. 合作社（cooperative societies）

157. 原则上，真正的合作社遵循社团运行原则，因而区别于其他经济运营商。²³²特别是，合作社要遵循特定的成员资格要求，并且他们的活动是为了成员共同利益，²³³而非外部投资者利益而进行的。此外，储备金和财产是不可分配的，并且必须用于各成员的共同利益。最后，合作社一般被限制进入资本

²³⁰ 参见欧洲法院判决，2008年9月11日，*Unión General de Trabajadores de La Rioja*, Joined Cases C-428/06 to C-434/06, ECLI:EU:C:2008:488, 第129段及后。

²³¹ 特别是，成员国不得引入或维持立法，导致与基本自由相违背的不相容的国家援助或歧视。参见，例如欧洲法院判决，2009年9月17日，*Glaxo Wellcome*, C-182/08, ECLI:EU:C:2009:559, 第34段及其所引案例。

²³² 参见2003年7月22日理事会关于欧洲合作社规约(EG)No 1435/2003条例的序言。

²³³ 合作社成员平等享有合作社控制权，正如“一人一票”规则所反映的那样。

市场并且获利较低。

158. 鉴于这些特点，合作社可以被认为没有与商业公司处于可比的事实和法律情形中，因此对合作社的优惠税收待遇可以成为国家援助规则规制的对象，如果：²³⁴

- 他们以成员的经济利益行事；
- 他们与成员的关系不是纯粹商业性的，而是私人的和个人的；
- 成员积极参与经营活动；
- 他们有权公平分配经济运行的成果。

159. 但是，如果审查后发现合作社与商业公司具有可比性，他应当被纳入与商业公司同样的参考框架中并按照第128至141段所述的三步法进行分析。分析的第三个步骤，需要分析该税收制度是否可以基于税收制度的逻辑而证明其合法性。²³⁵

160. 为此，应注意的是，该措施需要符合成员国税收制度的基本原则或指导原则（参照该制度固有的机制）。在这个意义上，基于合作社的减损是他们不能作为合作社纳税，例如，理由是他们把所有利润分配给他们的成员，税收因此分担到这些成员个体身上。无论如何，减税必须是合理的并且不能超出必要的范围。此外，有关成员国必须适用适当的控制和监测程序。²³⁶

5.4.2. 集体投资企业²³⁷

161. 一般认为，投资工具，如集体投资企业，²³⁸应当适用一个恰当的税收基准，因为它们基本上只是作为（第三方）投资者和作为投资对象的目标公司之间的中介机构。如果没有针对投资基金或公司的特殊税收规则，则一个投资基金可能在税收处理中被当做一个单独纳税人——对中介机构的任何收入或收益征收额外的税收。在这种情况下，成员国一般会努力减少对通过投资基金或者公司进行投资的税收不利影响（相较于个人投资者直接投资），并尽可能地确保各类型投资的最终税负大致是相同的，无论使用何种投资工具。

²³⁴ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第55、61段。

²³⁵ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第69至75段。

²³⁶ 参见欧洲法院判决，2011年9月8日，Paint Graphos and others, Joined Cases C-78/08 to C-80/08, ECLI:EU:C:2011:550, 第74、75段。

²³⁷ 本章节不限于欧洲议会和理事会关于协调有关集体投资可转让证券（UCITS）的法律，法规和行政规定的指令2009/65/EC中集体投资的经营者。也包含指令中未涵盖的其他类型的集体投资的经营者，例如，欧洲议会和理事会指令2011/61/EU中定义的另类投资基金（OJ L 174, 1.7.2011, p. 1）。

²³⁸ 这些经营者可以根据合同法（如管理公司管理的共同基金）或信托法（单位信托）或章程（如投资公司）设立。参见另类投资基金指令章程（UCITS Directive）第1条第(3)款。

162. 旨在确保集体投资基金或公司税收中立的税收措施，不应被视为具有选择性，如果这些措施没有向某些集体投资企业或某些类型的投资倾斜，²³⁹而是根据税收制度固有的整体原则减少或消除双重经济征税。就本节而言，税收中性是指无论是直接还是间接通过投资基金投资于政府证券和股份公司股票等资产，纳税人都被同等对待。相应地，为了中介机构层面财政透明的目的针对集体投资企业的税收机制可以通过有关税收制度的逻辑来证明其合理性，前提是防止双重经济征税是该有关税收制度的固有原则。相比之下，如果税收优惠措施只限于明确规定的投资工具，满足特定的条件²⁴⁰损害了处于可比法律和事实情况的其他投资工具应当被认为具有选择性，²⁴¹例如，税收规则为国有企业、社会影响投资基金或长期投资基金提供优惠待遇，并且不包括欧盟内部EuVECA，²⁴² EuSEF²⁴³或ELTIF²⁴⁴基金。
163. 但是，税收中立并不意味着这些投资工具应该完全免税，或者应当对基金经理管理基金所投资的基础资产的费用免除税收。²⁴⁵集体税收比个人税收更优惠不能使该项税收制度合法。²⁴⁶在这种情形下，税收制度是不合比例的且超出了实现防止双重征税这一目标的必需范畴也因此构成一种选择性措施。

5.4.3. 税收赦免

164. 赦免通常包括豁免刑事处罚，罚款和（部分或全部）利息。然而某些赦免要求全额缴纳应缴税款，²⁴⁷另一些要求部分免除应缴税款。²⁴⁸
165. 一般来说，如果满足以下条件，适用于经营者的税收赦免措施可以被视为一般性措施。²⁴⁹

²³⁹ 参见欧洲普通法院判决，2009年3月4日，Associazione italiana del risparmio gestito and Fineco Asset Management v Commission, T-445/05, ECLI:EU:T:2009:50, 第78段及后。在这项判决中，欧洲普通法院支持委员会2005年9月6日的2006/638/EC决定(OJ L 268, 27.9.2006, p. 1), 宣布一项援助计划与共同市场不相容，该计划向某些经营者提供税收优惠，以鼓励集体投资可转让证券，专门投资于可能在受监管的欧洲市场上交易的中小型资本公司的股票。

²⁴⁰ 例如，投资工具层面的税收待遇优惠取决于基金四分之三的资产投资于中小企业。

²⁴¹ 参见欧洲普通法院判决，2009年3月4日，Associazione italiana del risparmio gestito and Fineco Asset Management v Commission, T-445/05, ECLI:EU:T:2009:50, 第150段。

²⁴² 欧洲议会和理事会2013年4月17日关于欧洲风险资本基金的(EU)No345/2013条例(OJ L 115, 25.4.2013, p. 1)。

²⁴³ 欧洲议会和理事会2013年4月17日关于欧洲社会创业基金的(EU)No346/2013条例(OJ L 115, 25.4.2013, p. 18)。

²⁴⁴ 欧洲议会和理事会2015年4月29日关于欧洲长期投资基金的(EU)2015/760条例(OJ L 123, 19.5.2015, p. 98)。

²⁴⁵ 投资企业特殊税收处理背后的中立逻辑适用于基金资本，但不适用于管理公司自己的收入和资本。参见欧洲自由贸易联盟监督管理局2009年3月18日关于利希滕施泰因地区(德国)投资企业的征税问题的国家援助决定。

²⁴⁶ 参见委员会2010年5月12日的决定，N 131/2009, 芬兰，住宅房地产投资信托基金(REIT)(OJ C 178, 3.7.2010, p. 1), 序言第33段。

²⁴⁷ 免税可以为报告未申报资产或收入提供可能性。

²⁴⁸ 参见欧洲法院判决，2012年3月29日，Ministero dell'Economia e delle Finanze, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, 第12段。

²⁴⁹ 参见2012年7月11日委员会关于拉脱维亚免税案的决定，SA. 33183 (OJ C 1, 4.1.2013, p. 6)。

166. 首先，该措施对任何领域或规模的任何经营者的未偿还税负（在措施规定的日期到期）均有效，不会倾斜于任一预先界定的企业组群。其次，它不具有事实上的选择性，会有利于某些经营者或领域。再次，税务机关的行为仅限于管理实施税收赦免而没有任何酌情权干预措施的授予或其程度。最后，该项措施并不意味着放弃核查。

167. 在限定时间内适用税收赦免（该赦免仅短期²⁵⁰适用于在预定日期前到期的税负和在引入该税收赦免时尚未到期的税负）是税收赦免概念所固有的，旨在改善征税和纳税人的合规性。

168. 税收赦免措施也可被视为一般性措施，如果其遵循确保符合法律总原则的立法目的，例如必须在合理的时间内作出裁判的原则。²⁵¹

5.4.4. 税收裁定与和解（Tax rulings and settlements）

5.4.4.1. 行政税收裁定（Administrative tax rulings）

169. 税务裁定的作用是根据具体事实和情况，事前确定特定案件适用普通税收制度适用。出于法律确定性的原因，很多国家税务机构会就财政上如何处理特定交易提供事前的行政税务裁定。²⁵²为了确定双边税收协定或国家财政规定将如何适用于特殊案件中，或如何在关联方交易中为关联方交易设定“公平盈利”作出提前裁定，提前裁定确定某些集团内交易是否按公平原则定价可使具有不确定性的关联交易合法化。²⁵³在适用一般税收规则上，成员国可以为纳税人提供适用一般税收规则的法律确定性和可预测性，最好的保障方式是透明的行政裁定实践和公布裁决书。

170. 但是，税收裁定的颁布要遵守有关国家援助的规定。如果税收裁决认可结果不能以可靠的方式反映普通税制正常适用的结果，该裁决可能赋予适用人选择性优势，即与在类似事实和法律情况下的公司相比，该成员国裁定适用人的税负有所降低。

²⁵⁰ 申请期的长度应足以使所有适用该措施纳税人都能从中受益。

²⁵¹ 参见欧洲法院判决，2012年3月29日，Ministero dell'Economia e delle Finanze, C-417/10, ECLI:EU:C:2012:184, 第40、41、42段。

²⁵² 一些成员国已通过通告，规范其裁定实践的范围和程度。其中一些也公布了他们的裁定。

²⁵³ 参见欧盟委员会2015年10月21日在SA.38374案中的决定，星巴克，还未公布。委员会2015年10月21日SA.38375案的决定，菲亚特，还未公布，委员会2016年1月11日SA.37667案的决定，委员会2016年1月11日SA.37667案决定，超额免税国家援助计划，还未公布，所有案件均在上诉程序中。

171. 欧洲法院认为，如果一种税收措施可以使纳税人能够在集团内交易中转移定价（transfer pricing），这种价格与独立经营者之间在自由竞争条件下收取的价格不相等，该措施可能产生减少企业应税基数的结果并可能赋予该纳税人选择性优势，如果事实上，该经营者在普通税制下的税负相较于依靠实际记录的利润额确定其应税基数的独立公司而言减少了。²⁵⁴相应的，认可一项用以确定企业集团实体的征税利润的转让定价方法的税收裁定，该方法不会导致根据公平交易原则得出可靠的市场结果近似值，则该裁定赋予了其适用方选择性优势。寻找“可靠的市场结果近似值”是指任何对市场结果最佳估计的偏差都必须受到限制，并与所选择的转让定价方法或用于该近似值计算的统计工具所固有的不确定性成比例。
172. 公平原则是委员会基于条约第107条第（1）款评估授予集团企业的税收措施的必要部分，与成员国是否以及以何种形式将该原则纳入其国内法律体系无关。公平原则用于确定集团公司企业所得税应税利润是否基于可以产生可靠的市场结果近似值的方法确定的。一项支持该种方法的税收裁定确保该公司相较于根据真实利润纳税（反映了市场上按照公平原则协商确定的价格）的独立经营者而言，根据有关成员国一般税收规则不会获得优惠待遇。委员会根据国家援助规则在评估转移定价裁定时适用公平原则，是在适用《条约》第107条第（1）款，该条款禁止在税收方面不平等的对待在事实和法律上处于相似情况的经营者的。这一原则对成员国具有约束力，并且国家税收规则不排除在其范围之外。²⁵⁵
173. 在审查转移定价裁定是否符合条约第107条第（1）款固有的公平原则时，委员会可能会考虑，经济合作与发展组织（OECD）提供的指导意见，特别是《OECD 跨国企业和税务管理转移定价指南》（OECD Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations）。这些准则本身并不涉及国家援助事项，但他们在转移定价方面达成了国际共识，并为税务部门 and 跨国企业，对关于如何保证转移定价的方法能够产生符合市场条件的结果，提供了有益的指导。因此，如果转移定价安排符合OECD转移定价指南所提供的指导意见，包括选择最适当的方法并形成可靠的市场结果近似值

²⁵⁴ 参见欧洲法院判决，2006年6月22日，Belgium and Forum 187 v Commission, Joined Cases C-182/03 and C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416。在关于比利时协调中心税收制度的判决中，法院评估了对委员会决定（委员会2003年2月17日的2003/757/EC关于比利时为比利时建立的协调中心实施的援助计划（OJ L 282, 30.10.2003, p. 25））的质疑，其结论是（除其他外）根据该制度确定应税收入的方法赋予这些中心选择性优势。根据该制度，应税利润由一个固定的利率金额确定，该金额占全部营业成本和费用一定的百分比，其中不包含人事费和财务费用。根据法院的意见，“为了判断一个评估应纳税所得额的方法（例如协调中心制度下规定的那样）是否赋予它们优势，有必要，[...]，将该制度与普通税制，根据在自由竞争条件下开展经营活动的经营者的利润和支出之间的差额，进行比较。”法院认为，“将[人事费和财务费用]排除在用于确定中心应纳税收入的支出之外的效果是，转让价格与在自由竞争条件下收取的费用不同”，法院认为这会“给协调中心带来优势”（第96和97段）。

²⁵⁵ 参见欧洲法院判决，2006年6月22日，Belgium and Forum 187 v Commission [Joined Cases C-182/03 and C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, 第81段。也参见欧洲普通法院判决，2015年3月25日，T-538/11, ECLI:EU:T:2015:188, 第55、56段，及其所引案例。

的指引，那么一项支持这一安排的税收裁定不太可能构成国家援助。

174. 总之，在以下几种情况，税收裁定会授予其接收人选择性优势：

- a) 该裁定滥用国家税法并导致税额降低；²⁵⁶
- b) 该裁定不适用于具有相似法律和事实条件的其他经营者；²⁵⁷或者
- c) 管理机构对其，相对于具有相似事实和法律条件下的其他纳税人，适用更加优惠的税收待遇。例如，可能的情形是税务机关接受了转移定价安排，这种安排并不符合公平原则，因为该规则所认可的方法产生了偏离可靠的近似市场结果的结果。²⁵⁸以上规则同样适用于，如果裁定允许其适用人使用替代性的、更间接的方法计算应纳税利润，例如使用成本加成法，或者转售价格法来确定适当的转移定价，尽管可以使用更直接的方法。²⁵⁹

5. 4. 4. 2. 税收和解

175. 税收和解一般是发生在纳税人和税务机关之间，关于欠税数额的争议。税收和解在许多成员国已成了普遍的做法。这种税收和解允许税务机关在在司法程序开始前为避免长期法律争议而作出结论，并确保税收迅速收回。如果成员国在这一领域的管辖权不存在争议时，税收和解的结果可能涉及国家援助，尤其是在看上去在没有明确合法理由（比如优化债务回收），纳税额却减少的情况，或者给纳税人不成比例的税收优惠。²⁶⁰

176. 在这种情况下，税务管理部门和纳税人之间的交易，特别可能产生选择性优势：²⁶¹

- (a) 对纳税人作出不成比例的特许，纳税管理机构对其相比较其他事实和法律依据相似的其他经营者适用更优惠的政策
- (b) 税收结算与适用的税收规则不符，使得纳税额降低到正常值以外。可能是这种情况，例如，既定事实会导

²⁵⁶ 参见委员会 2003 年 2 月 17 日关于爱尔兰实施的外国收入援助计划 2003/601/EC 决定 (OJ L 204, 13. 8. 2003, p. 51), 序言第 33 至 35 段。

²⁵⁷ 例如，可能的情形是如果涉及受控实体的交易中涉及的某些经营者不被允许请求此类裁决，与预先界定的经营者类别相反。于此，参见委员会 2003 年 6 月 24 日关于美国对外销售公司的税收裁定制度的决定 2004/77/EC, (OJ L 23, 28. 1. 2004, p. 14), 序言第 56 至 62 段。

²⁵⁸ 参见委员会 2015 年 10 月 21 日 SA. 38374 案的决定，星巴克，还未公布，委员会 2015 年 10 月 21 日 SA. 38375 案的决定，菲亚特，还未公布，委员会 2016 年 1 月 11 日 SA. 37667 案决定，超额利润豁免国家援助计划，还未公布，所有案件均在上诉程序中。

²⁵⁹ 参见委员会 2002 年 10 月 16 日关于国家援助 C 50/2001 的决定 2003/438/EC, 卢森堡财务公司 (OJ L 153, 20. 6. 2003, p. 40), 序言第 43 和 44 段；委员会 2002 年 10 月 16 日关于国家援助 C 49/2001 的决定 2003/501/EC, 卢森堡协调中心 (OJ L 170, 9. 7. 2003, p. 20), 序言第 46、47 和 50 段；委员会 2003 年 2 月 17 日决定 2003/757/EC, 比利时协调中心 (OJ L 282, 30. 10. 2003, p. 25), 序言第 89 至 95 段以及相关欧洲法院法院判决，2006 年 6 月 22 日, Belgium and Forum 187 v Commission, Joined Cases C-182/03 and C-217/03, ECLI:EU:C:2006:416, 第 96 和 97 段；委员会 2003 年 5 月 13 日决定 2004/76/EC, 法国总部和物流中心 (OJ L 23, 28. 1. 2004, p. 1), 序言第 50 至 53 段；委员会 2015 年 10 月 21 日 SA. 38374 案的决定，星巴克，还未公布，上诉中，序言第 282 至 285 段；委员会 2015 年 10 月 21 日 SA. 38375 案的决定，菲亚特，还未公布，上诉中，序言第 245 段。

²⁶⁰ 参见委员会 2010 年 5 月 26 日关于国家援助 C-76/03 的决定 2011/276/EU, Umicore SA (OJ L 122, 11. 5. 2011, p. 76)。

²⁶¹ 参见委员会 2010 年 5 月 26 日关于国家援助 C-76/03 的决定 2011/276/EU, Umicore SA (OJ L 122, 11. 5. 2011, p. 76) 序言第 155 段。

致出现与基于可适用的税收规则计算出的不同的税收评估结果（但税款的数额已经非法减少）。

5.4.5. 折旧或摊销规则 (Depreciation/amortization rules)

177. 一般来说，纯粹技术性的税收措施，如折旧或摊销规则，不属于国家援助的税收措施。不同成员国有不同的计算资产折旧的方法，但这种方法可能是它们所属的税收制度固有的。

178. 评估特定资产折旧率选择性的难点在于按照要求建立标准（从这个基准中，某个特定的速率或折旧方法可能会受到减损）评估某些资产的折旧率，难于建立一个基准。在会计学中，这项工作的目的—一般是反映资产的经济折旧，也是为了公平地呈现公司的财务状况，会计处理根据不同的目的，比如允许公司根据时间扣除费用。

179. 某些类型资产或经营者的折旧动因（比如说短期折旧，更优惠的折旧方法，²⁶²早期折旧等），并不基于折旧规则的指导原则，这些政策可能会产生国家援助。相反，如果租赁合同对所有行业和规模的公司都可行，那么租赁资产的迅速和早期折旧规则可看做是一般措施。²⁶³

180. 如果税务机关有权设定不同的折旧年限或不同的估价方法，公司与公司，地区与地区不同，显然有选择性的推论。同样，如果授权不仅限于法律要求的事先核查，税务管理的事先授权作为申请折旧方案的条件，就具有选择性。²⁶⁴

5.4.6. 特定活动的固定基税 (Fixed basis tax) 制度

181. 不含自由裁量权的具体规定，比如允许在固定的基础上确定所得税，可以由制度的性质和一般原理来证明其合法性。比如说，这些规定考虑到特定会计要求或土地作为资产对某些部门的重要性。

²⁶² 余额递减法或年数总和法，而不是用最常用的直线法。

²⁶³ 参见委员会 2012 年 11 月 20 日关于国家援助 SA. 34736 案的决定，关于通过融资租赁取得的某些资产的早期折旧(OJ C 384, 13. 12. 2012, p. 1)。

²⁶⁴ 参见委员会 2006 年 12 月 20 日的决定，关于法国根据《税法典》第 39 条 CA 实施的援助计划(OJ L 112, 30. 4. 2007, p. 41), 序言第 122 段。

182. 因此，如果满足下列条件，则这些规定就不具有选择性：

- a) 固定基税制度是出于避免某些类型经营者的不适当行政负担的考虑，因为这些经营者规模较小，或因为他们所处的部门（比如农业部或渔业部）；
- b) 平均而言，相比其他经营者，相对于在固定税制管理外的经营者而言，固定税制不会带来较低税收负担，也不会为受益人其他附属机构带来额外优势。

5.4.7. 反滥用规则（Anti-abuse rules）

183. 反滥用规则是防止纳税人避税的合法措施。²⁶⁵但是，如果规则对（不适用于反滥用规则）的特定经营者或交易产生损害，则与反滥用规则的逻辑相左，而具有选择性。²⁶⁶

5.4.8. 消费税（Excise duties）

184. 虽然消费税主要在欧盟层面上协调（这可能会影响归责标准²⁶⁷），这也并不表示这一领域的任何免责都会不属于国家援助规则的范围。事实上，减少的消费税可以使经营者通过买入相关产品作或者在市场上销售相关产品而获得选择优势。²⁶⁸

6. 贸易和竞争影响

6.1. 一般原则

185. 只有支持某些经营者或某些商品的生产，扭曲了竞争或者产生扭曲竞争的威胁时，影响成员国之间的贸易，对经营者提供的公共支持才构成违反《条约》第107条第（1）款的国家援助。

186. 援助概念中两个不同的必要要素。然而，在实践中，这些标准通常在对国家援助的评估中一同处理，因为通常人们认为二者密不可分。²⁶⁹

²⁶⁵ 参见欧洲法院判决，2004年4月29日，GIL Insurance, C-308/01, ECLI:EU:C:2004:252, 第65段及后。

²⁶⁶ 参见委员会2006年12月20日的决定，关于法国根据《税法典》第39条CA实施的援助计划(OJ L 112, 30.4.2007, p. 41), 序言第81段及后。

²⁶⁷ 参见3.1节。

²⁶⁸ 参见，例如，委员会1999年2月3日的决定1999/779/EC，关于以免除直接在生产地销售给消费者的葡萄酒和其他发酵饮料的饮料税的形式授予的奥地利援助(OJ L 305, 30.11.1999, p. 27)。

²⁶⁹ 参见欧洲普通法院判决，2000年6月15日，Alzetta, Joined Cases T-298/97, T-312/97 etc., ECLI:EU:T:2000:151, 第81段。

6.2. 扭曲竞争行为

187. 当国家措施随意提高其适用主体相对于竞争经营者的竞争地位，该措施会被认为扭曲了竞争或者有扭曲竞争的威胁。²⁷⁰《条约》107条第（1）款中所规制的损害竞争的目的，普遍存在于国家在存在自由竞争或者应当存在自由竞争的领域，给予一些经营者经济优势的情形中。²⁷¹
188. 当局将一项公共服务分配给内部供应商（即使他们可以自由地将服务委托给第三方），这一事实并不能排除扭曲的可能。但是，如果满足以下几种条件的话，竞争扭曲的可能就可以被排除掉：
- a) 某项服务属于法定垄断（符合欧盟法规）；²⁷²
 - b) 法定垄断不仅排斥市场竞争，也排斥市场，因为它排除了所有可能的竞争，成为了所涉服务的独家供应商；²⁷³
 - c) 该项服务不与其他服务竞争；以及
 - d) 如果服务供应商在另一个（地域或商品）存在竞争的市场上经营，交叉补贴的情形必须被排除。这需要单独使用账户，成本和收入，并以适当的方式分配，提供法律垄断服务的公共资金不能惠及其他经营活动。
189. 即使没有帮助接受者扩大和获得市场份额，公共支持可能会扭曲竞争，如果援助使国家援助的获得者维持了没有获得国家援助不可能维持的竞争地位。通常情况下，援助减轻经营者在日常业务运作中不得不承担的费用，给受益人带来好处，此类援助足以被认为扭曲竞争²⁷⁴对国家援助的定义不要求严重或实质扭曲竞争或影响贸易。援助数额低或接受方经营者的规模小，不排除扭曲竞争或者有扭曲竞争的威胁，²⁷⁵但是，这种扭曲的可能性不能仅限于假设。²⁷⁶

²⁷⁰ 参见欧洲法院判决，1980年9月17日，Philip Morris, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209, 第11段；欧洲普通法院判决，2000年6月15日，Alzetta, Joined Cases T-298/97, T-312/97 etc., ECLI:EU:T:2000:151, 第80段。

²⁷¹ 参见欧洲普通法院判决，2000年6月15日，J, Alzetta, Joined Cases T-298/97, T-312/97 etc., ECLI:EU:T:2000:151, 第141至147段；与欧洲法院判决，2003年7月24日，Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415。

²⁷² 合法垄断存在于，如果法律或监管措施将特定的服务保留给一个（排他的）供应商，以明确禁止任何其他经营者提供这种服务的方式（甚至不能满足某些客户群体可能的剩余需求）。但是，公共服务被委托给一个特定的经营者这一简单事实，这并不意味着该经营者享有合法垄断。

²⁷³ 参见欧洲普通法院判决，2014年7月16日，Germany v Commission, T-295/12, ECLI:EU:T:2014:675, 第158段；与2002年7月7日委员会在英国—铁路网络—国家援助 No N356/2002 的决定 (OJ C 232, 28.9.2002, p. 2), 第75、76、77段。比如，如果通过竞争程序授予特许权，那么，存在市场竞争。

²⁷⁴ 参见欧洲法院判决，2005年3月3日，Heiser, C-172/03, ECLI:EU:C:2005:130, 第55段。

²⁷⁵ 参见欧洲普通法院判决，2000年9月29日，Confederación Española de Transporte de Mercancías v Commission, T-55/99, ECLI:EU:T:2000:223, 第89段；与欧洲法院判决，2003年6月20日，Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, 第81段。

²⁷⁶ 参见欧洲法院判决，2003年7月24日，Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, 第79段。

6.3. 对贸易的影响

190. 在《条约》第107条第（1）款中，对经营者的公共支持只在影响到成员国之间的贸易时构成国家援助。在这方面，不要求对成员国之间的贸易有实质影响，只需确定援助是否可能影响此类贸易。²⁷⁷特别是，欧盟法院裁定，“当援助加强被援助经营者相对其他经营者在贸易中的竞争地位，后者必须被看做是受到了援助的影响。”²⁷⁸
191. 即使接收者不直接参与跨境贸易，公共支持也可被看作是对成员国之间的贸易产生了影响。比如说，补贴可能造成市场供给维持或增加，从而使其他成员国的经营者更难进入市场。²⁷⁹
192. 相对较小的援助金额或接受该项援助的经营者规模较小，并不排除成员国间贸易受到影响的可能性。²⁸⁰对于那些只向本地或特定地区提供服务，而不向本国以外的地区提供服务的经营者，所给予的资助可能对其他成员国与可以提供此种服务（也是通过经营者建立权提供的）的经营者产生影响，这种可能性不仅仅是假设。比如说，成员国对提供运输服务的事业给予公共补贴，在这样的地方，这些服务的供应可以通过补贴来维持或增加，其结果是，其他成员国的经营者在该成员国市场上，只有较少的机会提供运输服务。²⁸¹然而，在经济活动的范围非常小的情况下，这种影响可能不大，例如，这可以通过较小的营业额来证明。
193. 原则上，即使被援助经营者将其全部或大部分产品出口到欧盟之外，也可能对贸易产生影响，但是这种情况下，影响不是即刻显现的，且不能仅仅从市场竞争开放的事实来推断。²⁸²
194. 在确定对贸易影响时，不一定要界定市场，或者详细调查该措施对受益人及

²⁷⁷ 参见欧洲法院判决，2003年7月24日，Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, 第79段；与欧洲法院判决，2015年1月14日，Eventech v The Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, 第65段；以及欧洲法院判决，2013年5月8日，Libert and others, Joined Cases C-197/11 and C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, 第76段。

²⁷⁸ 参见欧洲法院判决，2015年1月14日，Eventech v The Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, 第66段；欧洲法院判决，2013年5月8日，Libert and others, Joined Cases C-197/11 and C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, 第77段；欧洲普通法院判决，2001年4月4日，Friulia Venezia Giulia, T-288/97, ECLI:EU:T:2001:115, 第41段。

²⁷⁹ 参见欧洲法院判决，2015年1月14日，Eventech v The Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, 第67段；欧洲法院判决，2013年5月8日，Libert and others, Joined Cases C-197/11 and C-203/11, ECLI:EU:C:2013:288, 第78段；欧洲法院判决，2003年7月24日，Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, 第78段。

²⁸⁰ 参见欧洲法院判决，2015年1月14日，Eventech v The Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, 第68段。

²⁸¹ 参见欧洲法院判决，2003年7月24日，Altmark Trans, C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415, 第77和78段。

²⁸² 参见欧洲法院判决，1990年3月21日，Belgium v Commission (‘Tubemeuse’), C-142/87, ECLI:EU:C:1990:125, 第35段；欧洲法院判决，2009年4月30日，Commission v Italian Republic and Wam SpA, C-494/06 P, ECLI:EU:C:2009:272, 第62段。

其竞争者竞争地位的影响。²⁸³

195. 成员国之间贸易的影响不能仅仅是假设的或推测的。必须要明确为什么该措施扭曲了竞争或者有扭曲竞争的威胁，还有这些措施是否可以预期会影响成员国之间的贸易。²⁸⁴

196. 鉴于案件的具体情况，委员会已经考虑到了一些情况，这项援助是否仅仅为局部影响，对成员国之间的贸易没有影响。在这种情况下，委员会特别查明，受益人向成员国内的有限地区提供了货物或服务，这不太可能吸引其他成员国的顾客；并且不能预见这项措施对跨境投资和实体有较大影响。

197. 虽然不可能定义符合标准措施的一般类别，但过去的案例为委员会提供了标准，鉴于案件具体情况，公共支持不影响成员国之间的贸易，以下是符合该情况的一些例子：

- a) 主要为当地观众服务的体育和休闲设施，不太可能吸引其他会员国的顾客或者投资；²⁸⁵
- b) 从事文化经济活动²⁸⁶的实体，不太可能吸引远在其他成员国的客户或游客；²⁸⁷委员会认为，仅跨地区广泛推广的大型著名文化机构的实体可能影响成员国之间的贸易；
- c) 为当地居民提供常规范围医疗服务的医院和其他医疗保健设施，不太可能吸引其他成员国的顾客或投资；²⁸⁸
- d) 新闻媒体和/或文化产品，由于语言和地理原因，受众仅限本地的；²⁸⁹

²⁸³ 参见欧洲法院判决，1980年9月17日，Philip Morris, 730/79, ECLI:EU:C:1980:209；欧洲普通法院判决，2009年9月4日，Italy v Commission, T-211/05, ECLI:EU:T:2009:304，第157至160段；欧洲普通法院判决，2000年6月15日，Alzetta, Joined Cases T-298/97, T-312/97 etc., ECLI:EU:T:2000:151，第95段。

²⁸⁴ 参见欧洲普通法院判决，1995年7月6日，Alitec and others v Commission, Joined Cases T-447/93, T-448/93 and T-449/93, ECLI:EU:T:1995:130，第141段。

²⁸⁵ 参见，例如，委员会关于国家援助的决定，N 258/2000 Leisure Pool Dorsten (OJ C 172, 16.6.2001, p. 16)；以及 C 10/2003 — Netherlands — Non-profit harbours for recreational crafts (OJ L 34, 6.2.2004, p. 63)；SA. 37963 — United Kingdom — Alleged State aid to Glenmore Lodge (OJ C 277, 21.8.2015, p. 3)；SA. — United Kingdom — Alleged State aid to UK member — owned golf clubs (OJ C 277, 21.8.2015, p. 4)。

²⁸⁶ 参见 2.6 节：条约第 107 条第 (1) 款意义下的文化或遗产保护活动具有经济性的条件。对于非经济性质的文化或遗产保护活动，评估公共资金是否可能对贸易产生影响是没有必要的。

²⁸⁷ 参见，例如，委员会关于国家援助案的决定，N 630/2003 Local Museums Sardinia (OJ C 275, 8.11.2005, p. 3)；以及 SA. 34466 Cyprus — Center for Visual Arts and Research (OJ C 1, 4.1.2013, p. 10)；SA. 36581 Greece — Construction of Archaeological Museum, Messara, Crete (OJ C 353, 3.12.2013, p. 4)；SA. 35909 (2012/N) — Czech Republic — Infrastructure for tourism (NUTS II region Southeast) (OJ C 306, 22.10.2013, p. 4)；SA. 34891 (2012/N) — Poland — State support to Związek Gmin Fortecznych Twierdzy Przemyśl (OJ C 293, 9.10.2013, p. 1)。

²⁸⁸ 参见，例如委员会关于国家援助案的决定 N 543/2001 Ireland — Capital allowances for hospitals (OJ C 154, 28.6.2002, p. 4)；以及 SA. 34576 Portugal — Jean Piaget North-east Continuing Care Unit (OJ C 73, 13.3.2013, p. 1)；SA. 37432 — Czech Republic — Funding to public hospitals in the Hradec Králové Region (OJ C 203, 19.6.2015, p. 2)；SA. 37904 — Germany — Alleged State aid to medical center in Durmersheim (OJ C 188, 5.6.2015, p. 2)；SA. 38035 — Germany — Alleged aid to a specialised rehabilitation clinic for orthopaedic medicine and trauma surgery (OJ C 188, 5.6.2015, p. 3)。

²⁸⁹ 参见，例如委员会关于国家援助案决定 N 257/2007 Subsidies for theatre productions in the Basque country (OJ C 173, 26.7.2007, p. 1)；N 458/2004 Editorial Andaluza Holding (OJ C 131, 28.5.2005, p. 1)；SA. 33243 Jornal

- e) 一个会议中心，其位置和援助对价格的潜在影响，不可能影响其他成员国的；²⁹⁰
- f) 信息和网络平台，仅为解决已知较小区域的失业问题与社会冲突的；²⁹¹
- g) 一直仅为当地用户服务的小型机场²⁹²或港口²⁹³，仅局限于向本地提供服务的，对跨境投资的影响实际上不严重；
- h) 在一些设施有限、旅游能力有限的地区，对某些索道(特别是滑雪升降机)进行财政支持的。委员会指出，为了区分对跨国贸易有影响的、能够吸引非本地用户的设施与基本对跨国贸易无影响的、仅有限容纳本地客户和旅客的设施，需要考虑以下因素：²⁹⁴ a) 安装地点(例如城市内部或村庄之间)； b) 作业时间； c) 主要的本地用户(每日所占，而非每周所占的比例)； d) 与居民用户数量有关的设施总数和容量； e) 该地区其他与旅游相关的设施。类似的因素加上必要的调整，也和其他类型的设施相关。

198. 即使是大多数获得援助足够可以影响成员国之间的贸易，并扭曲竞争或有扭曲竞争的威胁的事项，这些事项(circumstance)应当以适当的方式开始。在国家援助的框架内，只需要检查特定框架的特征通常非常重要。²⁹⁵

7. 基础设施 (Infrastructure)：一些具体说明

7.1. 介绍

199. 本通告中规定的国家援助概念的指南，适用于支持具有经济用途的基础设施的公共资金，如同它适用于任何有利于经济活动的其他公共资金一样。²⁹⁶然而，考虑到公共基础设施建设资金的战略重要性，不仅仅在于促进经济增长以及经常产生的问题。当基础设施建设的公共资金使经营者受益、赋予经营者优势并对市场竞争环境产生影响时，对此提供具体引导十分必要。

200. 基础设施项目通常涉及多个行业的参与者，涉及到的任何国家援助都可能有利于建设(包括扩展或改进)、运营或基础设施的使用。²⁹⁷基于本节之目的需要，有必要区分基础设施的开发商和/或所有人(“开发商/所有人”²⁹⁸)，经

da Madeira (OJ C 16, 19.1.2013, p.1)。

²⁹⁰ 参见，例如委员会在国家援助案中的决定 N 486/2002 Sweden — Congress hall in Visby (OJ C 75, 27.3.2003, p.2)。

²⁹¹ 参见，例如委员会在国家援助案中的决定 SA. 33149 — Germany — Alleged unlawful State aid for the Städtische Projekt ‘Wirtschaftsbür Gaarden’ — Kiel (OJ C 188, 5.6.2015, p.1)。

²⁹² 参见，例如委员会在国家援助案中的决定 SA. 38441 — United Kingdom — Isles of Scilly Air links (OJ C 5, 9.1.2015, p.4)。

²⁹³ 参见，例如委员会在国家援助案中的决定 SA. 39403 — Netherlands — Investment in the port of Lauwersoog (OJ C 259, 7.8.2015, p.4)； SA. 42219 — Germany — Refurbishment of the Schuhmacher-quay in the port of Maasholm (OJ C 426, 18.12.2015, p.5)。

²⁹⁴ 委员会就 N 376/01 国家援助案向成员国和其他利益关系方发出的通讯—索道援助计划 (OJ C 172, 18.7.2002, p.2)。

²⁹⁵ 参见，例如欧洲法院判决，1987年10月14日，Germany v Commission, 248/84, ECLI:EU:C:1987:437, 第18段。

²⁹⁶ “对基础设施的公共资助”包括为建设、获取或运营基础设施提供国家资源的所有形式。

²⁹⁷ 本节不涉及对参与基础设施建设的承包商的潜在援助。

²⁹⁸ “所有人”包括对基础设施行使有效所有权并享有其经济利益的任何实体。例如，如果所有人将其所有权委托给代表

营者（即直接使用基础设施为最终用户提供服务，其中包括从开发商/所有人那里获得基础设施并合理利用，或是对基础设施的使用和经营获得特许或租赁的经营者），以及基础设施的最终用户，即使这些功能在某些情况下可能重叠。

7.2. 针对开发商/所有人的援助

7.2.1. 经济活动与非经济活动

201. 许多基础设施的公共资金在传统上被看作不属于国家援助规则规制范围，因为他们的建设和运营被认为是公共政策的一般措施，而不是经济活动。²⁹⁹但是，最近的一些因素，如自由化、私有化、市场整合和技术进步，已经扩大了基础设施商业开发的范围。

202. 在对巴黎机场一案的判决³⁰⁰中，欧盟常设法院认可了这一演化，认定一个机场的运营应被视为一项经济活动。近日，“莱比锡/哈雷”一案的判决³⁰¹认为，商业机场跑道的建设本身就是一项经济活动。虽然这些案件都仅具体涉及机场，联邦法院发展的原则似乎进行更广泛地解释，并适用于与经济活动密不可分的其他基础设施。³⁰²

203. 另一方面，不打算进行商业化开发的基础设施资金，原则上不适用国家援助规则。例如，用于国家在行使公共权力时使用的基础设施（比如说军事设施、机场的空中交通管制，对一般的导航包括内河航道需要灯塔等设备，其他与内河航道通航有关的设备，涉及到公共利益的洪水防范与枯水管理，警察及海关），或者不在市场上提供商品或服务（比如说免费公路）。这样的活动不具有经济性质，因此不属于国家援助规则的规制范围，相应地，用于公共基础设施的公共资金不属于欧盟国家援助规则规制范围。³⁰³

所有人管理基础设施的独立实体（例如，给一个港口主管机构），这可以被看作国家援助控制目的下的所有者替换。

²⁹⁹ 关于竞争政策的第 25 期报告，1995, pt. 175。

³⁰⁰ 参见欧洲普通法院判决，2000 年 12 月 12 日，Aéroports de Paris v Commission, T-128/98, ECLI:EU:T:2000:290, 第 125 段，上诉中由欧洲法院判决确认，2002 年 10 月 24 日，Aéroports de Paris v Commission, C-82/01 P, ECLI:EU:C:2002:617；也参见欧洲普通法院判决，2008 年 12 月 17 日，Ryanair v Commission, T-196/04, ECLI:EU:T:2008:585, 第 88 段。

³⁰¹ 参见欧洲普通法院判决，2011 年 3 月 24 日，Freistaat Sachsen and Land Sachsen-Anhalt and Others v Commission, Joined Cases T-443/08 and T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, 特别是第 93 和 94 段，上诉中由欧洲法院判决维持，2012 年 12 月 19 日，Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Commission, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, 特别是第 40 至 43 段，47 段。

³⁰² 参见欧洲法院判决，2012 年 12 月 19 日，Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Commission, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, 第 43 和 44 段；欧洲法院判决，2015 年 1 月 14 日，Eventech v The Parking Adjudicator, C-518/13, ECLI:EU:C:2015:9, 第 40 段。

³⁰³ 参见欧洲法院判决，1987 年 6 月 16 日，Commission v Italy, C-118/85, ECLI:EU:C:1987:283, 第 7、8 段；欧洲法院判决，1988 年 5 月 4 日，Bodson/Pompes funèbres des régions libérées, C-30/87, ECLI:EU:C:1988:225, 第 18 段；欧洲普通法院判决，2011 年 3 月 24 日，Freistaat Sachsen and Land Sachsen-Anhalt and Others v

204. 最初用于非经济活动的基础设施，后来被重新分配到经济用途（例如将一个军用机场转为民用），只有将基础设施转化为经济用途所产生的费用，才会纳入国家援助规则的评估中。³⁰⁴
205. 如果基础设施用于经济和非经济活动，用于建设的公共资金，在与经济活动成本有关的范围内，受国家援助规则规制。
206. 如果一个实体从事经济和非经济活动，成员国必须保证，为非经济活动提供的公共资金不能用于对经济活动进行交叉补贴。这可以通过限制公共资金对非经济活动的净成本（包括资金成本）来加以控制，在明确账户分离的基础上进行识别。
207. 在混合使用的情况下，如果基础设施几乎完全用于非经济活动，只要经济用途纯粹是附属的，委员会便会认为其资金整体不适用国家援助规则，也就是说，某项活动与基础设施的运作直接相关，并且有必要，或活动的本质与其主要非经济用途有关。经济活动消耗与主要非经济活动投入相同，例如材料、设备、劳动力或固定资本，应被视为上述情况。相对于基础设施的容量，辅助经济活动必须保持有限的范围。³⁰⁵这种辅助经济活动的例子，可能包括一个研究机构偶尔把设备和实验室出租给工业合作伙伴的情况。³⁰⁶委员会还认为，公共基础设施（如餐馆、商店或有偿停车）提供的公共资金几乎完全用于非经济活动，因为这些便利设施通常不影响成员国之间的贸易，因为这些设施不太可能吸引来自其他成员国的客户，他们的融资不太可能对跨境投资或实体产生额外的边际效应。
208. 根据法院对在莱比锡/哈雷一案中的判决，一项基础设施，或者其中一部分的建设，都可能属于行使公共权力。³⁰⁷在这种情况下，基础设施（或基础设施的相关部分）的公共资金不受国家援助规则的约束。

Commission, Joined Cases T-443/08 and T-455/08, ECLI:EU:T:2011:117, 第 98 段。

³⁰⁴ 参见欧洲委员会关于国际援助的决定 SA. 23324 — Tampere-Pirkkala Airport (OJ L 309, 13. 11. 2013, p. 27), 以及 SA. 35388 — Poland — Setting up the Gdynia-Kosakowo Airport。

³⁰⁵ 就此，当每年分配给这种活动的容量不超过基础设施年度总容量的 20% 时，基础设施的经济用途可以认为是辅助性的。

³⁰⁶ 如果这些活动不再是辅助性的，次级经济活动也会受限于国家援助规则（参见欧洲普通法院判决，2013 年 9 月 12 日，Germany v Commission, T-347/09, ECLI:EU:T:2013:418, 关于自然保护组织的木材销售和旅游活动）。

³⁰⁷ 参见欧洲法院判决，2012 年 12 月 19 日，Mitteldeutsche Flughafen AG and Flughafen Leipzig-Halle GmbH v Commission, C-288/11 P, ECLI:EU:C:2012:821, 第 47 段。

209. 由于在巴黎机场一案进行判决之前存在的不确定性，公共机构可以认为，在该判决之前授予公共基础设施的公共资金不构成非法国家援助，它是合法的，而且，相应地，这些措施不需要通知委员会。因此，在巴黎机场一案判决前，委员会不能当然地将此类措施纳入到国家援助问题范围内。³⁰⁸这并不意味着关于国家援助存在或不存在或关于资助措施合法性的假设，在巴黎机场一案审判之前，国家援助措施没有普遍被接受，必须逐案判断。³⁰⁹

7.2.2. 竞争扭曲与影响贸易

210. 相关的案件中，委员会认为，某些措施不能够影响成员国之间贸易，正如在第196段和197段中提到的那样，这些案件与基础设施的公共资金有关，特别是地方或市政建设，即使它们是商业开发的。这种情况的一个相关特征，典型的就是本地集水区，跨国投资不太可能受到显著影响。比如说，建设本地休闲设施、医疗设施、小型机场或港口，主要为了服务于本地用户，而对跨境投资的影响是微乎其微的，不太可能影响贸易。对贸易没有产生影响的证据，包括表明对成员国以外的基础设施的使用有限，正在考虑的市场跨境投资较少，从而不太可能受到不利影响。

211. 某些基础设施在一些情况下不会面对来自其他同类基础设施，或是其他具有明显可替代性的不同类基础设施或相同服务的直接竞争。³¹⁰基础设施之间缺少直接竞争，比如综合网络基础设施³¹¹是自然垄断，也就是说，重复是不经济的做法。同样，在有些部门里面，基础设施建设的民间投资意义可能不大。³¹²委员会认为，如果满足以下条件(i) 基础设施通常不面临直接竞争，(ii) 民间投资在相关部门和成员国中意义不大(iii) 基础设施的设计不是为了有利于特定的经营者或部门，而是为社会提供福利，通常可以排除基础设施建设影响成员国贸易或者扭曲竞争。

212. 为了使某一项目的全部公共资金不适用国家援助规则，成员国必须确保，在第211款所述情况下，基础设施的建设提供资金不能被用于交叉补贴或间接补贴其他经济活动，其中包括基础设施的运作。可以通过确保基础设施所有者不从事任何其他经济活动来排除交叉补贴，或者，如果基础设施所有者从

³⁰⁸ 参见委员会关于国家援助的决定，SA. 23600, *Financing Arrangements for Munich Airport Terminal 2* (OJ L 319, 29. 11. 2013, p. 8), 序言第 74 至 81 段。委员会 1994 年航空指南表示“基础设施建设或扩建项目(例如机场、高速公路、桥梁等)是委员会根据条约关于国家援助规则不能控制的一般经济政策措施。”(OJ C 350, 10. 12. 1994, p. 5), 第 12 段。

³⁰⁹ 这些阐述不妨碍已经在其他案例中获得指导的情况下适用聚合政策规则。例如参见委员会对 COCOF 的指导性说明：核查基础设施案件中对国家援助规则的遵守情况，可通过以下方式获得：

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/cocof/2012/cocof_12_0059_01_en.pdf.

³¹⁰ 例如，由商业渡轮运营商提供的服务可以与收费桥梁或隧道竞争。

³¹¹ 在网络基础设施中，网络的不同元素相互补充，而不是相互竞争。

³¹² 某一部门的市场融资是否微不足道，必须由有关成员国而不是区域或地方层面来评估，与评估成员国国内是否存在一个市场相似(参见，例如欧盟普通法院判决，2015 年 11 月 26 日，Spain v Commission, T-461/13, ECLI:EU:T:2015:891, 第 44 段)。

事任何其他经济活动——通过分开记账，以适当的方式分配成本和收入，确保任何公共资金不利于其他活动。例如，通过招标操作来确定保，特别是证明基础设施操作者，不存在间接援助。

7.2.3. 对基础设施开发商/所有人的援助——各部门的概览

213. 本节概述了委员会如何评估不同部门基础设施资金的国家援助性质，考虑典型公共基础设施资金的主要特征以及结合上述可识别情形显示的当前不同行业特点。这不影响根据项目特点个案评估的结果以及某个成员国组织的与基础设施使用、商业服务和内部市场发展向关联的服务条款。这不是要取代对于投向特定基础设施的资金措施是否满足国家援助框架所有构成要件的个案评估。委员会在其指南和框架中提供针对具体部门更详细的指导。

214. 机场基础设施由不同类型的基础设施组成。根据联邦法院的判例，大多数机场基础设施³¹³旨在为航空公司有偿提供机场服务³¹⁴，这与经济活动相当，他们的资金因而受国家援助规则的约束。同样地，如果基础设施旨在为其他用户提供非航空商业服务，其公共资金受国家援助规则的约束。³¹⁵由于机场经常相互竞争，机场基础设施的资金也可能影响成员国之间的贸易。相比之下，在国家行使其公共权力的情况下，承担国家责任的基础设施公共资金不属于欧盟国家援助规制。空中交通管制、飞机救援和消防、警察、海关，以及在机场维护民用航空免受非法干涉的行为，通常被认为是非经济性质的。

215. 同样地，从委员会的决策实践来看，³¹⁶港口基础设施的公共资助有利于经济活动，因此在原则上要受到国家援助规则的约束。但是，基础设施投资如果是国家行使公共权力活动所必需的，则不受国家援助控制。海上交通管制、消防、警察和海关一般都属于这种非经济性质。

216. 宽带基础设施被用于向最终用户提供电信连接，向终端用户提供付费的连接，是一种经济活动。宽带基础设施在许多情况下是由运营商建立的在无任何国家资金资助下建立的，这是显著的市场融资证据。在许多地理区域，存在着不同运营商的网络相互竞争。³¹⁷宽带基础设施是大型、互联和商业开发网络的一部分。正如关于宽带网络快速布局的国家援助规则应用指南中所阐述的

³¹³ 例如跑道和照明系统、航站楼、停机坪、滑行道或集中的地面装卸基础设施，例如行李带。

³¹⁴ 关于机场和航空公司的国家援助的指南 (OJ C 99, 4.4.2014, p. 3), 序言第 31 段。

³¹⁵ 关于机场和航空公司的国家援助的指南 (OJ C 99, 4.4.2014, p. 3), 序言第 33 段。

³¹⁶ 参见委员会 2014 年 3 月 27 日关于国家援助的决定, SA. 38302 — Italy — Port of Salerno; 委员会 2012 年 2 月 22 日关于国家援助的决定, SA. 30742 (N/2010) — Lithuania — Construction of infrastructure for the passenger and cargo ferries terminal in Klaipeda (OJ C 121, 26.4.2012, p. 1); 委员会 2013 年 7 月 2 日关于国家援助的决定, SA. 35418 (2012/N) — 希腊 — 扩建比雷埃夫斯港 (OJ C 256, 5.9.2013, p. 2)。

³¹⁷ 如 211 段和脚注 312 所述, 某一部门的市场融资是否微不足道, 必须由有关成员国而不是区域或地方层面来评估。

那样³¹⁸，基于这些原因，用于向终端用户提供宽带基础设施的公共资金属于国家援助规则规制的对象。相比之下，只联通公共机构的行为是一种非经济活动，因此“封闭网络”公共资金不构成国家援助规制对象。³¹⁹

217. 能源基础设施³²⁰用于提供付费能源服务，相当于一种经济活动。在很大程度上，能源基础设施是由市场参与者建造的，还通过了用户收费融资，这是显著市场融资的证据。因此，能源基础设施的公共资金支持经济活动，并可能对成员国之间的贸易产生影响，原则上受国家援助规则的约束。³²¹

218. 研究基础设施的公共资助可能支持经济活动，因此，在基础设施实际上是为了履行经济活动的前提下，必须遵守国家援助规则（比如向经营者租赁设备或实验室，向经营者提供服务或者为履行合同进行研究）。相比之下，用于支持非经济活动的研究基础设施的公共资金，如为增加知识、更好的理解的独立研究，不受国家援助规则规制。关于研究领域经济和非经济活动区别的更详细指导，参见研究、发展和创新的国家援助框架所提供的阐释。³²²

219. 铁路基础设施³²³的运行可以算作经济活动。为潜在用户提供平等、非歧视适用的铁路基础设施建设³²⁴——相对于基础设施运营而言——通常符合第211段规定的条件，因此，它的融资通常不会影响成员国之间的贸易或扭曲竞争。为了确保某一项目的全部资金不受国家援助规则的约束，成员国也必须确保满足第212项所规定的条件。同样的道理也适用于对铁路桥梁、铁路隧道和城市轨道交通基础设施的投资³²⁵。

220. 鉴于道路免费供公众使用，因此公共资金不受国家援助规则规制，而收费公路的运营在许多情况下属于经济活动。不过，公路基础设施的建设³²⁶，包括

³¹⁸ OJ C 25, 26. 1. 2013, p. 1. 该指南解释说宽带行业具有特定的特征，特别是宽带网络可以容纳多个电信业务运营商并因此可以为竞争运营商的存在提供机会。

³¹⁹ 欧盟关于国家援助规则应用于快速部署宽带网络方面的指南（OJ C 25, 26. 1. 2013, p. 1），序言第 11 段和脚注 14。

³²⁰ 能源基础设施包括，特别是，用于电力、天然气和石油的传输、分配和存储的基础设施。更多的细节参见关于为环境保护和能源的国家援助的指南中的定义，2014-2020（OJ C 200, 28. 6. 2014, p. 1），序言第 31 段。

³²¹ 关于为环境保护和能源的国家援助的指南，2014-2020（OJ C 200, 28. 6. 2014, p. 1），第 3.8 节；委员会 2014 年 7 月 10 日关于国家援助的决定，SA. 36290 — United Kingdom — Northern Ireland Gas Pipeline；延伸到西部和西北部。

³²² OJ C 198, 27. 6. 2014, p. 1, 序言第 17 段及后。

³²³ 例如轨道和火车站。

³²⁴ 该观点不妨碍评价国家给予基础设施运营商的任何优势是否都等于国家援助。例如，如果对基础设施的运营是合法垄断以及如果基础设施运营的市场竞争被排除了，国家对授予基础设施运营商的优势不会扭曲竞争并因此不构成国家援助。参见本通讯第 188 段和委员会 2002 年 7 月 17 日关于国家援助的决定，N 356/2002 — United Kingdom Network Rail 和委员会 2013 年 5 月 2 日的决定 SA. 35948 — Czech Republic — Prolongation of interoperability scheme in railway transport。如在第 188 段中解释的，如果所有人或运营商在另一个自由市场运营，为了防止交叉补贴，应该保有独立的账户，以适当的方式分配成本和营收，并确保任何公共资助不会惠及其他活动。

³²⁵ 例如轻轨或地下公共交通工具。

³²⁶ 包括连接商业可开发土地的道路，参见委员会 2014 年 10 月 1 日的决定 SA. 36147 — Alleged infrastructure aid for Propapier 和委员会 2016 年 1 月 8 日的决定 SA. 36019 — Road infrastructure measures in the vicinity of a real

收费公路——尤其符合第211款规定的条件，因此，对它的资助通常不会影响成员国之间的贸易或扭曲竞争。³²⁷为了确保某一项目的全部资金不受国家援助规则的约束，成员国也必须确保满足第212款所规定的条件。同样的道理也适用于对桥梁、隧道和国内水路建设的投资（比如河流与运河）。

221. 供水管网和污水管网³²⁸的运行属于经济活动，建设一个综合性的供水和污水管网，通常符合第211款所列举的条件，因此，它的融资通常不会扭曲竞争或影响成员国之间的贸易。为了确保某一项目的全部资金不受国家援助规则的束缚，成员国也必须确保第212款所规定的条件得以履行。

7.3. 向运营商提供的资助 (Aid to operators)

222. 凡满足《条约》107条第（1）款的所有构成要件，国家援助存在于基础设施开发商/所有人，无论他们直接使用基础设施来提供货物或服务，或者将基础设施提供给第三方运营商，由他们为基础设施的最终用户提供服务（例如，机场所有人授权他人自机场提供服务）。

223. 如果基础设施运营为运营商提供了在正常市场条件下不可能获得的经济利益，使用受援助的基础设施为终端消费者提供服务的运营商便获得经济优势。利用辅助基础设施向终端用户提供服务的运营商就会获得优势。普遍适用于，运营商支付基础设施开发权费用低于正常市场条件下具有可比性的基础设施所应支付的费用情况。关于如何确定运营条款是否符合市场条件的指南，在第4.2节中已经提出来了。与这部分相关，委员会认为，如果运营商运营基础设施（或其部分）的特许权通过招标获得，此项招标符合第90至第96款列举的所有相关条件，经营者的经济优势就可以被排除。³²⁹

224. 但是，如果一个成员国不履行其通知义务，并且对开发商/所有人的援助是否与内部统一市场相容存在不确定性，委员会可以提出禁令，要求成员国暂停援助措施的实施，暂时收回所有援助款，直到委员会对国家援助的内部市场相容性作出决定。此外，成员国法官也有义务根据竞争对手的请求履行相同的程序。另外，在评估该援助措施之后，如果委员会决定，宣布援助措施与内部市场不相容，并责令其收回援助，对基础设施运营商的影响应一并考

estate project — Uplace.

³²⁷ 不能排除国家援助的一个非典型情况是，例如，两个成员国之间的桥梁或隧道，为商业渡轮运营商提供的服务提供大量可替代的服务或建设与另一条收费公路直接竞争的收费公路（例如两条彼此平行的收费公路，从而提供大量的替代服务）。

³²⁸ 供水和废水网络包括分配水和废水运输的基础设施，例如相应的管道。

³²⁹ 参见委员会2014年10月1日的决定，SA.38478 — Hungary — Development of the Győr-Gönyű National Public Port。相反，对基础设施开发商/所有人的优势不会因为招标被排除，招标只能减少授予的援助。

虑。

7.4. 对终端用户的援助 (Aid to end-users)

225. 如果基础设施的经营者接受国家援助或者其资源构成了国家资源，这就使该经营者相对于基础设施用户（如果用户是经营者的话）而言具有优势地位，除非其使用条款符合MEO测试，也就是说，基础设施在市场条件下供用户使用。
226. 根据在第4.2节中所解释的一般原则，当基础设施的使用费已经通过招标设置，并满足了在第90至第96款中所规定的所有相关条件时，相对于使用者的优势可以被排除。
227. 正如在第4.2条中所解释的那样，在没有具体证据的情况下，交易是否符合市场条件的问题可以通过参照物（比较基准法）来分析，分析同等条件下，具有可比性的私营运营者使用有可比性基础设施的情形，假设参照物是存在的。
228. 如果不能应用上述任何一种评估标准，则可以基于普遍接受的、标准的评估方法来确立交易是否符合市场条件。委员会认为，开放的、不专门服务于任何特定用户的基础设施可以通过MEO试验，可以预计这个基础设施的用户能够逐步增加项目/运营商的收益率。这种情况下，基础设施的运营商与私人用户达成协议，允许覆盖所有成本，其中包括基于良好前景的中期合理利润率预估。该评估应考虑到运营商的全部增量收益，以及涉及特定用户活动所产生的预期增量成本。³³⁰

8. 最终条款

229. 此通讯代替以下委员会通讯及公告：
委员会对成员国 第 93/C-307/03 号通讯，关于欧洲经济共同体条约第 92, 93 条的适用，以及委员会 80/723/EEC 号指令第 5 条关于制造业公用经营者的规定³³¹；
委员会关于公共机构出售土地及建筑物的国家援助的通讯³³²；
委员会国家援助规则在直接营业税措施中的适用的通知。³³³；

³³⁰ 参见，例如委员会 2014 年 10 月 1 日的决定，SA. 36147, Alleged infrastructure aid for Propapier。也参见关于机场和航空公司的国家援助的指南 (OJ C 99, 4. 4. 2014, p. 3)，序言第 61 至 64 段。

³³¹ OJ C 307, 13. 11. 1993 p. 3。

³³² OJ C 209, 10. 7. 1997, p. 3。

230. 当前通讯取代任何涉及国家援助概念的相反声明，包括现存委员会通讯以及框架，对特定领域以及特殊合法性保留声明。

³³³0J C 384, 10. 12. 1998, p. 3.