

# Michał Krzykowski

---

## Nadużywanie pozycji dominującej na polskim rynku energetycznym w świetle wybranego orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

---

Studia Prawnoustrojowe nr 24, 127-145

---

2014

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

**Michał Krzykowski**

Katedra Prawa Gospodarczego

Wydział Prawa i Administracji UWM

## **Nadużywanie pozycji dominującej na polskim rynku energetycznym w świetle wybranego orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

### **Wprowadzenie**

Skuteczna konkurencja<sup>1</sup> na rynku jest jednym z podstawowych instrumentów efektywnej alokacji dostępnych zasobów. Truizmem wydaje się szczegółowe uzasadnianie tej tezy, niemniej warto podkreślić, że praktyki ograniczające konkurencję (które w świetle obowiązujących regulacji prawnych rozumiane są jako antykonkurencyjne porozumienia oraz nadużywanie pozycji dominującej) mogą prowadzić w skrajnym przypadku nawet do monopolizacji rynku. Ze względu na specyfikę sektora energetycznego, który przez dziesięciolecia charakteryzował się dominacją przedsiębiorstw państwowych<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Zgodnie z dorobkiem doktryny i orzecznictwa skuteczna konkurencja to taki poziom intensywności konkurencji na danym rynku, który nie odpowiada co prawda postulatowi konkurencji doskonałej, ale pozwala stwierdzić, że uzyskiwane są w wystarczającym stopniu korzyści związane z konkurencją między przedsiębiorcami. T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 39; zob. także Z. Brodecki (red.), *Traktat o Unii Europejskiej. Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską. Komentarz*, Lexis Nexis, Warszawa 2006, s. 308.

<sup>2</sup> Stan ten wynikał w przeważającej mierze z przypisywania energetyce strategicznego charakteru dla bezpieczeństwa państwa. Z jednej strony bowiem mamy do czynienia z kwestią zapewnienia odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa energetycznego, z drugiej natomiast z przeświadczeniem, że energia elektryczna i gaz ziemny mają charakter usługi publicznej, a zatem powinny być dostępne na określonych warunkach, w praktyce nieuwzględniających rzeczywistych kosztów jej dostawy. W przeszłości specyfika ta stanowiła uzasadnienie dla całkowitego jej wyłączenia spod reżimu konkurencji rynkowej i poddania jej kontroli z strony organów publicznych, obecnie natomiast stanowi argument za wprowadzaniem regulacji umożliwiających konkurencję.

oraz pionowym zintegrowaniem, jest on szczególnie podatny na praktyki polegające na nadużywaniu pozycji dominującej.

Tematyka artykułu koncentruje się na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku energetycznym ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) na przestrzeni lat 2008–2012. Przyjęcie takiego zakresu czasowego związane jest z potrzebą weryfikacji skuteczności podejmowanych przez Prezesa UOKiK działań na podstawie nowego reżimu prawnego, tj. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów<sup>3</sup> (dalej: u.o.k.k.) oraz swego rodzaju diagnozy w zakresie podstawowych tendencji, jakie towarzyszą nadużywaniu pozycji dominującej na rynku energetycznym.

## **Nadużywanie pozycji dominującej – uwarunkowania prawne**

Jedną z podstawowych funkcji ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, obok podejmowanej w interesie publicznym<sup>4</sup> ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów, jest ochrona konkurencji. Tym samym dobrem prawnie chronionym jest samo istnienie konkurencji jako atmosfery, w jakiej prowadzona jest działalność gospodarza. Równocześnie niejako przy okazji funkcjonowania samej konkurencji prowadzona jest ochrona konsumentów jako nabywców oferowanych dóbr i usług. Nie sposób przy tym pominąć faktu, że ustawodawca nie definiuje pojęcia konkurencji, co skutkuje niejednokrotnie wątpliwościami interpretacyjnymi. Zasadniczo w doktrynie i orzecznictwie współistnieją dwa nurty: tzw. strukturalny (podmiotowy, wolnościowy) i tzw. funkcjonalny (podmiotowy). Pierwszy z nich należy rozumieć jako proces rynkowej rywalizacji (współzawodnictwa rynkowego) samodzielnych przedsiębiorców. Drugi natomiast opiera się na uznawaniu konkurencji za mechanizm regulujący zachowania rynkowe przedsiębiorców i prowadzący do maksymalizacji efektywności (alokacyjnej, produkcyjnej i dynamicznej) działań przedsiębiorców<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Dz.U. z 2007 r., nr 50, poz. 331 ze zm.

<sup>4</sup> Interes publiczny w postępowaniu administracyjnym nie jest pojęciem jednolitym i stałym i w każdej sprawie powinien on być ustalony i skonkretyzowany. Prezes UOKiK powinien być w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji rzecznikiem tego interesu, albowiem wynika to z jego zadań w strukturze administracji publicznej. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma zastosowanie wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku. Zob. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lipca 2001 r., sygn. XVII Ama 108/00; wyrok SN z dnia 29 maja 2001 r., sygn. I CjN 1217/98.

<sup>5</sup> T. Skoczny (red.), op. cit., s. 40–41.

Kazimierz Strzyckowski wskazuje, że zasada konkurencji „jest zasadą prawa gospodarczego publicznego, gdyż konkurencja jako podstawowy mechanizm gospodarki rynkowej orientuje proces oddziaływania organów władzy publicznej na gospodarkę”<sup>6</sup>. Należy przy tym nadmienić, że w świetle Konstytucji RP<sup>7</sup> konkurencja nie stanowi *experssis verbis* jednej z zasad polskiego ustroju gospodarczego. W ocenie autora luka prawna w tym obszarze nie prowadzi jednakże *expicite* do wyłączenia konkurencji z katalogu zasad ustrojowych. Możliwe jest bowiem jej zrekonstruowanie w oparciu o inne postanowienia Konstytucji, w tym przede wszystkim art. 76, zgodnie z którym „władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi”. Warto także zwrócić uwagę na związek, jaki zachodzi pomiędzy wartościami leżącymi u podstaw społecznej gospodarki rynkowej jako fundamentu ustroju gospodarczego RP, tj. wolnością działalności gospodarczej i własnością prywatną<sup>8</sup>. W tym kontekście konkurencja została zagwarantowana konstytucyjnie jako konsekwencja powyższych wartości oraz związanych z nimi instytucji prawnych, a w szczególności swobody umownej, które tworzą ustrój gospodarki konkurencyjnej<sup>9</sup>.

Zarówno w świetle prawa Unii Europejskiej, jak i krajowego nadużywanie pozycji dominującej to jedna z dwóch zakazanych praktyk ograniczających konkurencję. Na gruncie prawa polskiego zakaz nadużywania pozycji dominującej został ustanowiony w art. 9 u.o.k.k. Jednocześnie w wyniku decentralizacji uprawnień w zakresie stosowania unijnego prawa konkurencji<sup>10</sup> krajowe organy ochrony konkurencji oraz sądy zostały wyposażone w kompetencje do stosowania art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej<sup>11</sup>, stanowiącego odpowiednik art. 9 u.o.k.k. Normą o charakterze kolizyjnym, która przesądza o zastosowaniu prawa unijnego, jest potencjalny lub rzeczywisty odczuwalny wpływ na handel między państwami członkowskimi<sup>12</sup>. Punktem ciężkości jest w tym przypadku ustalenie, czy struktura

<sup>6</sup> K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 112.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

<sup>8</sup> Zob. art. 20 Konstytucji RP.

<sup>9</sup> K. Strzyckowski, op. cit., s. 113.

<sup>10</sup> Potrzeba wprowadzenia zmian w tym obszarze podyktowana była przede wszystkim koniecznością modyfikacji dotychczasowego systemu, który utrudniał stosowanie wspólnotowych reguł konkurencji przez sądy i organy ochrony konkurencji państw członkowskich, uniemożliwiając jednocześnie efektywne przeciwdziałanie naruszeniom konkurencji przez Komisję Europejską. Zob. pkt 3 Preambuły do Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.U. WE z dnia 4 stycznia 2003 r., L 1/1).

<sup>11</sup> Dz.U. UE z dnia 9 maja 2008 r., C 115/47.

<sup>12</sup> Obwieszczenie Komisji – Wytyczne dotyczące koncepcji handlu zawartej w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Ur.z. WE z dnia 27 kwietnia 2004, C 101).

konkurencji na wspólnym rynku w jakikolwiek sposób ulegała zmianie w wyniku zachowań dominanta<sup>13</sup>, *ergo* w sytuacji, gdy czynnik ten nie wystąpi, a zachowanie określonych podmiotów będzie zmierzać (celem lub skutkiem) do wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia konkurencji, wówczas zastosowanie znajdzie ustawodawstwo krajowe.

Podstawą stosowania przepisów zakazujących nadużywania pozycji dominującej jest w pierwszej kolejności ustalenie posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na określonym rynku właściwym. W przeciwieństwie do prawodawcy unijnego polski ustawodawca wprowadza normatywną definicję pozycji dominującej<sup>14</sup> w art. 4 pkt 10 u.o.k.k., określając ją jako „pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%”. Z powyższego wynika, że czynnikiem decydującym o istnieniu pozycji dominującej jest nie tyle kryterium ilościowe – udziału w rynku, a raczej jakościowe – możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji poprzez działanie w dużej mierze niezależne od innych podmiotów. W tym kontekście pojawia się pytanie o sens prawny takiego ujęcia tej kwestii. Jak się wydaje, podyktowane jest to niedoskonałością testu udziału w rynku. Nie obejmuje on bowiem sytuacji, w których mamy do czynienia z wysokim rozproszeniem konkurentów na rynku, np. na poziomie 1–2%. W takich stanach faktycznych udział przedsiębiorcy na poziomie niższym niż 40% nie wyklucza posiadania przez niego pozycji dominującej, o ile realnie udowodnione zostanie, że na jego zachowanie nie ma wpływu otoczenie rynkowe.

Fundamentalne znaczenie w procesie weryfikacji, czy doszło do nadużycia przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, jest wyznaczenie rynku właściwego (relewantnego)<sup>15</sup>. Od tego bowiem, jaki zakres asortymentowy i geograficzny będzie obejmował ów rynek, uzależnione jest, czy w ogóle przedsiębiorcy

---

<sup>13</sup> Zob. orzeczenie ETS w sprawie 30/87, *Bodson v. Pompes funebres des régions libérées*, [online] <[www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm](http://www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm)>, dostęp: 2.05.2013.

<sup>14</sup> Konieczne jest zaakcentowanie, że choć brak legalnej definicji w prawie UE, to jednak została ona sformułowana w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE. W istocie definicja ta została w niemalże dosłownej formie przeniesiona do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Samo orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE stanowi szczególną kategorię źródeł prawa unijnego. Zob. orzeczenie ETS w sprawie 85/76, *Hoffman v. La Roche & Co. AG v Commission*, [line] <[www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm](http://www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm)>, dostęp: 2.05.2013.

<sup>15</sup> W polskim systemie prawnym pojęcie to zostało uregulowane w art. 4 pkt 9 u.o.k.k. Przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji.

można przypisać pozycję dominującą, a w rezultacie zakazać jej nadużywania. Ze względu na uwarunkowania techniczne sektora energetycznego jest to zasadniczo obszar prowadzenia działalności gospodarczej przez poszczególnych operatorów systemów (np. dystrybucyjnych energii elektrycznej lub gazu ziemnego). W praktyce będzie on ograniczony istniejącą infrastrukturą sieciową (np. elektroenergetyczną lub gazową).

Trzeba również zaznaczyć, że ani przepisy krajowe, ani unijne nie zakazują posiadania pozycji dominującej *per se* (choć podmioty te powinny zachować szczególną ostrożność w swoim zachowaniu), niedozwolone natomiast jest jej nadużywanie na rynku właściwym (zakaz ten ma charakter bezwzględny). Podobnie jak w przypadku pojęcia pozycji dominującej, jej nadużywanie ma niedookreślony charakter prawny. Punktem odniesienia jest tu pogorszenie efektywnych struktur konkurencji, które mogą zostać zagrożone przez pozycję dominującą przedsiębiorcy. Zgodnie z orzecnictwem, nadużywanie pozycji dominującej obejmuje zachowania przedsiębiorców mogące wpłynąć na strukturę rynku, na którym konkurencja właśnie z powodu obecności dominanta jest już osłabiona<sup>16</sup>.

Przepis art. 9 ust. 2 u.o.k.k. formułuje otwarty katalog najcięższych z perspektywy konkurencji i najbardziej typowych praktyk polegających na nadużywaniu pozycji dominującej<sup>17</sup>. Jak można domniemywać, że *ratio legis* takiego rozwiązania związane jest z postępującą ewolucją rynków, na których zachowania przedsiębiorców przybierają nieustannie nową formę. Toteż otwarty katalog ma zagwarantować pełną ochronę skutecznej konkurencji.

---

<sup>16</sup> Na tle dorobku orzeczniczego można przyjąć także podział na praktyki wykluczające (antykonkurencyjne) – szkodliwe dla konkurentów oraz eksploatacyjne – szkodliwe dla kontrahentów, a w konsekwencji dla konsumentów. Zob. orzeczenia ETS w sprawie 85/76, *Hoffman v. La Roche & Co. AG v Commission* oraz w sprawie 27/76, *United Brands v. Commission*, [online] <[www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm](http://www.curia.europa.eu/en/content/juris/c1.htm)>, dostęp: 2.05.2013.

<sup>17</sup> W świetle przytoczonego przepisu nadużywanie pozycji dominującej może podlegać w szczególności na:

- bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich, odległych terminów płatności lub innych warunków zakupu albo sprzedaży towarów;
- ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów;
- stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji;
- uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy;
- przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji;
- narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści;
- podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

## Wybrane orzecznictwo Prezesa UOKiK w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej na rynku energetycznym

Prowadzone przez Prezesa UOKiK w ostatnich latach postępowania skierowane przeciwko dominantom na rynku energetycznym wskazują zasadniczo, że niedozwolone praktyki najczęściej przejawiały się w:

- ograniczaniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów i konsumentów (art. 9 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.);
- przeciwdziałaniu ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.);
- narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści (art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k.);
- ograniczaniu swobody wyboru sprzedawcy energii elektrycznej (art. 9 ust. 1 u.o.k.k.).

Dokonując przeglądu orzecznictwa w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej w sektorze energetycznym, warto na wstępie odnieść się do postępowania, w którym Prezes UOKiK rozpatrywał zgodność z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyki stosowanej przez ENEA OPERATOR Sp. z o.o. na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej<sup>18</sup>. Wybór ten nie jest przypadkowy, bowiem na tego przedsiębiorcę zostały nałożone dwie kary pieniężne (w stosunkowo krótkim odstępie czasu) w związku z nadużywaniem pozycji dominującej na rynku energetycznym.

Pierwsze postępowanie zostało wszczęte w związku z podejrzeniem naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. Operatorowi zarzucono stosowanie procedur utrudniających proces przyłączania do sieci elektroenergetycznej farm wiatrowych, zakłócając w ten sposób rozwój konkurencji na rynku wytwarzania energii z OZE (którego funkcjonowanie jest zależne od zachowań dystrybutora energii elektrycznej). W tym kontekście trzeba podkreślić, że obszar przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej stanowi sferę, w której podmioty te prowadzą działalność gospodarczą w warunkach monopolu naturalnego. Taki stan rzeczy podyktowany jest wysokimi barierami wejścia na rynek, w tym kosztami budowy, długotrwałością inwestycji i nieefektywnością wznoszenia równoległych sieci energetycznych. Jednocześnie specyfika ta sprawia, że na tzw. operatorów systemów zostały nałożone obowiązki o charakterze publicznoprawnym. Jednym z nich jest obligacja o charakterze względnym (unormowana w art. 7 ust. 1 pr.en.<sup>19</sup>) do zawarcia umowy o przyłączenie do sieci

<sup>18</sup> Decyzja Prezesa UOKiK 30 września 2008 r., RPZ 34/2008.

<sup>19</sup> Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne (Dz.U. z 2006 r., nr 89, poz. 625 z późn. zm.) – dalej: pr.en.

elektroenergetycznej (z podmiotami ubiegającymi się o przyłączenie do sieci). Sedno sprawy stanowił zarzut niedotrzymania terminów wydania inwestorowi warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej<sup>20</sup>. ENEA uzasadniała zaistniałą sytuację m.in. lawinowym wzrostem liczby składanych wniosków o wydanie warunków przyłączenia w ostatnich latach. Taka argumentacja nie spotkała się jednak z akceptacją organu antymonopolowego. Wskazał on m.in., że znaczące opóźnienia występowały już w 2005 r., a zatem jeszcze przed okresem, w którym ów wzrost miał nastąpić.

Zebrane informacje skutkowały wydaniem przez Prezesa UOKiK decyzji uznającej praktykę stosowaną przez ENEA za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz określony w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., tzn. przeciwdziałanie rozwojowi konkurencji na krajowym rynku wytwarzania energii elektrycznej poprzez rażące naruszanie określonych w aktach wykonawczych wydanych na podstawie ustawy – Prawo energetyczne terminów wydania warunków przyłączenia oraz określania zakresu ekspertyzy wpływu projektowanej farmy na system elektroenergetyczny. Równocześnie na spółkę nałożona została kara pieniężna w wysokości 11 626 160 zł.

Problematyka przyłączania do systemu elektroenergetycznego farm wiatrowych była jeszcze wielokrotnie przedmiotem postępowania zarówno przed Prezesem UOKiK, jak i Prezesem Urzędu Regulacji Energetyki<sup>21</sup>. Pomimo iż każdy przyłączany do systemu elektroenergetycznego podmiot to potencjalny kontrahent, osiągnięcie konsensusu jeszcze na etapie wydania warunków przyłączenia do sieci elektroenergetycznej jest w wielu przypadkach obwarowane licznymi trudnościami, przede wszystkim natury technicznej. Z perspektywy operatora systemu fundamentalne znaczenie ma wpływ potencjalnej elektrowni wiatrowej na system elektroenergetyczny. W istocie z tego punktu widzenia obawy podmiotu zarządzającego infrastrukturą sieciową o bezpieczeństwo funkcjonowania systemu wydają się być uzasadnione. Elektrownie napędzane siłą wiatru są przecież uzależnione od zmieniających się warunków atmosferycznych. W skrajnej sytuacji pogodowej mogą wprowadzić do systemu elektroenergetycznego znaczną ilość energii elektrycznej, czego konsekwencją może być jego awaria (tzw. *blackout*). Jednocześnie każda zwłoka w wydaniu warunków przyłączenia nie tylko pogarsza sytuację inwestorów, ale również bezpośrednio wpływa na stan aktualnej i potencjalnej konkurencji na rynku wytwarzania energii elektrycznej. Niemożność

<sup>20</sup> Warunki te określają aspekty techniczne przyłączenia konkretnego podmiotu do sieci z uwzględnieniem bezpieczeństwa jej funkcjonowania. W istocie stanowią one warunek przyłączenia do sieci energetycznej. Podstawowym aktem wykonawczym do ustawy – Prawo energetyczne, normującym przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, jest tzw. rozporządzenie systemowe – rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz.U. nr 93, poz. 623 z późn. zm.).

<sup>21</sup> Zob. wyroki SOKiK z dnia 25 czerwca 2009 r., sygn. XVII AmE 206/08 oraz z dnia 23 marca 2010 r., sygn. XVII AmE 113/09.



uzyskania warunków przyłączenia w zagwarantowanych prawem terminach prowadzi bowiem do ograniczania inwestycji w tym obszarze. Tym samym konkurencja na rynku zostaje zniekształcona poprzez istnienie bariery utrudniającej wejście na rynek nowych podmiotów, które mogłyby podjąć konkurencję z innymi, funkcjonującymi już na rynku wytwórcami energii. Wobec powyższego konieczna jest niejednokrotnie ocena sprzecznych ze sobą interesów. Z jednej strony mamy bowiem do czynienia z dysponentem infrastruktury kluczowej, który jest ustawowo obowiązany do utrzymania zdolności urządzeń sieciowych do realizacji zaopatrzenia w sposób ciągły i niezawodny przy zachowaniu wymagań jakościowych<sup>22</sup>, z drugiej natomiast z potrzebą zagwarantowania skutecznej konkurencji przed niedozwolonymi praktykami. Decyzja organu antymonopolowego musi być zatem wypadkową wszystkich tych elementów, przy czym w pierwszej kolejności powinna zapewniać realizację podstawowego celu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, tj. rozwoju i ochrony konkurencji oraz podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

Jak już podkreślono, nie jest to jedyna sprawa przeciwko spółce ENEA OPERATOR Sp. z o.o. w analizowanym przedziale czasowym, jaka była przedmiotem zainteresowania Prezesa UOKiK. W październiku 2009 r. po informacjach uzyskanych od Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki wszczęto kolejne postępowanie w obliczu podejrzenia o stosowanie przez spółkę praktyk ograniczających konkurencję<sup>23</sup>. W trakcie prowadzonego postępowania organ ochrony konkurencji ustalił, że spółka ta narzucała swoim kontrahentom uciążliwe warunki umów, przynoszące jej nieuzasadnione korzyści<sup>24</sup>. Prezes UOKiK (formalnie dyrektor delegatury UOKiK w Poznaniu)<sup>25</sup> zakwestionował w tym przypadku postanowienia umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, zgodnie z którymi w sytuacji określenia w umowie dystrybucji (zawieranej także ze spółką ENEA) mocy umownej niższej niż przyłączeniowa, ta niższa wartość stawała się automatycznie mocą przyłączeniową, mimo iż za przyłączenie do sieci została pobrana opłata od wyższej mocy przyłączeniowej (jednym ze składników opłaty przyłączeniowej jest wielkość mocy przyłączeniowej)<sup>26</sup>. Jednocześnie podmiot, który poniósł do-

<sup>22</sup> Art. 4 ust. 1 pr.en.

<sup>23</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 4 sierpnia 2010 r., RPZ 17/2010.

<sup>24</sup> W świetle orzecznictwa uciążliwym warunkiem umowy/transakcji jest każdy warunek oznaczający dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju, a także warunek, którego dominant w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, tj. realizacji swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, nie byłby w stanie wynegocjować dla danej umowy. Zob. wyroki SOKiK z dnia 29 grudnia 1993 r., sygn. XVII Amr 68/93 oraz z dnia 23 czerwca 1999 r., sygn. XVII Ama 28/99.

<sup>25</sup> Zob. art. 33 ust. 6 u.o.k.k.

<sup>26</sup> Warto przy tym wskazać, że w umowach (przyłączeniowej i dystrybucyjnej) zawieranych ze spółką określaną jest moc przyłączeniowa i moc umowna. Pierwsza z nich to moc planowana do pobierania lub wprowadzania do sieci służąca do zaprojektowania przyłącza. Moc

tychczasowy koszt opłaty przyłączeniowej z uwzględnieniem określonej wielkości mocy przyłączeniowej i zamierzał uzyskać ją w przyszłości, był zobligowany do ponownej opłaty za zwiększenie mocy przyłączeniowej do pierwotnej wielkości. „Praktyka ta była szczególnie szkodliwa dla przedsiębiorców rozpoczynających dopiero swoją działalność. Zazwyczaj nie są oni bowiem w stanie wykorzystywać pełnych mocy produkcyjnych w pierwszym roku swojej działalności (np. w związku z rozbudową swojego zakładu czy pozyskiwaniem kontraktów). Określenie większej mocy przyłączeniowej powinno im gwarantować, że po okresie tzw. rozruchu będą mogli pobierać więcej energii bez ponoszenia szczególnych nakładów finansowych”<sup>27</sup>.

W konsekwencji Prezes UOKiK uznał praktykę stosowaną przez ENEA OPERATOR za nadużywanie pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej (określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k.) poprzez narzucanie uciążliwych warunków umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej (w świetle których następuje zmniejszenie mocy przyłączeniowej do wysokości mocy umownej w przypadku zamówienia na podstawie umowy dystrybucji energii elektrycznej mocy umownej niższej niż od mocy przyłączeniowej) i nałożył na spółkę karę pieniężną w wysokości 477 976,50 zł.

Pozostając w tematyce związanej ze stosowaniem uciążliwych warunków w umowach przyłączeniowych, nie sposób nie odnieść się do postępowania wszczętego w sierpniu 2010 r. przeciwko PGE Zakłady Energetyczne Okręgu Radomsko-Kieleckiego Dystrybucja Sp. z o.o. (przekształcona w PGE Dystrybucja S.A.)<sup>28</sup>. Podejrzanie nadużywania pozycji dominującej na regionalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej obejmowało narzucanie w umowach z odbiorcami większej mocy przyłączeniowej od zgłaszanej przez podmioty ubiegające się o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej. Praktyka ta wyrażała się w automatycznym ustalaniu przez przedsiębiorcę w umowie o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej minimalnej mocy przyłączeniowej na poziomie 6 kW.

Wyjaśnienia przedsiębiorcy wskazywały, iż przyłączany podmiot we wniosku o wydanie warunków przyłączenia wybiera wartość mocy przyłączeniowej zgodną z wartością przypisanego do niej zabezpieczenia przedlicznikowego. Minimalna wartość zabezpieczenia przedlicznikowego proponowana przez przedsiębiorcę wynosiła natomiast 16 A dla mocy przyłączeniowej na poziomie min. 6 kW. Interesujący był fakt, że spółka przyznała, że z technicznego punktu widzenia istnieje możliwość rozszerzenia szeregu mocy przyłą-

---

umowna natomiast to moc pobierana lub wprowadzana do sieci. Określenie wielkości mocy przyłączeniowej wpływa na koszty przyłączenia, jakie ponosi potencjalny odbiorca. Zob. § 2 pkt 9 i 10 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 4 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych warunków funkcjonowania systemu elektroenergetycznego (Dz.U. nr 93, poz. 623 z późn. zm.).

<sup>27</sup> Dokument kp\_06\_10\_10, [online] <[www.uokik.gov.pl](http://www.uokik.gov.pl)>, dostęp: 7.05.2013.

<sup>28</sup> Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 21 września 2011 r., RŁO 27/2011.

zeniowych o mniejsze wartości. Zdaniem jednak PGE, przyjęte rozwiązania były korzystne dla podmiotów ubiegających się o przyłączenie, np. przy nominalnej mocy przyłączeniowej 6 kW i stosowanym zabezpieczeniu 16 A wysokość mocy czynnej faktycznie możliwej do pobierania (bez zadziałania bezpiecznika) wynosi 11,1 kW, czyli o 85% więcej (w układzie trójfazowym).

Wobec powyższej argumentacji Prezes UOKiK zwrócił się do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o opinię w zakresie oceny przyjętych przez przedsiębiorcę zasad określania mocy przyłączeniowej. Z informacji uzyskanych przez regulatora wynikało, że nie istnieją takie rozwiązania prawne, które umożliwiłyby jednoznaczne powiązanie wielkości zabezpieczeń z mocami przyłączeniowymi lub umownymi. Według Urzędu Regulacji Energetyki proponowane zabezpieczenie 16 A odpowiadającej mocy przyłączeniowej 6 kW jako minimalnej może być uznane za narzucanie uciążliwych warunków umów. Z obowiązujących przepisów (tzw. rozporządzenia systemowego) wynika bowiem, że moc przyłączeniowa ustalana jest przez przyszłego odbiorcę energii elektrycznej na podstawie jego faktycznego zapotrzebowania i nie może być zmieniana przez operatora.

otrzymana opinia, łącznie z ankietami skierowanymi do innych operatorów dystrybucyjnych, które w przeważającej mierze potwierdziły, iż nie ma przeszkód dla przyłączeń o niski mocach, skutkowało uznaniem przez Prezesa UOKiK komentowanej praktyki za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. Nadużywanie pozycji dominującej przez PGE polegało na narzucaniu uciążliwych warunków umowy poprzez określenie w umowach o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej minimalnej wartości mocy przyłączeniowej 6 kW (w układzie zasilania trójfazowego), pomimo istnienia warunków technicznych i prawnych do przyłączeń o mocach niższych. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. organ ochrony konkurencji nałożył karę grzywny w wysokości 260 794 zł.

Oceny przedstawionej wyżej sprawy należy dokonać przez pryzmat opłaty przyłączeniowej. Trzeba zauważyć, że wysokość mocy przyłączeniowej jest jednym ze składników tejże opłaty. Chociaż stosowana praktyka w pewnych okolicznościach była pozornie korzystna dla odbiorcy, to w rzeczywistości ograniczała jego swobodę do określenia zapotrzebowania na moc przyłączeniową, prowadząc do osiągania nieuzasadnionych korzyści przez dominanta w postaci wyższych opłat przyłączeniowych.

Na tle orzecznictwa niezwykle interesujące wydają się także decyzje organu antymonopolowego dotyczące nadużywania pozycji dominującej na rynku infrastruktury oświetleniowej. Problematyka ta jest o tyle istotna, że do zadań własnych gminy należy m.in. planowanie i finansowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy<sup>29</sup>, których

<sup>29</sup> Zob. art. 18 pr.en.

niejednokrotnie właścicielem lub dysponentem jest operator systemu dystrybucyjnego. W wielu sytuacjach ów fakt skutkuje konfliktem interesów poszczególnych stron.

Analizy wymagają w szczególności dwa postępowania antymonopolowe prowadzone w latach 2009–2011. Pierwsze z nich dotyczyło podejrzenia nadużywania przez EnergiaPro S.A. pozycji dominującej na lokalnym rynku oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych na terenie jednej z gmin<sup>30</sup>. Praktyka dominanta miała polegać na narzucaniu uciążliwych warunków umów w sprawie wykonywania, eksploatacji i konserwacji oprav oświetlenia ulicznego poprzez nakładanie na gminę obowiązku ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych. W przedmiotowej sprawie przedsiębiorca twierdził, że gmina powinna ponosić nie tylko koszty budowy i utrzymania punktów świetlnych, lecz również zobowiązać się do ponoszenia kosztów eksploatacji i usuwania uszkodzeń całej instalacji oświetleniowej zalicznikowej. Gmina podnosiła natomiast, że takie postanowienia umowy miały charakter narzucony ze względu na brak możliwości skorzystania z alternatywnego rozwiązania niż zwrócenie się do spółki-dominanta i właściciela urządzeń o usunięciu awarii.

W celu właściwego zrozumienia omawianej sprawy niezbędne jest odniesienie się do przepisów ustawy – Prawo energetyczne. Na gruncie art. 18 ust. 1 pr.en. „do zadań własnych gminy w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną, ciepło i paliwa gazowe należy:

- 1) planowanie i organizacja zaopatrzenia w ciepło, energię elektryczną i paliwa gazowe na obszarze gminy;
- 2) planowanie oświetlenia miejsc publicznych i dróg znajdujących się na terenie gminy;
- 3) finansowanie oświetlenia ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na terenie gminy [...]”.

Jednocześnie na podstawie art. 3 pkt 22 pr.en. określenie „finansowanie oświetlenia” oznacza „finansowanie kosztów energii elektrycznej pobranej przez punkty świetlne oraz koszty ich budowy i utrzymania”. Z powyższego wynika, iż gmina powinna ponosić koszty budowy i utrzymania tzw. punktów świetlnych. Ergo gmina będzie zobowiązana niezależnie od tego, czyją własność stanowią te urządzenia, do ponoszenia kosztów dostaw energii elektrycznej niezbędnej do oświetlania ulic, placów i dróg publicznych znajdujących się na jej terenie, jak również kosztów ich eksploatacji łącznie z instalacjami związanymi z tym oświetleniem. Jak wskazał Prezes UOKiK, kluczowe znaczenie w sprawie ma pojęcie punktu świetlnego. Według definicji zawartej w Instrukcji eksploatacji urządzeń oświetlenia zewnętrznego punkt świetlny

<sup>30</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 19 lipca 2010 r., RKT 17/2010.

to jedna oprawa oświetleniowa ze źródłem światła oraz konstrukcją wsporczą (nośną). W ocenie organu antymonopolowego (dokonanej po zasięgnięciu opinii Prezesa UOKiK) przy braku legalnej definicji tego pojęcia należy kierować się definicją techniczną, która została określona przez Polski Komitet Oświetleniowy Stowarzyszenia Elektryków Polskich. Wedle niej punkt świetlny to kompletna oprawa oświetleniowa, a oprawą oświetleniową jest urządzenie służące do rozsyłania, filtrowania lub przekształcania światła wysyłanego przez źródło światła, zawierające elementy niezbędne do mocowania i ochrony źródła światła oraz do przyłączania go do obwodu zasilającego (nie zawiera m.in. słupów oświetleniowych).

Takie ujęcie w istocie wskazuje, że na gminie ciąży obowiązek finansowania kosztów oświetlenia, w tym energii, budowy i utrzymania punktów świetlnych, do których energia ta jest dostarczana. Podmiot ten ponosi zasadniczo również koszty związane z usuwaniem awarii punktów świetlnych. Pozostałe natomiast obowiązki związane z budową i eksploatacją infrastruktury energetycznej koniecznej do sprawnego funkcjonowania punktów świetlnych, w tym koszty usuwania niesprawności w instalacji oświetlenia ulicznego ciąży na przedsiębiorcy, który wznosi się wraz z urządzeniami umożliwiającymi dystrybucję do tych punktów energii elektrycznej. Nakładanie zatem na gminę dodatkowych obowiązków, a zwłaszcza konieczności ponoszenia przez nią kosztów usuwania niesprawności niezwiązanych z awariami punktów świetlnych jest niewątpliwie wykorzystywaniem uprzywilejowanej pozycji EnergiaPro. Należy domniemywać, że celem stosowanej praktyki było uzyskanie dodatkowych korzyści w postaci przeniesienia obciążeń finansowych związanych z naprawami infrastruktury sieciowej na kontrahenta – gminę?. Jednocześnie nie oznacza to braku możliwości uregulowania kwestii konserwacji i utrzymania oświetlenia ulicznego w odrębnej umowie między stronami, pod warunkiem zachowania zasady równości stron.

Prezes UOKiK uznał zachowanie EnergiaPro w komentowanej sprawie za nadużywanie pozycji dominującej poprzez narzucanie uciążliwych warunków (art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k.), w efekcie których na gminę nałożony został obowiązek ponoszenia kosztów usuwania niesprawności instalacji oświetlenia ulicznego niezwiązanych z awariami punktów świetlnych. Jednocześnie organ ochrony konkurencji nałożył na spółkę karę pieniężną w wysokości 84 591 zł.

Druga z komentowanych spraw odnosiła się do postępowania prowadzonego w 2010 r. i zakończonego wydaniem przez organ antymonopolowy decyzji administracyjnej w grudniu 2011 r.<sup>31</sup> Odmienny charakter tej sprawy przejawia się w braku możliwości jednoznacznego zakwalifikowania zachowania dominanta do którejkolwiek z zakazanych praktyk wskazanych

<sup>31</sup> Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 30 grudnia 2011 r., RGD 36/2011.

w art. 9 ust. 2 u.o.k.k. Kluczowym zarzutem było ograniczanie jednej z gmin prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej<sup>32</sup> dostarczanej do urządzeń oświetleniowych należących do ENERGA OPERATOR S.A., a wykorzystywanych na potrzeby oświetlenia miejsc publicznych. Jak się wydaje, praktyka ta nosi znamiona zarówno zachowań utrudniających ukształtowanie się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, tj. mających charakter dyskryminacyjny, jak i narzucających uciążliwe warunki umów przynoszących przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Z pewnością praktyka ta ma natomiast charakter wykluczający.

Aby uchwycić sens komentowanej sprawy, niezbędne jest w pierwszej kolejności wyjaśnienie istoty prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej, potocznie określanego jako zasada dostępu stron trzecich (*Third Party Access* – TPA). W świetle art. 4j ust. 1 pr.en. odbiorca paliw gazowych lub energii ma prawo zakupu tych paliw lub energii od wybranego przez siebie sprzedawcy. Niewątpliwie przyznanie odbiorcy prawa do wyboru sprzedawcy energii elektrycznej lub gazu ziemnego, a właściwie prawa do jego zmiany (w przypadku, gdy oferuje on korzystniejsze warunki transakcji) jest jednym z kluczowych elementów zasady dostępu stron. Nadużyciem byłoby jednak stwierdzenie, że prawo wyboru sprzedawcy w pełni wyczerpuje znamiona zasady TPA. W ocenie autora możliwość wyboru sprzedawcy stanowi konsekwencję zasady dostępu stron trzecich, uregulowanej art. 4 ust. 2 ustawy pr.en.<sup>33</sup> Takie podejście wydaje się naturalne, bowiem do realizacji prawa wyboru/zmiany sprzedawcy konieczne jest zagwarantowanie w pierwszej kolejności prawa dostępu stron trzecich odbiorcom (celem świadczenia usług przesyłania/ dystrybucji paliw gazowych lub energii na niedyskryminacyjnych zasadach). Jego podstawowym założeniem jest udostępnienie infrastruktury (np. sieci energetycznej) niezbędnej do prowadzenia określonej działalności gospodarczej (np. handlu energią elektryczną) innym uczestnikom rynku (np. sprzedawcom energii elektrycznej) przez jej właściciela lub dysponenta. Jest to konieczne ze względu na zintegrowaną pionowo strukturę unijnego rynku energetycznego, na którym konkurencja nie byłaby możliwa bez wprowadzenia do porządków prawnych państw członkowskich komentowanej zasady. Ukonstytuowanie zasady TPA w polskim systemie prawnym jest następstwem implementacji postanowień dyrektyw II pakietu

<sup>32</sup> Problematyka ograniczania prawa wyboru sprzedawcy była przedmiotem postępowania antymonopolowego wszczętego jeszcze w 2006 r. Postępowanie przeprowadzone po skardze spółki Polenergia wykazało, że RWE Polska S.A., wykorzystując swoją przewagę rynkową, od 2004 do 2007 r. narzucała swoim kontrahentom na rynku dystrybucji energii elektrycznej i jednocześnie konkurentom na rynku obrotu niekorzystne warunki umów, które ograniczały pośrednio prawo wyboru sprzedawcy energii elektrycznej. Zob. decyzję Prezesa UOKiK z dnia 28 grudnia 2011 r., RWA 26/2011.

<sup>33</sup> Zob. szerzej M. Krzykowski, *Zasada dostępu stron trzecich w prawie Unii Europejskiej i Polski*, Diffin, Warszawa 2013.

legislacyjnego dla energetyki (2003/54/WE i 2003/55/WE)<sup>34</sup>. Z treści wspomnianego już art. 4 ust 2 pr.en. wynika zobowiązanie po stronie operatorów systemów do zapewnienia wszystkim odbiorcom świadczenia usług przesyłu lub dystrybucji energii i paliw gazowych. Usługa ta powinna uwzględniać ponadto zasadę równego traktowania, odbywać się na zasadach i w zakresie określonym w ustawie i podlegać postanowieniom umowy o świadczenie usług przesyłu i dystrybucji<sup>35</sup>.

W komentowanej sprawie spór pomiędzy przedsiębiorcą a jedną z gmin został zainicjowany w rezultacie decyzji jednostki samorządu terytorialnego o przystąpieniu do przeprowadzenia przetargu na wybór dostawcy energii elektrycznej do oświetlenia dróg (na jej terenie i wypowiedzeniu dotychczasowej umowy). Gmina argumentowała swoje postępowanie wymogami prawa zamówień publicznych, obligującego ją do wyłonienia dostawcy energii elektrycznej właśnie w tym trybie. Niemniej przedsiębiorstwo energetyczne negowało to stanowisko, podnosząc, że infrastruktura oświetleniowa pozostawała jej własnością, co wykluczało jakąkolwiek możliwość ingerencji w przysługujące jej w związku z tym prawa. Spółka ponadto kwestionowała przyznanie gminie statusu odbiorcy, a tym samym prawa wyboru sprzedawcy ze względu na brak tytułu prawnego do przedmiotowej infrastruktury. Wobec takiej postawy przedsiębiorcy organ antymonopolowy zwrócił się do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o wyrażenie opinii w budzących wątpliwości kwestiach. Kluczowy w tym kontekście jest pogląd regulatora, „zgodnie z którym brak jest uzasadnienia dla pozbawienia gminy (niezależnie od okoliczności czyją własność stanowi infrastruktura oświetleniowa) prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej nabywanej w celach oświetleniowych. Należy bowiem zauważyć, że – stosownie do art. 18 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo energetyczne – to gmina ponosi koszty z tym związane (wydając na ten cel publiczne pieniądze). Zatem irracjonalne byłoby przyjęcie, że nie może mieć żadnego wpływu na cenę nabywanej energii, w szczególności, że po liberalizacji rynku ceny te pozostają poza kontrolą Prezesa URE”.

Przytoczone stanowisko regulatora wskazuje na brak podstaw, które uzasadniałyby argumentację przedsiębiorcy. Próbując odnaleźć i ocenić rzeczywiste źródło zachowań dominanta będących przedmiotem powyższej analizy, nie można nie odnieść się do kontekstu, jaki towarzyszył tej sprawie. Chodzi w tym przypadku o powiązania kapitałowe, jakie łączą spółkę ENERGA OPERATOR z podmiotem, który dostarczał energię elektryczną (i z którym gmina miała zawartą umowę kompleksową obejmującą sprzedaż i dys-

<sup>34</sup> Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy – Prawo energetyczne oraz ustawy – Prawo ochrony środowiska (Dz. U. nr 62, poz. 552).

<sup>35</sup> Zob. M. Pawełczyk, B. Pikiewicz, *Funkcjonowanie zasady TPA w elektroenergetyce w prawie polskim*, [w:] M. Wierzbowski, R. Stankiewicz (red.), *Współczesne problemy prawa energetycznego*, Warszawa 2010, s. 92.

trybucję energii) – spółką ENERGA OBRÓT S.A. Podmioty te, choć niezależne pod względem prawnym<sup>36</sup>, funkcjonują w ramach jednej grupy kapitałowej ENERGA S.A. i pozostają w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo. Tym samym można domniemywać, że przedsiębiorca, któremu zarzucono stosowanie niedozwolonej praktyki, świadomie uniemożliwił wejście na rynek sąsiedni – obrotu energią elektryczną – nowych konkurentów celem ochrony przed potencjalną konkurencją powiązanej kapitałowo spółki. Ostatecznie Prezes UOKiK uznał stosowaną przez ENERGE OPERATOR praktykę za naruszającą określony w art. 9 ust. 1 u.o.k.k. zakaz nadużywania pozycji dominującej i nałożył karę pieniężną w wysokości 260 415 zł.

*In fine* warto zwrócić uwagę na orzecznictwo Prezesa UOKiK dotyczące rynku gazu ziemnego. Odmienna specyfika techniczna tego rynku sprawiła, że jego liberalizacja postępowała znacznie wolniej niż rynku energii elektrycznej. Koronnym dowodem na potwierdzenie postawionej tezy jest ok. 98% udział w rynku sprzedaży gazu ziemnego w Polsce jednego przedsiębiorstwa energetycznego – Polskiego Górnictwa Naftowego i Gazownictwa S.A.<sup>37</sup> Na szczególną uwagę zasługują dwie decyzje Prezesa UOKiK dotyczące tej spółki wydane w 2012 r.<sup>38</sup> W pierwszej ze spraw wątpliwości organu antymonopolowego wzbudziły postanowienia umów, które utrudniały niektórym kontrahentom wypowiedzenie umowy dostarczania paliwa w sytuacji zmiany sprzedawcy. Zgodnie z nimi, złożenie oświadczenia o wypowiedzeniu umowy po 30 września danego roku powoduje, że ulega ona rozwiązaniu z końcem następnego roku. Tak długie terminy wypowiedzenia, które w skrajnych przypadkach sięgały 15 miesięcy, mogły potencjalnie zniechęcać partnerów handlowych przedsiębiorcy do rezygnacji z umowy i skorzystania z usług innych podmiotów. W toku prowadzonego postępowania uprawdopodobniono, że stosowane praktyki naruszały art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. oraz 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ze względu jednak na dobrowolne zobowiązanie się PGNiG S.A. do zmiany kwestionowanych postanowień umowy Prezes UOKiK zdecydował się wydać tzw. decyzję zobowiązującą (art. 12 ust. 2 u.o.k.k.). Na jej podstawie spółka zobligowała się skrócić okres wypowiedzenia umowy w sytuacji, gdy kontrahent zamierza zmienić sprzedawcę gazu do końca następnego miesiąca, po którym została złożona rezygnacja,

<sup>36</sup> Zob. art. 9d pr.en.

<sup>37</sup> Udziały rynkowe PGNiG S.A. wynoszą: 97% w łącznej sprzedaży gazu; 98% w sprzedaży gazu odbiorcom indywidualnym; 100% (prawie) w krajowym wydobyciu gazu; 100% w magazynowaniu gazu. Poza Grupą Kapitałową PGNiG S.A. działa ok. 30 innych niedużych niezależnych podmiotów zajmujących się dystrybucją i obrotem gazem, z których największe znaczenie mają: Media-Odra-Warta, G.EN GazEnergia S.A., Gaz Technologia i Energia Sp. z o.o., KRI Sp. z o.o. zob. *Struktura polskiego rynku gazu*, [online] <www.cire.pl>, dostęp: 22.05.2013.

<sup>38</sup> Zob. decyzje Prezesa UOKiK z dnia 13 kwietnia 2012 r., DOK – 1/2012 i z dnia 5 lipca 2012 r., DOK – 2/2012.



a dodatkowo do złożenia swoim dotychczasowym kontrahentom propozycji zmiany umów zgodnie z nowymi warunkami<sup>39</sup>.

W drugiej ze spraw przedsiębiorcy postawiono zarzuty nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku hurtowej sprzedaży gazu ziemnego, które przejawiały się w:

a) ograniczaniu zbytu ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o., co stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszało zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 2 u.o.k.k.;

b) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego poprzez odmowę sprzedaży tego paliwa gazowego na zasadach umowy kompleksowej na rzecz przedsiębiorcy zamierzającego dokonywać dalszej odsprzedaży gazu ziemnego, tj. NowyGaz sp. z o.o., co stanowiło praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym rynku sprzedaży detalicznej gazu ziemnego i naruszało zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k.

Do potwierdzenia pierwszego z zarzutów niezbędne było ustalenie dwóch przesłanek: zaistnienia ograniczenia zbytu oraz wystąpienia szkody u kontrahentów przedsiębiorcy dominującego lub konsumentów. Ograniczenia takie są zakazane o tyle, o ile nie można ich uzasadnić racjonalnymi przesłankami, takimi jak zmiana popytu, a sam dominant dysponuje potencjałem wystarczającym do zaspokojenia tego popytu<sup>40</sup>. Równocześnie należy wskazać, że odmowa sprzedaży na rzecz konkurenta jest sprzeczna z prawem konkurencji w takich przypadkach, w których stanowi ona próbę wykorzystania pozycji dominującej. Z taką sytuacją mamy do czynienia wówczas, gdy dominant wykorzystuje swoją pozycję na jednym rynku w celu oddziaływania na inny rynek powiązany, na jakim jest również obecny, poprzez pozbawienie konkurentów dostępu do produktów lub usług, które są im niezbędne do konkurowania z dominantem.

Punktem odniesienia do drugiego z zarzutów (który jest w rzeczywistości konsekwencją ograniczenia zbytu przez PGNiG S.A.) było zredukowanie możliwości rywalizacji, a w konsekwencji zahamowanie procesu prowadzącego do wzrostu produkcji lub sprzedaży, obniżenia cen, postępu technicznego czy poszerzenia oferty rynkowej. Istotą praktyki określonej w art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. jest negatywne oddziaływanie przedsiębiorcy dominującego, „który zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji, która pozwala na

<sup>39</sup> Celem takiego rozstrzygnięcia było skrócenie czasu prowadzonego postępowania, co w konsekwencji miało pozwolić na szybkie wyeliminowanie nieprawidłowości oraz liberalizację rynku gazu ziemnego poprzez ułatwienie mobilności odbiorców tego paliwa.

<sup>40</sup> T. Skoczny (red.), op. cit., s. 639.

wejście na ten rynek nowych podmiotów lub umożliwiła ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku<sup>41</sup>. Praktyka ta przejawia się zarówno w faktycznym uniemożliwieniu rozpoczęcia lub dalszego prowadzenia działalności na danym rynku, jak i uczynieniu tej działalności nieopłacalną lub mniej opłacalną niż w warunkach panujących na rynku konkurencyjnym, tudzież na podejmowaniu działań niezwiązanych z merytoryczną rywalizacją między konkurentami a ukierunkowaną na zniechęcenie konkurenta do dalszej ekspansji na rynku, na którym prowadzi działalność gospodarczą<sup>42</sup>. Przykładem tego rodzaju działań jest stwarzanie barier wejścia na rynek, podejmowanie działań zniechęcających konkurentów do ekspansji na rynku, na którym działają i eliminowaniu potencjalnej możliwości powstania konkurencji na rynku. W ocenie Prezesa UOKiK odmowa zawarcia umowy kompleksowej ze spółką NowyGaz sp. z o.o. przy braku alternatywnego źródła zaopatrzenia miała na celu ograniczenie konkurencji i utrzymanie *status quo* na poziomie detalicznego obrotu gazem. PGNiG S.A. działał bowiem z myślą o utrzymaniu dotychczasowych i zdobyciu nowych klientów przy jednoczesnym wykluczeniu możliwości ich przejęcia przez inny podmiot sprzedający paliwo gazowe na wyjściu z sieci dystrybucyjnej<sup>43</sup>.

Powyższa sprawa unaocznia daleko idące powiązania, jakie funkcjonują na rynku gazu ziemnego w Polsce. Tym samym ograniczenia na jednym rynku – wyższego rzędu mają swoje implikacje na rynku sąsiednim – niższego rzędu. W tym konkretnym przypadku PGNiG S.A., posiadając pozycję dominującą na krajowym rynku hurtowej sprzedaży paliwa gazowego, przenosiło ją na rynek sąsiedni, tj. krajowy rynek detalicznej sprzedaży paliwa gazowego, w celu niedopuszczenia do rozwoju konkurencji na tym rynku. Wobec skali zarzutów i ich negatywnego wpływu na konkurencję Prezes UOKiK nałożył na PGNiG S.A. karę pieniężną 60 016 474,40 zł (słownie: sześćdziesiąt milionów szesnaście tysięcy czterysta siedemdziesiąt cztery złote i czterdzieści groszy).

## Zakończenie

Analiza przytoczonego orzecznictwa daje podstawy do wskazania swoistych tendencji, które charakteryzują rynek energetyczny.

Po pierwsze, większość zakazanych praktyk dotyczyła przedsiębiorstw energetycznych świadczących usługi dystrybucji energii elektrycznej. W ocenie

<sup>41</sup> Ibidem, s. 670.

<sup>42</sup> Wyrok SN z dnia 13 maja 2008 r., sygn. III SK 30/07.

<sup>43</sup> DOK – 2/2012.

autora taki stan związany jest z dysponowaniem przez dominanta infrastrukturą kluczową, bez której nie jest możliwe prowadzenie działalności gospodarczej na rynku obrotu energią elektryczną lub gazem ziemnym. Mając świadomość swojej bezwzględnej dominacji na rynku, są one jeszcze w większym stopniu narażone na stosowanie niedozwolonych praktyk.

Po drugie, znacząca liczba przedsiębiorców będących w posiadaniu owej infrastruktury funkcjonuje w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, w ramach którego prowadzą działalność na każdym szczeblu łańcucha *upstream – midstream – downstream*, łącząc tym samym poszukiwanie, wydobycie i produkcję energii (*upstream*), obrót hurtowy i magazynowanie (*midstream*) oraz przesyłanie, dystrybucję i obrót detaliczny (*downstream*)<sup>44</sup>. Taki system naturalnie sprzyja dominacji poprzez uprzywilejowanie powiązanych kapitałowo ze sobą podmiotów kosztem konkurentów funkcjonujących na rynku obrotu (energią elektryczną lub gazem ziemnym). Pomimo iż przepisy ustawy – Prawo energetyczne obligują do prawnego wyodrębnienia ze struktury przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo operatora systemu dystrybucyjnego, to – jak się wydaje – nie stanowią one niepodważalnej gwarancji dla niedyskryminacyjnego dostępu stron trzecich. Toteż naturalnym postulatem *de lege ferenda* jest rozważenie, czy właściwym rozwiązaniem nie byłoby wprowadzenie ustawowego obowiązku rozdziału własnościowego przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo.

Po trzecie, najczęściej stosowane praktyki przybierały postać uciążliwych warunków umowy. Nasuwa się pytanie, co jest przyczyną takiego stanu rzeczy. Można domniemywać, że ta kategoria zakazanej praktyki jest najbardziej pojemna, a jednocześnie ze względu na swój najczęściej ukryty charakter jej udowodnienie wymaga indywidualnego i kompleksowego podejścia. Z perspektywy dominanta stanowi zatem optymalną formę nadużywania jego pozycji.

Po czwarte, jak wynika z przytoczonego orzecznictwa, organ antymonopolowy w trakcie prowadzonego postępowania zwracał się w szeregu przypadków do Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z wnioskiem o wydanie opinii w danej sprawie. Brak jest jednak szczegółowych rozwiązań prawnych, które współpracę tę regulowałyby w sposób kompleksowy. Wobec tego należałoby zastanowić się nad rozwiązaniami, które wzmacniałyby legalne podstawy współpracy Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z Prezesem UOKiK.

Wreszcie warto zwrócić uwagę, na fakt, że przeważająca część postępowań prowadzonych przez Prezesa UOKiK dotyczyła nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku energetycznym. Naturalne jest pytanie

---

<sup>44</sup> B. Nojek, *Unbundling jako forma prawna ochrony konkurencji w sektorze energetycznym*, [w:] M. Wierzbowski, R. Stankiewicz (red.), *Współczesne problemy prawa energetycznego*, Lexis Nexis, Warszawa 2010, s. 66–67.

o przyczynę takiego stanu rzeczy. W ocenie autora wskazuje to na wysoką hermetyczność rodzimego rynku energetycznego (co jest konsekwencją ograniczonych przepustowości połączeń transgranicznych), a zarazem na ograniczony potencjał samego sektora do konkutowania na rynku Unii Europejskiej.

## Summary

### ***The abuse of a dominant position on polish energy market in context of chosen jurisdiction of The President of the Office of Competition and Consumer Protection***

Key words: energy market, abuse of dominant position, energy sector, energy law, competition law.

Effective competition on the market is one of the basic instruments of effective allocation of available sources. Because of the specific character of the energy sector in Poland which was in the past dominated by state enterprises and vertical integration, it is particularly receptive for practices such as the abuse of dominant position. The author concentrate on the abusing of a dominant position on energy market especially in context of chosen jurisdiction of The President of the Office of Competition and Consumer Protection.