

16. Wyrok SOKiK z dnia 20 maja 2002 r., XVII Ama 92/01, Dz.Urz. UOKiK nr 3-4/2002.
17. Wyrok SOKiK z dnia 1 października 2003 r., XVII Ama 138/02, „Wokanda” 2004, nr 9.
18. Wyrok SOKiK z dnia 20 maja 2002 r., XVII Ama 92/01, Dz.Urz. UOKiK 2002, nr 3-4.

Mateusz Błachucki



KONTROLA KONCENTRACJI W SEKTORZE ENERGETYCZNYM - WYBRANE ZAGADNIENIA

WPROWADZENIE

Sektor energetyczny charakteryzuje się tradycyjnie wysokim poziomem zaangażowania państwa, którego obecność – przy zmieniających się jej formach – wydaje się nieunikniona, co też wynika z jego specyficznych cech. Cechy te determinują to, że sektor energetyczny pozostanie w sferze zainteresowania władz publicznych w dającej się przewidzieć przyszłości. Formy obecności w omawianym sektorze zmieniały się w rozwoju historycznym. W przeszłości państwo było właścicielem wszystkich albo większości przedsiębiorstw zajmujących się produkcją i dystrybucją energii. Obecnie nadal odgrywa ono aktywną rolę na tym rynku, ale głównie za pomocą instrumentów administracyjnych (regulacyjnych). W Polsce bezpośrednio oddziaływanie państwa na sektor energetyczny odbywa się za pomocą trzech rodzajów instrumentów i jest realizowane przede wszystkim przez trzy różne instytucje: Ministra Skarbu Państwa (który dysponuje środkami oddziaływania właścicielskiego), Ministra Gospodarki (który dysponuje środkami oddziaływania politycznego i ekonomicznego) oraz Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (który oddziałuje z wykorzystaniem środków administracyjnych). Ten rozdział instytucji i środków jest wyrazem nowej filozofii funkcjonowania państwa w gospodarce wolnorynkowej oraz postępującej liberalizacji i prywatyzacji sektora energetycznego.

Do wskazanych sposobów bezpośredniego oddziaływania państwa na omawiany sektor należy dodać jeszcze środki ogólne, które mają charakter ponadsektorowy. W szczególności warto tutaj wskazać działalność Prezesa UOKiK, który jest centralnym organem państwa właściwym w sprawach publicznoprawnej ochrony konkurencji i konsumentów. Przedsiębiorcy z branży energetycznej są częstymi klientami organu antymonopolowego¹, co niekonięcznie wynika z faktu, że tak często naruszają prawo antymonopolowe – jest to raczej powszechność świadczonych usług. Prezes UOKiK oddziałuje na przedsiębiorców z sektora energetycznego w zakresie ochrony konkurencji, przeciwdziałając ich antykonkurencyjnym porozumieniom oraz nadużywaniu pozycji dominującej, a także kontrolując koncentracje przedsiębiorców. Nie można zapominać również o ochronie konsumentów zagrożonych nieuczciwymi praktykami rynkowymi przedsiębiorców sektora energetycznego. Przedmiotem niniejszego opracowania jest przedstawienie podstaw kontroli procesów koncentracyjnych przedsiębiorców z sektora energetycznego oraz wskazanie najciekawszych orzeczeń Prezesa UOKiK wydawanych w sprawach połączeń przedsiębiorców z tego sektora.

KONTROLA KONCENTRACJI PRZEDSIĘBIORCÓW

Podstawy prawne antymonopolowej kontroli koncentracji przedsiębiorców zawarte są w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów². Centralnym organem administracji państwowej, odpowiedzialnym za egzekwowanie tych przepisów, jest Prezes UOKiK. Należy podkreślić, że ani Prezes URE, ani Minister Gospodarki nie mają żadnych kompetencji w zakresie kontroli łączenia się przedsiębiorców z sektora energetycznego. Takie rozwiązanie ma

¹ Zob. *Raport UOKiK – Kierunki rozwoju konkurencji i ochrony konsumentów w polskim sektorze energetycznym*, Warszawa 2010 – dostępny na stronie: http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=1940 (data dostępu: 15.08.2010).

² Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm. Dalej także jako „ustawa antymonopolowa”.

na celu oddzielenie od siebie zadań regulatora rynku od zadań organu antymonopolowego. Dzięki powierzeniu kontroli koncentracji Prezesowi UOKiK sprawuje on uniwersalną jurysdykcję wobec procesów koncentracyjnych o zasięgu krajowym³. Zasady kontroli koncentracji przedsiębiorców są jednolite i brak jest merytorycznego uzasadnienia do wydzielenia szczególnych sektorów spod jurysdykcji organu antymonopolowego. Funkcją kontroli koncentracji jest zapobieżenie powstaniu struktury rynku, która nie sprzyja istnieniu efektywnej konkurencji. Tego rodzaju struktura wiąże się z powstaniem po stronie przedsiębiorcy istotnej siły rynkowej, ale niekonięcznie musi skutkować powstaniem pozycji dominującej⁴. Kontrola łączenia przedsiębiorstw służy bowiem nie tylko zapobieżeniu przyszłemu nadużywaniu uzyskanej pozycji, lecz także zachowaniu konkurencyjnej struktury rynkowej, która powinna prowadzić do zwiększenia dobrobytu społecznego i dobrobytu konsumentów⁵. W tym celu organy ochrony konkurencji mają możliwość regulowania zmian w strukturze rynkowej poprzez decydowanie, czy dwóch lub więcej przedsiębiorców może dokonać koncentracji⁶. Poszukując specyfiki stosowania przepisów o kontroli łączenia przedsiębiorców, można wskazać, że kontrola koncentracji powinna być oparta na dogłębnej analizie każdej transakcji z uwzględnieniem jej gospodarczych implikacji. Należy podkreślić, że kontrola łączenia przedsiębiorców powinna zapobiegać antykonkurencyjnym koncentracjom⁷.

Odnosząc poczynione ustalenia do obowiązujących polskich przepisów o kontroli koncentracji przedsiębiorców, można wskazać, że dla systemu kontroli koncentracji znaczenie mają przede wszystkim nor-

³ Warto pamiętać, że od czasu akcesji Polski do Unii Europejskiej w zakresie koncentracji o wymiarze europejskim organem właściwym do ich kontroli jest Komisja.

⁴ K. Fountoukakos, S. Ryan, *A New Substantive Test For Merger Control*, „European Competition Law Review” 2005, No. 5, s. 280.

⁵ R. Whish, *Competition Law*, Oxford 2009, s. 806.

⁶ A. Jones, B. Sufrin, *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2008, s. 942.

⁷ J. Theeuwes, *An Economic Analysis of the New Regulation 139/2004*, „Legal Issues of Economic Integration” 2005, No. 2, s. 210.

my regulujące zakres obowiązku notyfikacyjnego oraz test oceny koncentracji. Z racji ograniczonego charakteru opracowania inne ogólne zagadnienia z tego zakresu nie są omawiane⁸.

OGÓLNA CHARAKTERYSTYKA OBOWIĄZKU NOTYFIKACYJNEGO

Obowiązek notyfikacyjny określa, kiedy transakcje koncentracyjne muszą podlegać ocenie organu antymonopolowego. Konstruuąc obowiązek notyfikacyjny, ustawodawca winien kierować się dwoma wskazaniami. Po pierwsze, nie jest możliwe, ani pożądane, kontrolowanie wszystkich koncentracji przedsiębiorców. Po drugie, taka kontrola powinna ograniczać się do transakcji o choćby potencjalnie antykonkurencyjnym charakterze. Obowiązek notyfikacyjny może być oparty na kryterium obiektywnym i subiektywnym. Pierwsze z nich polega na wskazaniu limitu obrotów uczestników koncentracji, którego przekroczenie powoduje dla przedsiębiorcy powstanie obowiązku notyfikacji. Kryterium to bazuje na domniemaniu, że jedynie duże koncentracje mogą mieć antykonkurencyjne skutki. Jego zaletą jest łatwość w stosowaniu, wadą zaś możliwość „przeoczenia” relatywnie małych, a jednak antykonkurencyjnych transakcji. Kryterium subiektywne dotyczy realnych skutków rynkowych, które koncentracja powoduje lub może powodować, co z reguły polega na odwołaniu się do stworzenia lub umocnienia pozycji dominujących przez łączących się przedsiębiorców, ewentualnie do osiąganych przez nich udziałów w rynku. Zaletą tego kryterium jest elastyczność i ograniczenie administracyjnej kontroli do antykonkurencyjnych transakcji. Wadą jego jest istotna trudność w stosowaniu, gdyż odwołuje się do pozycji rynkowej uczestników koncentracji, w tym przede wszystkim ich udziałów rynkowych, co często jest trudne do ustalenia. Z tego powodu, choć z teoretycznego punktu widzenia kryterium subiektywne jest najbardziej optymalne,

⁸ Szerzej zob.: J. Olszewski, *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Rzeszów 2004.

to w praktyce zawsze jest uzupełniane kryterium obiektywnym. Na obowiązek notyfikacyjny składa się także określenie podmiotów zobowiązanych do notyfikacji⁹ oraz wskazanie charakteru lub rodzaju transakcji podlegających zgłoszeniu.

Jak wskazano wcześniej, nie każda transakcja o charakterze koncentracyjnym podlega notyfikacji Prezesowi UOKiK. Szczegółowy zakres obowiązku notyfikacyjnego określa ustawa antymonopolowa. Został on uregulowany w rozdziale I działu III ustawy antymonopolowej w art. 13–16. Zastosowano technikę legislacyjną polegającą na pozytywnym wskazaniu (w art. 13), jakiego rodzaju transakcje uznawane są za koncentracje i w jakiej sytuacji podlegają obowiązkowej notyfikacji. Następnie w art. 14 wskazano wyłączenia spod wcześniej określonego obowiązku. Przepisy zawarte w art. 15 i 16 służą uregulowaniu pewnych szczegółowych kwestii. Określając obowiązek notyfikacji koncentracji, ustawodawca posłużył się dwoma kryteriami. Po pierwsze, ustalił progi obrotowe, które muszą zostać osiągnięte przez przedsiębiorców, aby obowiązek zaistniał. Po drugie, wskazał, jakiego rodzaju transakcje kwalifikowane są jako koncentracje w rozumieniu ustawy antymonopolowej.

Analizując pozytywny zakres obowiązku notyfikacyjnego, należy wskazać, że został on oparty na kryterium obiektywnym, tj. obrotu przedsiębiorców. Jak wskazuje art. 13 ust. 1, zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi UOKiK, jeżeli: 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 000 000 000 euro; 2) łączny obrót na terytorium RP przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 50 000 000 euro. Wysokość progów obrotowych odpowiada zasadniczo wartości transakcji w sektorze energetycznym. Poprzez eliminację drobnych transakcji, niespełniających progów obrotowych, kontrola koncentracji nie stanowi uciążliwego kosztu transakcyjnego przedsiębiorców, ale jest ograniczona

⁹ Kwestia ta, ze względu na przedmiot artykułu, jako czysto formalna, nie będzie przedmiotem rozważań.

wyłącznie do tych koncentracji, które potencjalnie mogą wywołać od-
czuwalne skutki na terytorium RP.

TESTY OCENY KONCENTRACJI

Zgodnie z obowiązującą w Polsce ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów test oceny koncentracji zawarty jest w art. 18. Według tego przepisu Prezes UOKiK, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Analiza tego przepisu dowodzi, że jest to test istotnego ograniczenia konkurencji. W toku badania organ antymonopolowy analizuje możliwe wydajności wiążące się z rozpatrywaną koncentracją. Test istotnego ograniczenia konkurencji jest dwuetapowy. W pierwszym etapie badany jest wpływ koncentracji na rynek pod kątem ograniczenia konkurencji. Identyfikuje się możliwe skutki jednostronne, skoordynowane, wertykalne oraz konglomeratowe. W drugim etapie bada się, czy przedsiębiorca osiągnie pozycję dominującą lub czy nie ulega ona wzmocnieniu. W obowiązującym teście w istotnym stopniu analizie poddane zostało całe otoczenie rynkowe przedsiębiorcy i wpływ na konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Oparcie testu oceny koncentracji o analizę ekonomiczną stanowi granicę administracyjnoprawnej interwencji, gdyż wynik tej analizy wiąże organ, zasadniczo wykluczając uznaniowość przy podejmowaniu decyzji przez Prezesa UOKiK.

O postępującej ekonomizacji testu istotnego ograniczenia konkurencji świadczy dopuszczenie i unormowanie problematyki szczególnych rodzajów wydajności. Oprócz zwyczajnej analizy skutków koncentracji i badania ewentualnych wydajności, jakie ze sobą niesie, organ antymonopolowy może uwzględnić pewne szczególne efekty zwiększenia wydajności przedsiębiorców. Jak stanowi art. 20 ust. 2 pkt 1 nawet w przypadku, kiedy koncentracja prowadzi do istotnego

ograniczenia konkurencji, może ona zostać dopuszczona, jeżeli przyczyni się do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego. W toku postępowania dowodowego strona może więc próbować wykazywać zaistnienie tych szczególnych wydajności. Ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorcy. Standard dowodu w takiej sprawie jest niezwykle wysoki i wiąże się z koniecznością bezspornego udowodnienia zwiększenia się dobrobytu konsumentów. Z pewnością tego typu wydajności będą mogły dotyczyć jedynie niektórych rynków, zaś osiągnięte korzyści powinny dotyczyć jak najszerszej grupy konsumentów. Należy przypuszczać, że ewentualne istotne ograniczenie konkurencji winno mieć charakter czasowy, zaś przedsiębiorca powinien wykazać istnienie możliwych warunków powrotu rynku do stanu równowagi w przyszłości. Pomimo obowiązywania tego przepisu od wielu lat, nigdy nie stał się on podstawą rozpatrzenia jakiegokolwiek sprawy.

Choć podstawowym testem oceny koncentracji jest test istotnego ograniczenia konkurencji, to uzupełniająco ustawa antymonopolowa przewiduje stosowanie testu interesu publicznego. Art. 20 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przewiduje, że Prezes UOKiK wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku, w przypadku gdy odstąpienie od zakazu koncentracji jest uzasadnione, a w szczególności gdy może ona wywrzeć pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Test interesu publicznego pozwala organowi antymonopolowemu w wyjątkowych sytuacjach na ocenę zamiaru koncentracji z punktu widzenia innych niż gospodarcze celów i wartości¹⁰. Trzeba podkreślić, że test interesu publicznego może stanowić podstawę do dopuszczenia antykonkurencyjnej koncentracji, ale nie pozwala organowi antymonopolowemu na zablokowanie neutralnej rynkowo transakcji. Świadczy to o tym, że względy pozagospodarcze nie mogą hamować wolności gospodarczej przedsiębiorców. Test interesu publicznego ma istotne znaczenie przy rozpatrywaniu spraw koncentracyjnych przedsiębior-

¹⁰ Szerzej zob. M. Błachucki, R. Stankiewicz, *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, nr 6.

ców z sektora energetycznego. Wynika to z relatywnie wysokiego stopnia koncentracji rynkowej na poszczególnych rynkach lub wręcz posiadania monopolu. Jednocześnie znaczenie sektora energetycznego dla gospodarki narodowej jest na tyle duże, że otwiera to możliwości analiz uwzględniających inne poza konkurencją wartości składających się na interes publiczny, np. bezpieczeństwo energetyczne państwa.

WYBRANE ORZECZNICTWO PREZESA UOKiK

Prezes UOKiK rozpatrywał już kilkadziesiąt spraw koncentracyjnych dotyczących przedsiębiorców z sektora energetycznego. Poniżej zostaną wskazane najciekawsze z nich lub takie, które dotyczą aktualnych problemów. Wyboru dokonano także pod kątem tego, w jaki sposób Prezes UOKiK definiuje rynki właściwe w koncentracjach przedsiębiorców z sektora energetycznego oraz w jaki sposób analizuje te transakcje.

ETAP PRYWATYZACJI, NA KTÓRYM MOŻNA ZGŁASZAĆ ZAMIAR KONCENTRACJI PRZEDSIĘBIORCÓW

Jak wskazano na wstępie, specyficzną cechą sektora energetycznego jest to, że zarówno w Polsce, jak i w większości państw europejskich znajdował się on w całości pod kontrolą państwa. W ostatnich latach zaobserwować można zaawansowanie procesów prywatyzacyjnych w tym sektorze. W Polsce odbywają się one w trybie ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji¹¹. Proces prywatyzacji może obejmować kilka etapów przed ostatecznym zawarciem umowy, co powoduje, że w praktyce administracyjnej Prezesa UOKiK pojawił się problem, na jakim etapie procesu prywatyzacyjnego należy zgłaszać zamiar koncentracji. W praktyce organu antymonopolowego

przyjmuje się, że obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK powstaje najwcześniej w momencie, gdy zbywca udziałów udzielił jednemu przedsiębiorcy terminu do wyłącznych negocjacji. Dlatego jako zbyt wczesny etap należy uznać zaproszenie do rokowań wystosowane przez organ przeprowadzający prywatyzację. W praktyce takie zaproszenie kierowane jest do kilku inwestorów, co powoduje, że nie można ustalić, kto zostanie wybrany inwestorem, ile akcji lub udziałów obejmie i czy będzie to związane z przejęciem kontroli.

KONCENTRACJE NA LOKALNYCH RYNKACH ENERGII CIEPLNEJ

Rynek produkcji i dystrybucji energii cieplnej wykazuje się daleko posuniętą specyfiką, która wynika z technologicznych i ekonomicznych ograniczeń skutkujących tym, że przedsiębiorcy działający na tym rynku są monopolistami naturalnymi. Podkreślenie tej specyfiki można znaleźć w decyzjach Prezesa UOKiK analizujących koncentracje polegające na przejmowaniu przedsiębiorstw energetyki cieplnej. W takim właśnie przypadku Prezes UOKiK zaznaczył, że „dystrybucja energii cieplnej odbywa się za pośrednictwem sieci ciepłowniczej, która jest trwale związana z gruntem, zaś zgodnie z obowiązującym orzecznictwem antymonopolowym, przyjmuje się, iż przedsiębiorstwo zajmujące się produkcją i dystrybucją energii cieplnej działa na rynku geograficznym zawężonym do obszaru swojej działalności, nie spotyka się na tym rynku z konkurencją ze strony innych przedsiębiorców, jest tzw. «monopolistą naturalnym» i tym samym posiada na rynkach lokalnych obszaru swojej działalności, w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy antymonopolowej, pozycję dominującą. Powyższe zdefiniowanie rynku w ten sposób jest uzasadnione tym, iż pomimo prowadzenia przez innych przedsiębiorców, w tych samych gminach, działalności gospodarczej w zakresie produkcji i dystrybucji energii cieplnej, przedsiębiorcy ci w rzeczywistości nie są konkurentami dla innych dystrybutorów ciepła. Jest to spowodowane rodzajem prowadzonej działalności gospo-

¹¹ Dz.U. 2002 Nr 171, poz.1397 ze zm.

darceży, której prowadzenie jest ograniczone do obszaru, na którym posiada dany przedsiębiorca infrastrukturę, tj. siecią ciepłowniczą trwale związaną z gruntem, budynkami oraz z niską mobilnością sieci ciepłowniczej. Powoduje to, iż w rzeczywistości możliwości sprzedaży i dystrybucji energii są ograniczone do zasięgu posiadanej przez tego przedsiębiorcę sieci ciepłowniczej oraz odbiorców znajdujących się w jej zasięgu i nie są tożsame z obszarem danej Gminy. Skutkiem powyższego, małe jest prawdopodobieństwo wejścia na ten sam lokalny rynek geograficzny innego przedsiębiorcy, który będzie w stanie zaofiarować odbiorcom alternatywne źródło produkcji i dystrybucji energii cieplnej. Dlatego też w rzeczywistości przedsiębiorcy zajmujący się produkcją i dystrybucją energii cieplnej nie posiadają konkurencji na obszarze swojej działalności¹².

Powoduje to, że choć przejmowanie przedsiębiorstw energetyki cieplnej jest przejmowaniem monopolu, to w istocie nie prowadzi to do istotnego ograniczenia konkurencji, gdyż warunki prowadzenia tej działalności konkurencję wykluczają. W doktrynie istnieje jednak również stanowisko, wskazujące na okoliczności pozwalające na stwierdzenie, że rynek ciepła jest rynkiem konkurencyjnym¹³.

Nie oznacza to jednak, że koncentracje na rynku energetyki cieplnej będą zawsze neutralne z punktu widzenia rynkowego. W szczególności nie będą neutralne koncentracje pomiędzy wytwórcami energii cieplnej i jej dystrybutorami. Rozpatrując sprawę koncentracji pomiędzy dwoma przedsiębiorcami, z których jeden był jedynym wytwórcą na skalę gospodarczą, a nie na potrzeby własne, a drugi jedynym dystrybutorem tej energii na danym terenie, Prezes UOKiK stwierdził, że: „W wyniku jej realizacji dojdzie do umocnienia pozycji dominującej na rynkach wytwarzania, przesyłania, dystrybucji i obrotu energią cieplną w Poznaniu, Czerwonaku i Swarzędzu. Bezspornie też spowoduje ona istotne ograniczenie konkurencji na dwóch z tych rynków:

¹² Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 7 grudnia 2004 r., nr RKT-65/2004 (niepublikowana).

¹³ Tak W. Lisiewicz, *Podobieństwa i różnice w regulacji działalności ciepłowniczej w Polsce i w Niemczech. Czy ciepłownictwo to monopol naturalny*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 7.

wytwarzania i obrotu energią cieplną (na tych jedynie rynkach konkurencja jest w ogóle możliwa). Przyczyni się bowiem do wzrostu ryzyka inwestycyjnego dla ewentualnych nowych przedsięwzięć na tych rynkach – wzrostu barier wejścia¹⁴. Pomimo takiego, potencjalnie negatywnego, wpływu na konkurencję, Prezes UOKiK zgodził się jednak na tę transakcję, podejmując decyzję na podstawie testu interesu publicznego, o którym była mowa wcześniej. Organ antymonopolowy, wyrażając zgodę na dokonanie przedmiotowej koncentracji, uwzględnił przede wszystkim fakt poddania rynków energetycznych (w tym rynków właściwych w niniejszej sprawie) regulacji na podstawie przepisów ustawy z dnia 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz.U. 2003 Nr 153, poz. 1504 z późn. zm.). Jednym z podstawowych narzędzi tej regulacji jest zatwierdzanie taryf przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. W ocenie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów „sposób kalkulacji taryf oparty na kosztach uzasadnionych, przy określeniu szczegółowego mechanizmu kalkulacji w rozporządzeniach wykonawczych i kontroli tego procesu przez Prezesa URE, w wystarczającym stopniu zapewnia odbiorcom ochronę przed nadmiernym wzrostem cen. Ponadto w omawianej sprawie taryfy uczestników koncentracji podlegały będą nadzorowi w trybie przewidzianym w umowie sprzedaży akcji Poznańskiej Energetyki Ciepłej zawartej w dniu 20.12.2001 r. przez Dalkię Termikę S.A z Miastem Poznań. Na podstawie art. 9 § 3 tej umowy strony powołały stałą komisję składającą się z przedstawicieli zarówno kupującego i sprzedającego. W świetle art. 9 § 4 umowy, zmiana wysokości cen ciepła ponad poziom skumulowanego wskaźnika inflacji, opublikowanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (...) wymaga zgody komisji. Ponadto, roczna zmiana wysokości cen ciepła nie może być wyższa niż skumulowany wskaźnik inflacji, opublikowany przez Prezesa GUS, za ostatnie 30 miesięcy liczone do zakładanego dnia wprowadzenia nowej ceny ciepła. Dzięki takim administracyjnym i prywatyzacyjnym ograniczeniom na lokalnym rynku istnieć będą dwa, w znacznej mierze niezależne od siebie mechanizmy weryfikacji taryf, które zapobiegać będą

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 15 marca 2004 r., nr RPZ-4/2004 (niepublikowana).

niebezpieczeństwu nadużywania pozycji dominującej, wzmocnionej zgłoszoną koncentracją”.

Koncentracje na rynku energetyki ciepłej dobrze pokazują specyfikę tego rynku. Występujące na nim ograniczenia natury technologicznej, ekonomicznej czy prawnej (regulacyjnej) powodują, że transakcje, które na pierwszy rzut oka mają charakter antykonkurencyjny, w istocie nie mają go zupełnie. Ponadto występujące ograniczenia mogą skutecznie eliminować potencjalne zagrożenia, wiążące się ze zmianami własnościowymi i koncentracją po stronie produkcji i dystrybucji energii ciepłej.

KONCENTRACJE NA RYNKU ENERGII ELEKTRYCZNEJ

W odróżnieniu od energetyki ciepłej rynek wytwarzania dystrybucji energii elektrycznej, przynajmniej z formalnego punktu widzenia, ma charakter o wiele bardziej konkurencyjny. Rynek ten kształtowany jest przez kilka tendencji, które w istotnym stopniu wpływają na analizę konkurencyjną. Po pierwsze, trwa proces prywatyzacji branży energetycznej, co poza zmianami własnościowymi oznacza także zmiany jakościowe i w większości niezrealizowane nadzieje na nowe inwestycje. Po drugie, wraz z prywatyzacją rozpoczął się trend do konsolidacji branż, czemu towarzyszyły w równym stopniu cele gospodarcze, jak i polityczne. Po trzecie, przekształcenia własnościowe dokonują się w zmieniającym się środowisku prawnym (regulacyjnym) i przy kolejnych próbach Komisji Europejskiej odnośnie do liberalizacji rynku energii elektrycznej i likwidacji barier krajowych. Wszystkie te tendencje muszą być brane pod uwagę przez organ antymonopolowy oceniający koncentracje w tym sektorze.

Prezes UOKiK, rozpatrując koncentracje z sektora energii elektrycznej, zwykle wyróżniał następujące rynki właściwe:

1. rynek wytwarzania i sprzedaży konwencjonalnej energii elektrycznej – energia elektryczna nie ma substytutów, tym samym

2. rynek dystrybucji energii elektrycznej – dystrybucja wiąże się z transportem i dostawą energii elektrycznej do odbiorców końcowych i jest ściśle związana z istniejącymi sieciami energetycznymi (rozdzielczymi). Za rynki właściwe w aspekcie terytorialnym należy uznać w tym przypadku rynki lokalne, na których działają poszczególne zakłady energetyczne. Są to zatem odrębne obszary kraju objęte siecią poszczególnych spółek dystrybucyjnych;
3. rynek przesyłu energii elektrycznej – działalność przesyłowa jest ściśle związana z istniejącymi sieciami energetycznymi (wysokich napięć). Za rynki właściwe w aspekcie terytorialnym należy uznać w tym przypadku rynki lokalne, na których działają poszczególne zakłady energetyczne. Są to zatem odrębne obszary kraju objęte siecią przesyłową poszczególnych spółek dystrybucyjnych;
4. rynek obrotu hurtowego energią elektryczną – rynek obrotu hurtowego energią elektryczną stanowi następny szczebel obrotu w stosunku do wytwarzania energii elektrycznej. Przez energię elektryczną będącą w obrocie hurtowym należy rozumieć całkowitą sprzedaż energii elektrycznej wyprodukowaną przez wytwórców i pomniejszoną o wielkość sprzedaży dokonywanej przez wytwórców bezpośrednio do odbiorców końcowych. W aspekcie geograficznym – analogicznie jak w wytwarzaniu – należy uznać, iż rynek obrotu hurtowego obejmuje obszar Polski. Z jednej strony nie ma bowiem przeszkód, aby energia elektryczna wytwarzana w jednym regionie kraju była kupowana przez odbiorcę z innego regionu (większość mocy w zakresie energii elektrycznej zainstalowanych jest na południu Polski, energia pochodząca stąd sprzedawana jest natomiast w całej Polsce). Z drugiej strony istnieją bariery co

- najmniej natury technicznej (zbyt mała przepustowość sieci transgranicznych), aby można było uznać, iż rynek ten jest szerszy niż krajowy¹⁵;
5. rynek sprzedaży detalicznej energii elektrycznej z podziałem na odbiorców końcowych – z orzecznictwa organu antymonopolowego wynika, że z szeroko rozumianego rynku sprzedaży detalicznej energii elektrycznej można wydzielić segment sprzedaży odbiorcom przemysłowym, instytucjonalnym i pozostałym nie zaliczonym do grupy G oraz segment sprzedaży odbiorcom należącym do grupy G. Rynek w aspekcie geograficznym dla segmentu sprzedaży detalicznej energii elektrycznej odbiorcom spoza grupy G powinien obejmować obszar Polski, natomiast dla segmentu sprzedaży detalicznej energii elektrycznej odbiorcom z grupy G, do czasu usunięcia wskazanych powyżej barier, powinien zostać określony jako obszar, na którym prowadzą działalność tzw. sprzedawcy z urzędu. W tym drugim przypadku ich udział, z uwagi na niski stopień korzystania przez odbiorców z grupy G z prawa zmiany sprzedawcy, wynosi w praktyce 100%¹⁶;
 6. rynek usług systemowych – usługi systemowe są usługami świadczonymi przedsiębiorstwom sieciowym przez wytwórców energii elektrycznej, niezbędnymi do prawidłowego funkcjonowania systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego, zapewniającymi zachowanie określonych wartości parametrów niezawodnościowych i jakościowych dostaw energii elektrycznej. Są to działania polegające na zapewnieniu bezpieczeństwa pracy systemu energetycznego, szybkie reago-

¹⁵ Co zostało również potwierdzone w decyzji Komisji Europejskiej z dnia 11 września 2008 r., stanowiącej, że art. 30 ust. 1 dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych nie ma zastosowania w odniesieniu do wytwarzania i sprzedaży hurtowej energii elektrycznej w Polsce (Dz.U. UE L 251, z 19.09.2008, s. 35–38).

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 13 stycznia 2011 r., nr DKK-1/2011 (niepublikowana).

- wanie na zmiany zapotrzebowania na moc i energię. Do usług systemowych zalicza się także regulację mocy czynnej i biernej przy pomocy urządzeń zainstalowanych u użytkowników systemu. Analogicznie jak w przypadku wytwarzania energii elektrycznej rynek usług systemowych w aspekcie geograficznym ma wymiar krajowy. Usługi systemowe świadczone są bowiem przez wytwórców przyłączonych do sieci krajowego systemu energetycznego na jego rzecz. Wyłącznym nabywcą usług systemowych sprzedawanych przez wytwórców w Polsce jest PSE – Operator S.A., który pełni funkcję Operatora Systemu Przesyłowego. PSE-Operator S.A. wybiera kontrahentów na zakupywane usługi w trybie organizowanych przetargów, na których jednym z istotnych kryteriów wyboru oferenta jest jakość oraz niezawodność dostarczanych usług¹⁷;
7. rynki obrotu zielonymi certyfikatami – zielone certyfikaty przysługują producentom energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych, natomiast ostatecznymi nabywcami tych certyfikatów są sprzedawcy dostarczający energię elektryczną odbiorcom końcowym. Sprzedawcy ci muszą umorzyć odpowiednią liczbę certyfikatów, proporcjonalną do sprzedanej energii elektrycznej odbiorcom końcowym lub uiścić opłatę zastępczą. W związku z tym, iż podaż zielonych certyfikatów nie zaspokaja popytu na nie, ich cena jest na poziomie zbliżonym do ceny opłaty zastępczej. W aspekcie geograficznym, z uwagi na powiązania rynku obrotu tzw. zielonymi certyfikatami z rynkiem wytwarzania i wprowadzania do obrotu energii elektrycznej (certyfikaty przysługują producentom energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych) oraz szczególne uregulowania tego rynku na poziomie krajowym, należy uznać, iż obejmuje on obszar Polski;
 8. rynek obrotu tzw. certyfikatami żółtymi – żółte certyfikaty przysługują podmiotom wytwarzającym energię elektryczną

¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 marca 2007 r., nr DOK-29/2007 (niepublikowana).

w procesie kogeneracji o mocy zainstalowanej poniżej 1 MW lub spalającym paliwa gazowe, natomiast ostatecznymi nabywcami tych certyfikatów – analogicznie jak w przypadku pozostałych – są przedsiębiorstwa sprzedające energię elektryczną odbiorcom końcowym. Sprzedawcy ci muszą umorzyć wyznaczoną liczbę żółtych certyfikatów proporcjonalnie do sprzedanej energii odbiorcom końcowym lub uiścić opłatę zastępczą. W związku z tym, iż podaż żółtych certyfikatów nie zaspokaja popytu na nie, ich cena kształtuje się na poziomie zbliżonym do wysokości opłaty zastępczej. W aspekcie geograficznym – analogicznie jak w przypadku rynku obrotu tzw. zielonymi certyfikatami – należy uznać, iż rynek obrotu tzw. certyfikatami żółtymi obejmuje obszar Polski;

9. rynek obrotu certyfikatami czerwonymi – czerwone certyfikaty są prawami majątkowymi przysługującymi producentom energii elektrycznej i ciepła w wysokosprawnej kogeneracji w jednostkach o mocy większej lub równej 1 MW. Sprzedawcy ci muszą umorzyć wyznaczoną liczbę czerwonych certyfikatów proporcjonalnie do sprzedanej energii odbiorcom końcowym lub uiścić opłatę zastępczą. W aspekcie geograficznym jest to rynek krajowy;
10. rynek uprawnień do emisji gazów cieplarnianych – jest on wynikiem wdrożenia we wszystkich krajach Unii Europejskiej tzw. Europejskiego Systemu Handlu Emisjami. Obecnie uczestnicy tego rynku, którymi są znaczący emitenci gazów cieplarnianych (obecnie głównie CO₂), mogą w swobodny sposób dokonywać transakcji z innymi uczestnikami systemu niezależnie od kraju pochodzenia. Wewnątrz europejski handel uprawnieniami do emisji może odbywać się zarówno na giełdach towarowych, jak i za pośrednictwem bilateralnych transakcji pozagiełdowych¹⁸.

¹⁸ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 13 stycznia 2011 r., nr DKK-1/2011 (niepublikowana).

Zdefiniowanie rynków właściwych odgrywa kluczowe znaczenie w analizie antymonopolowej. Rzecz jasna nie w każdej rozpatrywanej sprawie, w której stronami będą przedsiębiorstwa energetyczne, wystąpi konieczność analizy wszystkich ww. rynków. Będzie to zależało każdorazowo od zakresu i rodzaju prowadzonej przez danych przedsiębiorców działalności gospodarczej. Na koniec należy też podkreślić, że sposób wyznaczenia rynków zmienia się wraz z postępem liberalizacji i integracji rynków energetycznych. Przykładowo obecnie wszyscy odbiorcy są już odbiorcami uprawnionymi i prawo do zmiany sprzedawcy mają również tzw. odbiorcy energetyki przemysłowej. Powoduje to, że podział rynku obrotu energią elektryczną dla indywidualnych odbiorców na uprawnionych i nieuprawnionych do TPA (ang. *Third Party Access*) przestał mieć swoje uzasadnienie.

POWSTANIE CZTERECH KRAJOWYCH GRUP ENERGETYCZNYCH

Jak wskazano wcześniej, ważną cechą polskiego sektora energetycznego jest jego postępująca koncentracja. Pierwszy etap konsolidacji przedsiębiorców sektora energetycznego nie wywołał problemów konkurencyjnych. Prezes UOKiK wydał bezwarunkowe zgody na powstanie grup G8¹⁹, K7²⁰ czy L6²¹. Jednakże te pierwsze transakcje doprowadziły do wysokiego stopnia koncentracji rynkowej zarówno jeżeli chodzi o produkcję, jak i dystrybucję energii elektrycznej. To spowodowało, że w kolejnych sprawach Prezes UOKiK musiał szczególnie uważnie zbadać rynek. Analiza kolejnego etapu konsolidacji polskiego sektora energetycznego doprowadziła organ antymonopolowy do wniosku, że kolejne koncentracje w tym sektorze doprowadzą do

¹⁹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12 lipca 2004 r., nr DOK-58/2004 (niepublikowana).

²⁰ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 18 maja 2004 r., nr DOK-37/2004 (niepublikowana).

²¹ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 23 lipca 2004 r., nr DOK -70/2004 (niepublikowana).

skutków antykonkurencyjnych. Spowodowało to, że kolejne koncentracje przedsiębiorców z sektora energetycznego zostały rozstrzygnięte w oparciu o test interesu publicznego. Były to decyzje dotyczące Polskiej Grupy Energetycznej²², ENEA²³ oraz Grupy Tauron²⁴. Wszystkie te koncentracje stanowiły realizację przyjętego przez Radę Ministrów w dniu 28 marca 2006 r. Programu dla elektroenergetyki. Program ten przewidywał konsolidację przedsiębiorców z branży elektroenergetycznej, należących do Skarbu Państwa, w cztery grupy, tj. PGE, Tauron, ENEA oraz Energa. Celem procesów konsolidacyjnych w tym sektorze była redukcja kosztów funkcjonowania sektora i zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego. Utworzenie silnych ekonomicznych grup miało zapewnić niezbędne inwestycje w zdolności wytwórcze, przesyłowe i dystrybucyjne w celu zagwarantowania bezpieczeństwa energetycznego oraz niezawodności dostaw energii elektrycznej, zrównoważony rozwój energetyczny przy wypełnieniu przyjętych zobowiązań w zakresie ochrony środowiska, a także zmniejszenie kosztów na skutek efektu skali i synergii. Po przeprowadzeniu postępowań antymonopolowych Prezes UOKiK uznał, że zarówno w przypadku PGE oraz ENEA, jak i Grupy Tauron dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynkach właściwych.

Uzasadniając odstąpienie od zakazu koncentracji, organ antymonopolowy oparł się przede wszystkim na analizie potrzeb energetycznych Polski – przestarzałej i zbyt małej wielkości mocy wytwórczych energii w Polsce. Ponadto Prezes UOKiK wskazał na uwarunkowania międzynarodowe, czyli konieczność wprowadzania proekologicznych i wysoce kosztownych rozwiązań oraz liberalizacji rynków energii w krajach UE i tworzeniu się wspólnego rynku w tym zakresie. Aby sprostać tym wyzwaniom, konieczne jest utworzenie silnych grup energetycznych, które będą miały odpowiednie środki, aby być ak-

²² Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 22 grudnia 2006 r., nr DOK-163/2006 (niepublikowana).

²³ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 września 2007 r., nr DKK-32/2007 (niepublikowana).

²⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 marca 2007 r., nr DOK-29/2007 (niepublikowana).

tywnym uczestnikiem zmian. W konkluzjach decyzji organ wskazał, że koncentracje te przyczynią się do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego Polski oraz spowodują powstanie nowych miejsc pracy. Ponadto utworzenie czterech silnych grup energetycznych spowoduje, że będą one stanowiły przeciwwagę dla siebie nawzajem.

SEKTOR ENERGETYCZNY PO KONSOLIDACJI W OCENIE PREZESA UOKiK

Stworzenie czterech grup energetycznych w sposób istotny zmieniło sytuację na rynkach energetycznych. Po trzech latach od konsolidacji Prezes UOKiK przeprowadził badanie rynkowe i przedstawił swoją ocenę sytuacji sektora energetycznego w raporcie *Kierunki rozwoju konkurencji i ochrony konsumentów w polskim sektorze energetycznym*. Z raportu wynika, że zdaniem organu antymonopolowego aktualna struktura podmiotowa rynku nie zapewnia optymalnego rozwoju konkurencji na rynku wytwarzania i obrotu energią elektryczną, zaś rozwój konkurencji nie będzie możliwy, o ile rozważane będą projekty jakiegokolwiek dalszej konsolidacji sektora elektroenergetyki. Z tego powodu nie jest możliwa dalsza konsolidacja głównych graczy w sektorze elektroenergetycznym, a szczególnie niebezpieczne byłoby dalsze wzmocnienie pozycji PGE na rynku wytwarzania energii elektrycznej. Podobnie konkurencji zagrażałoby umocnienie pozycji PGE w dystrybucji i obrocie energią elektryczną. Prezes UOKiK wskazał, że nadwyżka mocy wytwórczych PGE sprzyja płynności rynku hurtowego, zaś przejście kolejnych spółek dystrybucyjnych, a tym samym ich odbiorców, zmniejszyłoby płynność rynku i utrudniłoby sytuację rynkową innych spółek obrotu. Zdaniem organu antymonopolowego skonsolidowane grupy energetyczne mają już zapewnioną możliwość budowania nowych mocy wytwórczych.

KONCENTRACJA PGE/ENERGA

Oceny zawarte w ww. raporcie wpłynęły na istotną zmianę stanowiska Prezesa UOKiK w odniesieniu do koncentracji na rynku energetycznym, co uwidoczniło się przy rozpatrywaniu przejęcia Energa przez PGE. Jak wskazano wcześniej, obydwie grupy powstały w ramach rządowego planu konsolidacji branży energetycznej. Natomiast nowa *Polityka energetyczna Polski do 2030* nie przewidywała potrzeby dalszej konsolidacji²⁵. Jednakże w obliczu kryzysu budżetowego Rada Ministrów uchwałą nr 157/2010 z dnia 29 września 2010 r. zmieniła ten dokument, stanowiąc, że jednym z celów tej polityki jest dopuszczenie do rynkowego przejęcia przez PGE spółki Energa, z jednoczesnym zachowaniem jej odrębności oraz docelowym upublicznieniem. Bliższa analiza uzasadnienia zmian wykazuje, że realną motywacją rządu były wyłącznie cele fiskalne²⁶, zaś kwestia bezpieczeństwa energetycznego Polski była jedynie pretekstem. Pomimo wniosku PGE o zastosowanie testu interesu publicznego do oceny koncentracji, z powołaniem na nową politykę energetyczną, Prezes UOKiK zakazał przeprowadzenia transakcji²⁷.

Organ antymonopolowy podkreślił, że koncentracja doprowadziłaby do powstania zintegrowanego i zbilansowanego wewnątrznie lidera rynku. Konsekwencją koncentracji byłoby pełne uniezależnienie połączonych podmiotów od obecnych odbiorców nadwyżki energii produkowanej przez PGE. Dotychczas znaczna część energii wytwarzanej przez PGE musi być sprzedawana poza jej grupę kapitałową (PGE więcej energii produkuje, niż sprzedaje odbiorcom z własnej gru-

²⁵ Obwieszczenie Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2009 r. w sprawie polityki energetycznej państwa do 2030 r. (M.P. z 2010 r., Nr 2, poz. 11).

²⁶ Świadczy o tym także fakt, że wskutek przedłużającego się postępowania antymonopolowego w sprawie koncentracji PGE/Energa i braku możliwości finalizacji transakcji PGE odkupiło od Skarbu Państwa tzw. resztówki, czyli należące do państwa niewielkie pakiety akcji spółek zależnych PGE. Transakcja ta obniżyła zdolność finansowania przez PGE nowych inwestycji oraz zwiększyła ich koszt, ale zapewniła niezbędne wpływy budżetowe.

²⁷ Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 13 stycznia 2011 r., nr DKK-1/2011 (niepublikowana).

py). Ewentualna koncentracja zniwelowałaby dysproporcję pomiędzy potrzebami a wielkością produkcji PGE i w efekcie większość energii elektrycznej mogłaby być sprzedawana wewnątrz grupy. PGE uzyskaby dzięki temu połączeniu niezależność od innych uczestników krajowego rynku, co pozwoliłoby jej z kolei w dużym stopniu kształtować wysokość cen niezależnie od innych przedsiębiorców. Ponadto Prezes UOKiK podkreślił, że znaczna koncentracja nastąpiłaby również na krajowym rynku sprzedaży detalicznej energii. W praktyce zniknąłby trzeci z największych konkurentów PGE. Konsolidacja największego producenta i sprzedawcy energii na rynku detalicznym z jednym z największych dotychczasowych konkurentów, również sprzedającym energię, w ocenie organu antymonopolowego, stanowiłaby poważne zagrożenie dla struktury rynku i w istotnym stopniu ograniczyłaby odbiorcom energii elektrycznej możliwość wyboru dostawcy.

Brak zastosowania testu interesu publicznego wynikał z oceny organu antymonopolowego, że ewentualne pozytywne skutki tej koncentracji nie będą równoważyć jej negatywnych skutków wynikających z ograniczenia konkurencji, do jakiego dojdzie w jej następstwie na określonych rynkach właściwych. Dodatkowo zdaniem Prezesa UOKiK brak było przekonujących argumentów, iż korzyści ogólnospołeczne wskazywane przez PGE, które sprowadzały się przede wszystkim do inwestycji w sektorze elektroenergetycznym, mogły zostać osiągnięte wyłącznie w wyniku realizacji koncentracji.

PODSUMOWANIE

Koncentracje w sektorze energetycznym stanowią wyzwanie dla Prezesa UOKiK w zakresie przeprowadzanej analizy. Specyfika tego sektora i jego znaczenie powodują, że nie zawsze można polegać na typowych analizach antymonopolowych, np. opartych o wskaźniki udziałów rynkowych. Istotnego znaczenia, przy analizie koncentracji z udziałem przedsiębiorstw energetycznych, nabierają analizy uwzględniające

obok konkurencji także inne aspekty interesu publicznego, np. bezpieczeństwo energetyczne. Wydaje się jednak, że możliwości takiego specjalnego traktowania przedsiębiorców z sektora energetycznego już się wyczerpały. Przykładem może być tutaj zakaz przejęcia Energa przez PGE. Nieodwracalne zmiany struktury polskiego sektora energetycznego w żaden sposób nie mogły zostać zmienione przez iluzoryczne korzyści ogólnospołeczne, które koncentracja mogłaby przynieść. Brak było zatem jakichkolwiek podstaw merytorycznych do wydania zgody przez Prezesa UOKiK na tę transakcję. W kontekście tej sprawy najbardziej zaskakujące jest instrumentalne traktowanie polityki energetycznej przez polski rząd, który gotowy był zahamować rozwój konkurencji w sektorze energetycznym wyłącznie dla celów fiskalnych.

SUMMARY

The article presents legal basis of the antimonopoly merger control in relation to transactions between entrepreneurs active in the energy sector. Furthermore, it describes the most interesting case law of the Polish antimonopoly authority in the given area. Legal basis of the antimonopoly merger control may be found in the act on competition and consumer protection. The act establishes President of the Office for Competition and Consumer Protection who is responsible for enforcing merger control rules. Presentation of the Polish merger control system is made through the prism of two crucial issues: merger notification thresholds and merger test. There are no specific merger control rules that are applicable to transactions in the energy sector. Therefore general rules apply. Merger notification thresholds are established according to objective – turnover criteria. Considering the large size of energy companies the level of turnover thresholds is appropriate to cover all potentially relevant transactions. Basic merger test is significant impediment to effective competition test. The SIEC test provides ground for economic analysis of notified mergers and is far from legal formalism. The supplementary test is the public interest test. It opens economic analysis of the notified merger to non-economic issues which in certain circumstances may override primary economic considerations. Case law of the Polish antimonopoly authority proves that mergers involving entrepreneurs active in heating sector are less likely to be anticompetitive. Most of the companies active in this sector operate as local

natural monopolists. Therefore acquisitions do not normally change market structure or have adverse effects on competition. Analysis of the cases law regarding electricity sector showed that significant number of mergers were anticompetitive but nevertheless cleared upon public interest test. However prohibited merger between PGE and Energa is a strong signal of new stringent policy towards mergers in the energy sector.

BIBLIOGRAFIA

1. Błachucki M., Stankiewicz R., *Decyzja zezwalająca na dokonanie koncentracji z naruszeniem testu istotnego ograniczenia konkurencji (art. 20 ust. 2 ustawy antymonopolowej)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2010, nr 6.
2. Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 11 września 2008 r. (Dz.U. UE L 251, z 19.09.2008).
3. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 7 grudnia 2004 r., nr RKT-65/2004 (niepublikowana).
4. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 15 marca 2004 r., nr RPZ-4/2004 (niepublikowana).
5. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 12 lipca 2004 r., nr DOK-58/2004 (niepublikowana).
6. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 8 marca 2007 r., nr DOK-29/2007 (niepublikowana).
7. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 18 maja 2004 r., nr DOK-37/2004 (niepublikowana).
8. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 23 lipca 2004 r., nr DOK-70/2004 (niepublikowana).
9. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 22 grudnia 2006 r., nr DOK-163/2006 (niepublikowana).
10. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 28 września 2007 r., nr DKK-32/2007 (niepublikowana).
11. Decyzja Prezesa UOKiK z dnia 13 stycznia 2011 r., nr DKK-1/2011 (niepublikowana).
12. Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.
13. Dz.U. 2002 Nr 171, poz.1397 ze zm.

14. Fountoukakos K., Ryan S., *A New Substantive Test For Merger Control*, „European Competition Law Review” 2005, No. 5.
15. Jones A., Sufrin B., *EC Competition Law. Text, Cases and Materials*, Oxford 2008.
16. Lisiewicz W., *Podobieństwa i różnice w regulacji działalności ciepłowniczej w Polsce i w Niemczech. Czy ciepłownictwo to monopol naturalny*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2007, nr 7.
17. Olszewski J., *Nadzór nad koncentracją przedsiębiorców jako forma prewencyjnej ochrony konkurencji*, Rzeszów 2004.
18. Polityka energetyczna państwa do 2030 r. (M.P. z 2010 r., Nr 2, poz. 11).
19. *Raport UOKiK – Kierunki rozwoju konkurencji i ochrony konsumentów w polskim sektorze energetycznym*, Warszawa 2010, http://uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=1940 (data dostępu: 15.08.2010).
20. Theeuwes J., *An Economic Analysis of the New Regulation 139/2004*, „Legal Issues of Economic Integration” 2005, No. 2.
21. Whish R., *Competition Law*, Oxford 2009.

Filip M. Elżanowski, Magdalena Czuba



PRAWNE I TECHNICZNE UWARUNKOWANIA RYNKU CIEPŁA DOSTARCZANEGO ZA POŚREDNICTWEM SIECI I JEGO ODREBNOŚĆ OD ELEKTROENERGETYKI

Polski ustawodawca, tworząc ramy prawne dla funkcjonowania sektora energetycznego, którego częścią jest także rynek ciepła, wyszedł z założenia, że przedsiębiorstwa energetyczne, dostarczające energię za pomocą sieci, świadczą swoje usługi w warunkach monopolu naturalnego. Problematyka monopolu naturalnego w sektorach związanych ze świadczeniem usług bądź dokonywaniem sprzedaży za pośrednictwem infrastruktury sieciowej jest częścią szerszego zagadnienia posiadania przez co najmniej jedno z przedsiębiorstw działających na danym rynku pozycji dominującej i jej nadużywania¹. Uznaje się, że brak władczej interwencji państwa w sytuacji nadużywania pozycji dominującej może umożliwić przedsiębiorstwu skuteczne utrudnianie lub wręcz uniemożliwianie dostępu do infrastruktury pozostałym uczestnikom rynku. Przyjęcie, że w danym sektorze mamy do czynienia z monopolem, powoduje objęcie podmiotów prowadzących w nim działalność gospodarczą szczególnemu reżimowi prawnemu². Bez wątpienia działalność przedsiębiorstw energetycznych zajmujących się wytwarzaniem, przesyłem, dystrybucją oraz obrotem ener-

¹ W. Hoff, *Prawny model regulacji sektorowej*, Warszawa 2008, s. 99 i n.

² Z tego też względu regulacja korzystania z sieci elektroenergetycznych, gazowych, telekomunikacyjnych oraz kolejowych stanowi przedmiot zainteresowania nie tylko poszczególnych państw, lecz także prawodawstwa unijnego, a zwłaszcza Komisji Europejskiej.

**Systemowe uwarunkowania
sektorów strategicznych
Wnioski dla energetyki**



REDAKCJA NAUKOWA

**FILIP M. ELŻANOWSKI
MACIEJ M. SOKOŁOWSKI**

RECENZENCI

prof. dr hab. Anna Walaszek-Pyziół
prof. zw. dr hab. Marek Wierzbowski

REDAKTOR PROWADZĄCY
Marlena Marchewka

REDAKTOR TECHNICZNY
Paweł Kucypera

KOREKTA
Julia Leśniak
Krzysztof Leśniak
Szymon Gumienik

PROJEKT OKŁADKI
Olek Leydo

© Copyright by Wydawnictwo Adam Marszałek
Toruń 2011

Publikacja dofinansowana przez Primo Corporate Advisory
oraz PKP Energetyka S.A.



PKP ENERGETYKA

ISBN 978-83-7780-025-6

Wydawnictwo prowadzi sprzedaż wysyłkową:
tel./fax 56 648 50 70, e-mail: marketing@marszalek.com.pl

Wydawnictwo Adam Marszałek, ul. Lubicka 44, 87-100 Toruń
tel. 56 664 22 35, 56 660 81 60, e-mail: info@marszalek.com.pl, www.marszalek.com.pl

Drukarnia nr 2, ul. Warszawska 52, 87-148 Łysomice, tel. 56 678 34 78

SPIS TREŚCI



WSTĘP	5
MIROŚLAW PAWEŁCZYK <i>Zasada Third Party Access fundamentem liberalnego rynku energii</i>	11
TOMASZ DŁUGOSZ <i>Formalne aspekty regulacji handlu transgranicznego energią elektryczną i gazem ziemnym w świetle tzw. trzeciego pakietu energetycznego</i>	24
RAFAŁ STANKIEWICZ <i>Wzajemne relacje pomiędzy kompetencjami Prezesa UOKiK oraz Prezesa URE w sprawach z zakresu energetyki</i>	46
MATEUSZ BŁACHUCKI <i>Kontrola koncentracji w sektorze energetycznym – wybrane zagadnienia</i>	61
FILIP M. ELŻANOWSKI, MAGDALENA CZUBA <i>Prawne i techniczne uwarunkowania rynku ciepła dostarczanego za pośrednictwem sieci i jego odrębność od elektroenergetyki</i>	85
KAROL BATOR <i>O istocie służebności przesyłu – wnioski płynące z analizy postanowień instytucji</i>	93
ANNE-MARIE WEBER <i>Rozwój odnawialnych źródeł energii a ingerencja państwa w prawa własności przemysłowej</i>	121
MATEUSZ KNECHT <i>Porozumienia bagatelne – wyłączenie spod zakazu porozumień ograniczających konkurencję w prawie europejskim i polskim</i>	142