

DELEGATURA UOKiK W KATOWICACH

Katowice, dnia 15.06.2004r.

RKT-430-02/04/MK

Decyzja nr RKT-32/2004

I. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2003r. Nr 86, poz. 804 ze zmian., Dz.U. Nr 170, poz. 1652, Dz.U. z 2004r. Nr 93, poz. 891) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18, poz. 172 ze zmian. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

-w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

nakłada się na Zakłady Energetyki Ciepłej S.A. w Katowicach ul. Ścigały 14, 40-205 Katowice, karę pieniężną w wysokości 9.434 PLN (słownie: dziewięćtyścyczterystatrzydzieścizłote) płatną do budżetu państwa, stanowiącą równowartość 2.000 euro (słownie: dwa tysiące euro), za dokonanie koncentracji o jakiej mowa w art. 12 ust. 2 pkt 2 w/w ustawy, polegającej na przejęciu przez Zakłady Energetyki Ciepłej S.A. w Katowicach bezpośredniej kontroli nad Elektrociepłownią „Szopienice” Sp. z o.o. w Katowicach, poprzez nabycie 100% udziałów tej spółki, bez zgody Prezesa Urzędu.

II. Na podstawie art. 72 w związku z art. 75 i art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2003r. Nr 86, poz. 804 ze zmian., Dz.U. Nr 170, poz. 1652, Dz.U. z 2004r. Nr 93, poz. 891) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 18, poz. 172 ze zmian. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68), a także art. 264 § 1 k.p.a, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu oraz uwzględniając wynik w/w postępowania antymonopolowego,

-w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

obciąża się Zakłady Energetyki Ciepłej S.A. w Katowicach ul. Ścigały 14, 40-205 Katowice, kosztami opisanego na wstępie postępowania antymonopolowego, oraz zobowiązuje się tego przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów w kwocie 42 PLN (słownie: czterdzieścizłote).

Uzasadnienie

W dniu 10.02.2004r. zostało wszczęte w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwany dalej także organem antymonopolowym) z urzędu postępowanie w sprawie nałożenia na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2003r. Nr 86, poz. 804 ze zmian., Dz.U. Nr 170, poz. 1652 - zwana dalej ustawą antymonopolową), na Zakłady Energetyki Ciepłej S.A. w Katowicach (zwane dalej ZEC S.A.) kary pieniężnej za nie wykonanie w ustawowym terminie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji o jakiej mowa

w art. 12 ust. 2 pkt 2 w/w ustawy, polegającej na przejęciu przez ZEC S.A. bezpośredniej kontroli nad Elektrociepłownią „Szopienice” Sp. z o.o. w Katowicach, poprzez nabycie 100% udziałów tej spółki.

Podstawą do wszczęcia niniejszego postępowania, była informacja prasowa zamieszczona w "Pulsie Biznesu" z dnia 13.06.2003r., z której wynikało przypuszczenie, iż została dokonana powyżej opisana koncentracja. Dokonanie koncentracji bez notyfikacji organowi antymonopolowemu zamiaru jej wykonania, potwierdziło przeprowadzone przez organ antymonopolowy postępowanie wyjaśniające w tej sprawie (sygn. akt RKT-400-04/04/MK). Część informacji i materiałów zebranych w tym postępowaniu włączona została postanowieniem nr 2 z dnia 10.02.2004r. do akt niniejszego postępowania.

W ustosunkowaniu się do wszczęcia postępowania w sprawie nałożenia kary pieniężnej, ZEC S.A. pismem z dnia 17.02.2004r. (karty nr od 74 do nr 95) wyjaśniły, iż zamiar tej koncentracji nie został zgłoszony organowi antymonopolowemu. Ponadto w w/w piśmie ZEC S.A. stwierdziły, iż zgodnie z załączonymi do w/w pisma opracowaniami Energoekspert (karty nr od 40 do nr 53), łączny udział w rynku ciepłowniczym ZEC S.A. oraz Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. w Katowicach, nie przekracza (...)%. Ponadto jako załącznik do w/w pisma ZEC S.A. dołączyły pismo Urzędu Miasta Katowice Wydział Rozwoju Miasta z dnia 4 czerwca 2003r. wraz z załącznikiem w postaci zestawienia mocy zamówionych dla Miasta Katowice (karty nr 76 i 77), z którego wynika, że udział Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. i ZEC S.A. w rynku katowickim wynosi (...)%. Dlatego też zgodnie z art. 13 pkt 2 ustawy antymonopolowej, zamiar powyżej opisanej koncentracji podlegał wyłączeniu z obowiązku jej zgłoszenia. W związku z powyższym zdaniem ZEC S.A. istniały ustawowe przesłanki zwalniające tego przedsiębiorcę z obowiązku zgłoszenia zamiaru tej koncentracji organowi antymonopolowemu.

W oparciu o zgromadzony materiał dowodowy organ antymonopolowy ustalił co następuje.

W dniu 04.06.2003r. została zawarta pomiędzy Zakładami Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Katowicach, a Hutą Metali Nieżelaznych „Szopienice” S.A. w Katowicach (zwana dalej Huta), umowa sprzedaży udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. (karty nr od 54 do nr 57). Jak wynika z odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego, z dnia 20.01.2004r., uchwałą z dnia 23.04.2003r. Zakłady Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Katowicach, zostały przekształcone w spółkę akcyjną. Przekształcenie nastąpiło z chwilą wpisu spółki do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym (karty nr od 78 do nr 81). Zgodnie z art. 553 § 1 kodeksu spółek handlowych, spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej, co w niniejszej sprawie oznacza, iż ZEC S.A., przejęły prawa i obowiązki Zakładów Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. Oznacza to, iż ZEC S.A. stały się następcą prawnym Zakładów Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. Dlatego też w dalszej części niniejszej decyzji, skrótu ZEC S.A. użyto zarówno dla opisu działań tej spółki, jak i jej poprzednika prawnego, którym były Zakłady Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.

Zgodnie z § 1 w/w umowy Huta w dniu jej zawarcia, była właścicielem 27.568 udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., reprezentujących 100% kapitału zakładowego tej spółki. Zgodnie z § 3 tej umowy, kupujący czyli ZEC S.A. nabyły 27.568 udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. czyli całość udziałów tego przedsiębiorcy. Ponadto w § 6 w/w umowy, ZEC S.A. oświadczyły, że do skutecznego nabycia w/w udziałów nie jest wymagana stosowna decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, gdyż zamiar tej koncentracji podlega wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia na podstawie art. 13 pkt 2 ustawy antymonopolowej. Oświadczenie powyższego stanowi załącznik nr 8 do umowy nabycia udziałów (karta nr 103).

Nabycie przez ZEC S.A. udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. zostało poprzedzone negocjacjami pomiędzy Hutą a ZEC S.A. w sprawie warunków sprzedaży oraz kupna w/w udziałów (karty od nr 62 verte do nr 64). W efekcie dokonanych ustaleń Zarząd ZEC S.A. pismem z dnia 20.03.2003r. złożył Radzie Nadzorczej ZEC S.A. wniosek o

wyrażenie zgody na nabycie 100% udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. (karta nr 62). Uchwałą nr 4/II/2003 Rada Nadzorcza III kadencji ZEC Sp. z o.o. w dniu 28.05.2003r. pozytywnie zaopiniowała wniosek Zarządu w sprawie warunków zakupu udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. (karta nr 61). Następnie uchwałą nr 13/2003 Zgromadzenie Wspólników ZEC S.A. (karta nr 58 verte) z dnia 03.06.2003r. zaakceptowało wyniki negocjacji ceny zakupu Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. prowadzonej przez tę Spółkę z Zarządem Huty oraz wyraziło zgodę na zakup 100% udziałów tej Elektrociepłowni (karta nr 62 verte).

Jak wynika z zebranych w trakcie postępowania informacji oraz poczynionych ustaleń, przedsiębiorcami bezpośrednio uczestniczącymi w tej koncentracji były ZEC S.A. oraz Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o.

W dniu dokonywania niniejszej koncentracji całość udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., należała do Huty Metali Nieżelaznych Szopienice S.A. (karta nr 28). Natomiast większościowym akcjonariuszem Huty był IMPEXMETAL S.A. w Warszawie, który posiadał 58,03% akcji tego przedsiębiorcy. Tym samym Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o. w dniu dokonania niniejszej koncentracji należała do grupy kapitałowej IMPEXMETAL S.A. w Warszawie.

Natomiast 100% akcjonariuszem ZEC S.A. w dniu dokonywania tej koncentracji był Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach (karta nr 14 - zwany dalej KHW S.A.). Oznacza to, iż ZEC S.A. w dniu dokonywania tej koncentracji przynależał do grupy kapitałowej KHW S.A.

Nabycie przez przedsiębiorcę 100% udziałów innego przedsiębiorcy, jest koncentracją o jakiej mowa w art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej, polegającą na przejęciu bezpośredniej kontroli nad całością innego przedsiębiorcy. Aby zamiar koncentracji o jakiej mowa w art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej podlegał zgłoszeniu organowi antymonopolowemu, zgodnie z art. 12 ust. 1 tej ustawy, łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok jej zgłoszenia musi przekroczyć równowartość 50 mln euro. Ponadto aby zamiar koncentracji podlegał obowiązkowi zgłoszenia, w stanie prawnym obowiązującym w chwili realizacji zamiaru tej koncentracji, wymagane było aby zamiar tej koncentracji nie podlegał wyłączeniu z tego obowiązku na podstawie art. 13 pkt 1a oraz pkt 2 tej ustawy.

Nabycie przez ZEC SA, 100% udziałów w Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., miało miejsce w dniu 04.06.2003r. Wobec powyższego łączny obrót o jakim mowa w art. 12 ust. 1 ustawy antymonopolowej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym jej dokonanie, czyli w roku 2002r., uwzględniając zgodnie z art. 15 w/w ustawy, obrót zarówno przedsiębiorców bezpośrednio uczestniczących w koncentracji jak i grup kapitałowych do których należą, wynosił zgodnie z podanymi przez ZEC S.A. informacjami:

-dla grupy kapitałowej do której przynależał ZEC S.A. – (...) PLN co stanowi równowartość (...) euro (karta nr 11)

-dla grupy kapitałowej do której przynależała Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o. – (...) PLN co stanowi równowartość około (...) euro (karta nr 98).

Powyżej podaną przez ZEC łączną wartość obrotu, przeliczono na równowartość euro zgodnie z art. 115 ustawy antymonopolowej, czyli według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok zgłoszenia zamiaru koncentracji. Rokiem poprzedzającym zamiar powyżej opisanej koncentracji był rok 2002r. Wobec powyższego łączny obrót uczestników koncentracji osiągnięty w 2002r. przeliczono według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez NBP na dzień 31.12.2002r.

Z powyższego wynika, iż łączny przychód uczestników koncentracji w rozumieniu art.12 ust.1 z uwzględnieniem art. 15 ustawy antymonopolowej, wyniósł w roku poprzedzającym powstanie zamiaru tej koncentracji czyli w 2002r. około 1.630.314.063 euro i tym samym przekroczył równowartość 50 mln euro.

W niniejszym postępowaniu zbadano czy zamiar tej koncentracji nie podlegał wyłączeniu z obowiązku jej zgłoszenia, na podstawie art. 13 pkt 1a lub pkt 2 tej ustawy.

Zgodnie z art. 13 pkt 1a ustawy antymonopolowej, nie podlega zgłoszeniu zamiar koncentracji jeśli obrót przedsiębiorcy nad którym ma nastąpić przejęcie kontroli, na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w żadnym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie nie przekroczył równowartości 10 mln euro. Z informacji uzyskanych w trakcie postępowania wynika, iż obrót grupy kapitałowej, do której przynależy Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o. obliczony zgodnie z art. 13 pkt 1a oraz art. 15 w/w ustawy, w 2001r. oraz 2002r. przekroczył równowartość 10 mln euro (karta nr 27). Tym samym zamiar tej koncentracji nie podlegał wyłączeniu z obowiązku jej zgłoszenia organowi antymonopolowemu na podstawie art. 13 pkt 1a w/w ustawy

Ponadto w niniejszym postępowaniu zbadano czy zamiar tej koncentracji nie podlegał wyłączeniu z obowiązku jej zgłoszenia na podstawie art. 13 pkt 2 w/w ustawy. Zgodnie z „Wyjaśnieniami Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zakresie kryteriów zgłaszania zamiaru koncentracji” (www.uokik.gov.pl/publikacje) zakres analizy przeprowadzonej na potrzeby ustalenia czy koncentracja podlega wyłączeniu na podstawie art. 13 pkt 2 ustawy antymonopolowej, powinien uwzględniać wszystkie rynki produktowe, na których przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji i ich grupy kapitałowe prowadzą działalność. Nie należy zawężyć analizy jedynie do rynków wspólnych dla wszystkich biorących udział w koncentracji przedsiębiorców.

Jak ustalił organ antymonopolowy udział w rynku bezpośrednich uczestników tej koncentracji czyli ZEC S.A. oraz Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. przekroczył 20%, co uzasadniono poniżej. Organ antymonopolowy nie podzielił stanowiska strony, iż udział procentowy bezpośrednich uczestników tej koncentracji, na rynku ich działalności nie przekracza 20%.

Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o. prowadzi działalność w zakresie wytwarzania, przesyłania i dystrybucji ciepła oraz wytwarzania energii elektrycznej. Charakter świadczonej przez tego przedsiębiorcę działalności tj. sprzedaż poprzez sieć techniczną w tym przypadku ciepłowniczą, przemawia za tym, iż udziału w rynku przedsiębiorcy świadczącego tego rodzaju usługi nie można określać w ten sam sposób, co przedsiębiorcy produkującego inne wyroby lub świadczącego usługi o charakterze komercyjnym. Przemawia za tym rodzaj prowadzonej działalności a także sposób dystrybucji produkowanych towarów i usług poprzez sieć ciepłowniczą, która jest na trwałe związana z gruntem. Bariery techniczne, finansowe i organizacyjne powodują, iż pojawienie się konkurencji na rynku geograficznym przy prowadzeniu tego rodzaju działalności gospodarczej jest praktycznie mało prawdopodobne. O konkurencji na rynku produkcji i sprzedaży energii cieplnej, można by mówić w przypadku pojawienia na tym samym rynku geograficznym, nowego przedsiębiorcy zdolnego do zaoferowania odbiorcom usługi produkcji i dostawy energii cieplnej, które to byłyby dla nich alternatywą w stosunku do usług Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. Jednakże istnieje niewielkie prawdopodobieństwo, iż pojawi się na danym rynku nowy przedsiębiorca, który chciałby każdemu odbiorcy zaoferować drugie alternatywne podłączenie do sieci. Wiąże się to z brakiem mobilności sieci ciepłowniczej, jej trwałym związaniem z gruntem oraz zniszczeniem istniejącej infrastruktury na powierzchni np. w zakresie zasobów mieszkaniowych, przy przeprowadzaniu tego typu inwestycji. Dlatego też w praktyce, w przypadku dostawy usług lub produktów poprzez sieć np. ciepłowniczą, na danym obszarze istnieje tylko jeden przedsiębiorca oferujący tego rodzaju usługi. Dlatego też w orzecznictwie antymonopolowym przyjmuje się, iż przedsiębiorca świadczący usługi poprzez sieć ciepłowniczą, działa na rynku geograficznym odpowiadającym obszarowi pokrytym tą siecią ciepłowniczą i jest na tym rynku tzw. „monopolistą naturalnym”. Dlatego też określenie udziału w rynku produkcji i dystrybucji energii cieplnej pokryciem zapotrzebowania na ten rodzaj energii w całej Gminie jest niewłaściwe.

Jak wynika z map i wykresów przedstawionych przez ZEC S.A. w trakcie tego postępowania (karty nr 106 i 109), Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o. świadczy swoje usługi głównie za pośrednictwem dzierżawionej sieci ciepłowniczej na terenie dzielnicy Katowice-

Szopienice. Część wytworzonej energii cieplnej jest dystrybuowana przez tego przedsiębiorcę dzierżawioną siecią ciepłowniczą a część jest dystrybuowana siecią PEC Katowice (karta nr 46). Za pośrednictwem tej sieci energia cieplna jest głównie dostarczana administratorom zasobów mieszkaniowych, indywidualnym odbiorcom oraz zakładom przemysłowym. Jak ze zgromadzonego materiału dowodowego wynika, na obszarze, na którym istnieje sieć Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., nie istnieje sieć innego przedsiębiorcy, którego przedmiotem działalności byłoby wytwarzanie i przesyłanie w sposób zawodowy energii cieplnej. Ponadto jak wynika z przedstawionych przez ZEC S.A. w/w materiałów dowodowych, sieć ciepłownicza Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., nie jest w sposób bezpośredni podłączona do sieci innych wytwórców i dostawców ciepła. Jak wynika z materiału dowodowego zebranego w sprawie, w sąsiedztwie tego producenta i dostawcy ciepła istnieją inni przedsiębiorcy, których przedmiotem działalności jest dostawa i dystrybucja ciepła np. Południowy Koncern Elektroenergetyczny S.A. w Katowicach. Jednakże w przypadku gdyby np. PKE S.A. chciał być producentem i dostawcą energii cieplnej dla obecnych odbiorców Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., niezbędne byłoby poczynienie nakładów inwestycyjnych w celu podłączenia odbiorców obsługiwanych do tej pory przez Elektrociepłownię do sieci PKE S.A. (karta nr 102). Tym samym organ antymonopolowy nie podziela stanowiska ZEC S.A. w zakresie stwierdzenia, iż na rynku istnieją przedsiębiorcy, którzy mogliby być konkurentami w zakresie produkcji i dystrybucji energii cieplnej. Dlatego też należy uznać, iż na obszarze swojej działalności na terenie Katowic-Szopienic, Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o. jest jedynym przedsiębiorcą świadczącym w sposób zawodowy usługi w zakresie wytwarzania i dystrybucji energii cieplnej. Tym samym Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o. nie spotyka się na terenie swojej działalności z konkurencją ze strony innego przedsiębiorcy świadczącego tego rodzaju usługi w sposób zarobkowy i zawodowy, co potwierdza tezę, iż na obszarze swojej działalności przedsiębiorca ten jest tzw. „monopolistą naturalnym”. Oznacza to, iż na rynku geograficznym swojej działalności w zakresie wytwarzania, przesyłania i dystrybucji ciepła w rozumieniu art. 4 pkt 9 w/w ustawy, przedsiębiorca ten posiada pozycję dominującą.

W podobny sposób należałoby ustalić udział w rynku drugiego bezpośredniego uczestnika tej koncentracji tj. ZEC S.A. Tym samym ZEC S.A. jest również tzw. „monopolistą naturalnym”, gdyż na obszarze swojej działalności w zakresie wytwarzania, dystrybucji pary wodnej i gorącej wody, nie spotyka się z zawodową konkurencją. Dlatego też w świetle powyższych ustaleń nie można uznać za uzasadnione, iż łączny udział w rynku ZEC S.A. oraz Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. nie przekroczył 20%, co zdaniem ZEC S.A. uzasadniałoby wyłączenie niniejszej koncentracji z obowiązku jej notyfikacji organowi antymonopolowemu.

Jak wynika z w/w wyjaśnień Prezesa UOKiK, w zakresie kryteriów zgłaszania zamiaru koncentracji, analiza na potrzeby ustalenia czy koncentracja podlega wyłączeniu na podstawie art. 13 pkt 2 ustawy antymonopolowej, powinna uwzględniać wszystkie rynki produktowe, na których przedsiębiorcy bezpośrednio uczestniczący w koncentracji i ich grupy kapitałowe prowadzą działalność. Nie należy zawężać analizy jedynie do rynków wspólnych dla wszystkich biorących udział w koncentracji przedsiębiorców.

Z ustaleń poczynionych w trakcie postępowania wynika, iż przejmujący kontrolę nad Elektrociepłownią Szopienice Sp. z o.o., czyli ZEC S.A. w chwili dokonywania zamierzonej koncentracji należał do grupy kapitałowej KHW S.A. Natomiast drugi bezpośredni uczestnik tej koncentracji czyli Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o., której większościowym udziałowcem była Huta Metali Nieżelaznych Szopienice S.A., należała do grupy kapitałowej IMPEXMETAL S.A.

Z informacji przedstawionych przez ZEC S.A. wynika, iż udział procentowy KHW S.A. na rynku krajowym wydobywania i przeróbki węgla kamiennego i obrotu paliwami (w tym węglem kamiennym) wynosi (...) (karta nr 12). Ponadto jak wynika z przekazanych przez ZEC S.A. informacji, udział Huty, której przedsiębiorcą zależnym w dniu dokonywania tej

koncentracji była Elektrociepłownia Szopienice Sp. z o.o., na rynku krajowym produkcji i sprzedaży wyrobów z miedzi i mosiądzu, wynosił około (...) (karta nr 30 verte).

Z powyższych ustaleń wynika, iż zarówno udział w rynku grup kapitałowych do których należeli bezpośredni uczestnicy tej koncentracji, tj. KHW S.A. oraz Huty, jak i bezpośrednich uczestników tej koncentracji, wyklucza w niniejszej sprawie zajęcie stanowiska, iż zamiar tej koncentracji podlegał wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia na podstawie art.13 pkt 2 ustawy antymonopolowej. Wynika z powyższego iż zamiar tej koncentracji, nie podlegał wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia na podstawie art. 13 pkt 2 ustawy antymonopolowej. Należy ponadto wskazać, iż udział w rynku bezpośrednich uczestników tej koncentracji, nie ma w niniejszej sprawie bezpośredniego wpływu na powstanie obowiązku zgłoszenia tej koncentracji organowi antymonopolowemu, gdyż udział w rynku KHW S.A. oraz Huty wskazuje jednoznacznie na to, iż zamiar tej koncentracji nie podlegał wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia na podstawie art. 13 pkt 2 ustawy antymonopolowej.

Wobec powyższego z poczynionych ustaleń wynika, iż zamiar powyżej opisanej koncentracji biorąc pod uwagę przepisy art. 12 i art. 15 ustawy antymonopolowej podlegał obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu i nie podlegał wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia na podstawie art. 13 pkt 1a oraz pkt 2 tej ustawy.

Oceny czy opisany powyżej zamiar koncentracji podlegał obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu dokonywano, w oparciu o stan prawny obowiązujący w czasie realizacji zamiaru tej koncentracji. Nadmienić należy, że ustawa z dnia 16 kwietnia 2004r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2004r. Nr 93, poz. 891) obowiązująca od 1 maja 2004r., nie przewiduje w chwili obecnej wyłączenia spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, w przypadku spełnienia przesłanki o jakiej mowa w art. 13 pkt 2 tej ustawy o treści obowiązującej do dnia 30.04.2004r. Wynika z powyższego, iż zamiar powyżej opisanej koncentracji podlegał obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu, zarówno w świetle ustawy antymonopolowej obowiązującej w chwili realizacji tego zamiaru, jak i w obecnym stanie prawnym.

Organ antymonopolowy zważył co następuje

Artykuł 12 obecnie obowiązującej ustawy antymonopolowej określa, iż obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu podlega zamiar koncentracji w przypadku spełnienia przesłanek wynikających z tego artykułu, z uwzględnieniem art. 14-15, o ile nie zaistnieją okoliczności wymienione w art. 13 tej ustawy. Obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu, podlega koncentracja już na etapie zamiaru jej dokonania, tym samym jest to kontrola *ex ante*. Kontrola ta ma na celu uniemożliwienie powstania takiej podmiotowej struktury, która może mieć negatywny wpływ na stan konkurencji oraz interesy konsumentów na danym rynku. Oznacza to, iż celem nałożenia na przedsiębiorców obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, jest objęcie kontrolą organu antymonopolowego zamiaru jej dokonania, ewentualne niedopuszczenie do nadmiernej koncentracji oraz do powstania negatywnych skutków na rynku.

Ustawodawca nie uzależnił powstania obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji od ewentualnych skutków jakie może spowodować na rynku dokonanie zamiaru tej koncentracji. Obowiązek dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji ciąży więc na przedsiębiorcach niezależnie od tego, jaki skutek dla konkurencji i konsumentów wywoła planowana koncentracja. Zgłoszenie zamiaru koncentracji jest obowiązkiem formalnym, a jego naruszenie, zagrożone jest możliwością nałożenia kary pieniężnej o jakiej mowa w art. 101 ust.1 pkt 3 ustawy antymonopolowej.

Artykuł 101 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej stanowi, iż organ antymonopolowy może nałożyć w drodze decyzji na przedsiębiorcę karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie dokonał koncentracji bez uzyskania zgody

Prezesa Urzędu. Nałożenie kary pieniężnej za nie zgłoszenie zamiaru koncentracji, ma w świetle obecnie obowiązującej ustawy antymonopolowej charakter fakultatywny, za czym przemawia użyty w w/w przepisie zwrot „może nałożyć na przedsiębiorcę w drodze decyzji karę pieniężną”. Zgodnie z powyższym przepisem organ antymonopolowy może nałożyć na przedsiębiorcę karę pieniężną, jeżeli przedsiębiorca ten choćby nieumyślnie dokonał koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, czyli jeśli nie wykonał obowiązku ustawowego wynikającego z przepisów tej ustawy. Nałożenie kary pieniężnej przewidzianej w art. 101 ust. 1 pkt 3 w/w ustawy, nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu koncentracji przedsiębiorców na konkurencję. Ewentualny brak negatywnych skutków koncentracji dla konsumentów oraz dla stanu konkurencji na rynku, stanowi przesłankę mającą wpływ na wysokość nałożonej kary pieniężnej. Powyższe stanowisko jest zbieżne ze stanowiskiem Sądu Najwyższego zawartym w postanowieniu z dnia 7 lipca 1999r. (sygn. akt I CKN 184/99), wydanym w czasie obowiązywania ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów, której przepisy określały również, iż nałożenie kary pieniężnej za nie zgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców ma charakter fakultatywny. Dlatego stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w w/w postanowieniu, jest aktualne również obecnie.

Na poprzednich stronach niniejszej decyzji ustalono, iż ZEC S.A. w świetle przepisów ustawy antymonopolowej posiadały obowiązek dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji polegającej na nabyciu przez tego przedsiębiorcę 100% udziałów w Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., co spowodowało przejęcie bezpośredniej kontroli nad tym przedsiębiorcą. Zamiar tej koncentracji został jednakże zrealizowany bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu.

Zdaniem organu antymonopolowego zebrany w trakcie postępowania materiał dowodowy oraz poczynione powyżej ustalenia nie pozwalają na zajęcie stanowiska, iż zamiar tej koncentracji podlegał wyłączeniu z obowiązku zgłoszenia na podstawie art. 13 pkt 2 ustawy antymonopolowej o treści obowiązującej w chwili realizacji tej koncentracji. Świadczą o tym w szczególności ustalenia dotyczące udziału w rynku krajowym KHW S.A., do którego grupy kapitałowej należą ZEC S.A. oraz Huty - przedsiębiorcy bezpośrednio dominującego względem Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o. Ponadto jak wskazano powyżej także i zgodnie z aktualnie obowiązującą ustawą antymonopolową zamiar tej koncentracji podlegałby obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu.

W związku z poczynionymi ustaleniami należy uznać, iż zamiar nabycia przez ZEC S.A., 100% udziałów Elektrociepłowni Szopienice Sp. z o.o., podlegał zgodnie z art. 12 ust. 1, art. 12 ust. 2 pkt 2 oraz art. 94 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej, obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu, czego jednakże przedsiębiorca ten nie wykonał. Nie wykonując obowiązku ustawowego wynikającego z powyżej przytoczonych przepisów ustawy antymonopolowej, ZEC S.A. uniemożliwiły organowi antymonopolowemu dokonania oceny tej koncentracji, czyli zbadania, czy jej dokonanie nie doprowadzi do nadmiernej koncentracji na rynku oraz czy nie spowoduje negatywnych skutków dla stanu konkurencji oraz interesów konsumentów. Tym samym organ antymonopolowy poprzez niewykonanie przez ZEC S.A. obowiązku ustawowego, został pozbawiony możliwości kontroli zamiaru koncentracji tych przedsiębiorców. Ponadto należy nadmienić, iż informację o dokonaniu niniejszej koncentracji, organ antymonopolowy powziął z informacji prasowej opublikowanej po jej dokonaniu, czyli w chwili kiedy zaczęła funkcjonować na rynku nowa struktura podmiotowa.

W związku z powyższym biorąc pod uwagę powyższe ustalenia stwierdzono, iż pomimo tego, że w obecnym stanie prawnym nałożenie na przedsiębiorcę sankcji pieniężnej za niedokonanie zgłoszenia zamiaru koncentracji jest fakultatywne, organ antymonopolowy uznał, iż nałożenie na ZEC S.A. kary pieniężnej jest uzasadnione.

Postanawiając o nałożeniu kary pieniężnej, kierowano się przede wszystkim przesłanką, iż ZEC S.A. nie wykonały obowiązku ustawowego, jaki nałożył na niego ustawodawca. Poprzez nie wykonanie tego obowiązku ustawowego, uniemożliwiono organowi antymonopolowemu

dokonania kontroli zamiaru tej koncentracji *ex ante*. Ponadto uniemożliwiono dokonania oceny zamiaru tej koncentracji, pod kątem skutków jakie może ona spowodować dla stanu konkurencji i interesów konsumentów, oraz zapobieżeniu ewentualnym negatywnym jej skutkom na rynku.

Wobec powyższego w świetle art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, organ antymonopolowy stwierdził, iż uzasadnione jest nałożenie na ZEC S.A. kary pieniężnej za dokonanie w/w koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu.

Zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, organ antymonopolowy mógłby nałożyć w niniejszej sprawie karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary.

Wysokość kary pieniężnej jest uzależniona m.in. od skutków jakie spowodowała dana koncentracja dla konkurencji i konsumentów. Ustalając wysokość kary pieniężnej, organ antymonopolowy, kieruje się również tym, aby sankcja pieniężna nałożona na danego przedsiębiorcę, posiadała walor represyjny i prewencyjny, czyli była karą za naruszenie przepisów ustawy antymonopolowej, a także zapobiegła jej naruszeniu w przyszłości. Ponadto zgodnie z art. 104 i 112 ustawy antymonopolowej, przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej uwzględnia się również okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy w tym również przepisów ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów.

W niniejszej sprawie postanowiono o nałożeniu na ZEC S.A. kary pieniężnej w wysokości równowartości 2.000 euro. Zgodnie z art. 115 ustawy antymonopolowej, wartość euro podlega przeliczeniu na złote według kursu średniego walut obcych ogłoszonego przez Narodowy Bank Polski w ostatnim dniu roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary pieniężnej. Średni kurs euro ogłoszony przez NBP w ostatnim dniu roboczym, roku kalendarzowego poprzedzającego rok nałożenia kary, tj. w dniu 31.12.2003r. wyniósł 4,7170 PLN. Zatem równowartość 2.000 euro na koniec grudnia 2003r. wynosiła 9.434 PLN (słownie: dziewięćtyśięćczteryście trzydzieścierzęćzłote). Kwota kary została ustalona w wysokości (...) kary maksymalnej jaką zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, mógłby nałożyć organ antymonopolowy (karta nr 86) oraz w wysokości zbliżonej do kary minimalnej. Ustalając natomiast wysokość kary pieniężnej wzięto pod uwagę, iż ZEC S.A. naruszyły przepisy ustawy antymonopolowej po raz pierwszy, oraz fakt, iż dokonanie tej koncentracji nie spowodowało na rynku negatywnych skutków dla konkurencji i konsumentów.

Biorąc powyższe pod uwagę postanowiono nałożyć na ZEC S.A. karę pieniężną w takiej wysokości aby spełniała ona przede wszystkim funkcję represyjną, nie tracąc przy tym charakteru prewencyjnego. Nałożenie na ZEC S.A. kary pieniężnej w minimalnej lub niższej od nałożonej wysokości spowodowałoby, iż kara straciłaby swój charakter represyjny, gdyż wysokość kary, stanowi w rozumieniu art. 101 ust. 1 pkt 3 ustawy antymonopolowej, zaledwie (...) % kary maksymalnej jaką w niniejszej sprawie mógłby nałożyć organ antymonopolowy. Dlatego też postanowiono nałożyć na ZEC S.A., karę pieniężną w wymiarze wyższym od kary minimalnej jaką w świetle przepisu art. 101 ust. 1 pkt 3 w/w ustawy, mógłby nałożyć organ antymonopolowy tj. w wysokości równowartości 2.000 euro.

Niniejsze postępowanie zostało wszczęte w dniu 10.02.2004r. tj. w chwili obowiązywania ustawy antymonopolowej, która przewidywała nałożenie na przedsiębiorcę sankcji pieniężnej za nie wykonanie obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji, na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Natomiast ustawa z dnia 16.04.2004r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz o zmianie niektórych innych ustaw obowiązująca od dnia 01.05.2004r., przewiduje możliwość nałożenia na przedsiębiorcę sankcji karnej za dokonanie koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu, na podstawie art.101 ust.1 pkt 3 tej ustawy. Art. 6 w/w ustawy stanowi, iż do postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy tej ustawy, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą. Dlatego też w związku ze zmianą podstawy prawnej, jak wskazano to w pkt I sentencji niniejszej decyzji, nałożono na ZEC S.A. karę pieniężną za dokonanie koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu, na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, a nie jak wskazano to w postanowieniu nr 1 i zawiadomieniu o

wszczęciu z dnia 10.02.2004r. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 wówczas obowiązującej ustawy. Podkreślić należy, iż zarówno uchylenie ustawą z dnia 16.04.2004r. art. 13 pkt 2, jak i zmiana podstawy prawnej nałożenia na przedsiębiorcę kary pieniężnej za dokonanie koncentracji bez zgody organu antymonopolowego, nie miały w niniejszej sprawie zasadniczego wpływu na ocenę czy zamiar tej koncentracji podlegał obowiązkowi zgłoszenia, jak również i na wysokość nałożonej kary pieniężnej. Zarówno we wcześniejszym jak i obecnym stanie prawnym, zamiar tej koncentracji podlegał obowiązkowi zgłoszenia organowi antymonopolowemu, czego jednakże ZEC S.A. nie wykonały i dokonały koncentracji bez uzyskania stosownej zgody. W związku z powyższym nałożenie kary pieniężnej na ZEC S.A. jest uzasadnione.

Dlatego też organ antymonopolowy orzekł jak w sentencji niniejszej decyzji.

Karę należy wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w NBP Oddział Okręgowy Warszawa Nr 51101010100078782231000000, w terminie 14 od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

II. Zgodnie z art. 75 ustawy antymonopolowej, organ antymonopolowy rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 72 w/w ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku stwierdzono naruszenie przepisów ustawy, przedsiębiorca, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania. Kosztem niniejszego postępowania dla organu antymonopolowego, są wydatki związane z wymianą korespondencji w tej sprawie, które to koszty obliczono ogółem w wysokości 42 PLN (słownie: czterdzieściodwazłote).

Stąd też biorąc pod uwagę, stwierdzone w punkcie I sentencji niniejszej decyzji naruszenie przez ZEC S.A. przepisów art. 12 ust. 1 w związku z art. 12 ust. 2 pkt 2 ustawy antymonopolowej, postanowiono obciążyć tego przedsiębiorcę poniesionymi kosztami tego postępowania w wysokości 42 PLN (słownie: czterdzieściodwazłote) i zobowiązać do ich zwrotu, jak orzekł to organ antymonopolowy w postanowieniu zawartym w punkcie II.

Koszty niniejszego postępowania strona zobowiązana jest wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie w NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000, w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Na postanowienie zawarte w punkcie II niniejszej decyzji, na podstawie art.78 ust. 6 ustawy antymonopolowej, w związku z art.479²⁸ § 1 pkt 2 k.p.c. przysługuje zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach, w terminie tygodnia od dnia doręczenia.

Stosownie do treści art. 78 ust. 1 ustawy antymonopolowej w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach, w terminie dwutygodniowym od dnia doręczenia.

DYREKTOR DELEGATURY
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach

ALICJA KRAL