



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA W GDAŃSKU**

RGD.5002-21/00/MLM

Gdańsk, 6 grudnia 2000r.

DECYZJA NR RGD. 34/00

Na podstawie art. 104 § 1 K.p.a. i art. 8 ust. 1, w związku z art. 4 pkt 4 ustawy z dnia 24 lutego 1990r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie interesów konsumentów (tekst jednolity: Dz.U. z 1999r., Nr 52, poz. 547 z późniejszymi zmianami), po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego wszczętego z urzędu przeciwko Spółkom z o.o.: SeCeS-Pol w Gdańsku oraz Gdańskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej GPEC w Gdańsku, nie stwierdza się stosowania przez w/w przedsiębiorców praktyki monopolistycznej polegającej na zawarciu sprzecznej z art. 4 pkt 4 ustawy o przeciwdziałaniu [...] umowy wspólników z dnia 27 marca 2000r.

UZASADNIENIE

W miesiącu marcu br. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Gdańsku prowadził postępowanie notyfikacyjne, w trybie art. 11 ust. 2 pkt 3a ustawy antymonopolowej, w sprawie zgłoszenia zamiaru łączenia kapitałowego, polegającego na objęciu przez Spółkę z o.o. SeCeS-Pol w Gdańsku i Spółkę z o.o. Gdańskie Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej GPEC w Gdańsku udziałów nowo tworzonego przedsiębiorcy, tj. Zakład Usług Ciepłowniczych Spółka z o.o. w Gdańsku.

Przedmiotowe łączenie polegało na objęciu przez GPEC i SeCeS-Pol udziałów, powodując uzyskanie odpowiednio: 51% i 49% głosów na Zgromadzeniu Wspólników Spółki Zakład Usług Ciepłowniczych Sp. z o.o.

Organ antymonopolowy, po rozpatrzeniu sprawy w oparciu o złożone materiały, dnia 28 marca 2000r. zawiadomił strony, na podstawie art. 11a ust.3, o braku zastrzeżeń do zamiaru łączenia polegającego na objęciu przez Spółki GPEC i SeCeS-Pol udziałów Spółki z o.o. Zakład Usług Ciepłowniczych.

Po dacie wydania zawiadomienia, organ antymonopolowy powziął wiadomość, m.in. na podstawie enuncjacji prasowych ukazujących się w lokalnych gazetach, o dodatkowej umowie łączącej wspólników, zawartej w dniu 27 marca br., czyli jeszcze w czasie trwania postępowania notyfikacyjnego. Dokument ten nie został dołączony do akt sprawy, związanej z łączeniem kapitałowym opiniowanym przez Prezesa UOKiK.

W pierwotnej ocenie przedmiotowa umowa – dostarczona przez strony dopiero na wezwanie Urzędu w dniach 23 maja (SeCeS-Pol) i 29 maja (GPEC), a więc po dacie wydania zawiadomienia o braku zastrzeżeń do zamiaru łączenia – miała charakter porozumienia, które w następstwie realizacji opiniowanej operacji koncentracji kapitałowej mogło mieć ważne konsekwencje rynkowe, i które mogło jednocześnie stanowić naruszenie art. 4 pkt 4 ustawy o przeciwdziałaniu [...]. Analiza treści zawartego kontraktu, a w szczególności zapis § 3, przewidujący uzyskiwanie przez Zakład Usług Ciepłowniczych określonych preferencji przy uzyskiwaniu zleceń i ułatwień w dostępie do rynku usług sieciowych wykonywanych na rzecz GPEC, uprawdopodobniał domniemanie, iż tego rodzaju obwarowania umowne mogą ustanawiać bariery wejścia na rynek, a przez to zakłócać i hamować rozwój konkurencji na nim. Z tych też względów w dniu 6 czerwca 2000r. zostało wszczęte, z urzędu, postępowanie administracyjne w sprawie zawarcia i funkcjonowania przedmiotowego porozumienia, dopuszczalności i legalności jego stosowania z punktu widzenia celów chronionych ustawą antymonopolową.

W odpowiedzi na wszczęcie skarżeni podnieśli, iż rynek którego dotyczy porozumienie należy określić jako „rynek właścicielski”. U podstaw tej charakterystyki, zdaniem skarżonych, „spoczywa okoliczność, iż Przedsiębiorstwo (GPEC) jest właścicielem sieci. Jest to rynek usług kreowanych wyłącznie przez Przedsiębiorstwo, adresowanych do ściśle określonego systemu urządzeń Przedsiębiorstwa i służących zapewnieniu sprawnego funkcjonowania tych urządzeń oraz finansowanych wyłącznie z własnych środków Przedsiębiorstwa”.

Z wyjaśnień skarżonych wynika, iż przyznanie utworzonej Spółce ZUC preferencji w dostępie do usług sieciowych wiąże się ściśle ze zrealizowaniem przez przedsiębiorstwo koncepcji obsługi sieci, w ramach której:

1. ze struktur GPEC wyodrębniono komórki organizacyjne zajmujące się obsługą sieci, nadając im status prawny spółki zależnej od Gdańskiego Przedsiębiorstwa Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. oraz wyposażając ją w cały majątek ruchomy i nieruchomy,
2. utworzoną spółkę (ZUC) doinwestowano w ten sposób, że drugi uczestnik łączenia, tj. SeCeS-Pol wniósł do niej kapitał oraz zespół urządzeń do produkcji rur ciepłowniczych, umożliwiającą zwiększenie zakresu usług świadczonych przez nowy podmiot,
3. spółce powierzono „*misję obsługi sieci*”.

Jak wynika ze stanowiska zaprezentowanego przez SeCeS-Pol w piśmie z dnia 21 czerwca 2000r. *„Preferencjom nadano sformalizowany charakter – zamieszczając je w treści umowy wspólników – ze względu na konieczność instytucjonalnego zabezpieczenia interesów wspólnika mniejszościowego (SeCeS-Pol), który zaangażował w Spółkę znaczny kapitał, zgadzając się na wysunięte przez Przedsiębiorstwo żądania udzielenia przez Spółkę gwarancji zatrudnienia (dla byłych pracowników GPEC) i odpowiedniego wynagrodzenia. Dla obu wspólników było oczywiste, że bez łatwiejszego dostępu do usług sieciowych, nowopowstała Spółka, nie ma żadnej możliwości utrzymania choćby znaczącej części tego personelu. Pomijając brak doświadczeń i praktyki rynkowej, Spółka dysponować mogła na starcie jedynie takim wyposażeniem i taką załogą, które są ukierunkowane na świadczenie usług sieciowych”.*

W trakcie trwania postępowania Urząd przeprowadził badania rynkowe, których podstawowym celem było zebranie informacji o rodzaju świadczonych na rzecz GPEC usług, wartości realizowanych zleceń, jak również uzyskanie oceny dotychczasowych i potencjalnych kooperantów nt. wpływu przyznanych Spółce ZUC preferencji na konkurencyjność i kondycję finansową badanych przedsiębiorców.

Badaniami objęto 38 firm działających w branży ciepłowniczej. Z liczby tej 23 przedsiębiorców negatywnie oceniło fakt przyznania wyłączności na wykonywanie usług sieciowych Spółce ZUC, wyrażając opinię, iż taki sposób funkcjonowania rynku, poprzez stworzenie istotnych utrudnień w dostępie do niego, pogorszy ich kondycję finansową (14), a w niedalekiej przyszłości prostą konsekwencją domykania się rynku będzie spadek jakości oraz wzrost kosztów świadczonych usług. Pozostali (15) albo nie byli zainteresowa-

nia współpracą z GPEC, albo zaistniała sytuacja pozostaje bez wpływu na ich kondycję tak finansową jak i rynkową.

ORGAN ANTYMONOPOLOWY USTALIŁ I ZWAŻYŁ, CO NASTĘPUJE.

Dla zastosowania sankcji przewidzianych w ustawie o przeciwdziałaniu [...] zarzut stosowania praktyk monopolistycznych musi być udowodniony. Według orzecznictwa w sprawie wszczętej *ex officio*, a taka sytuacja ma miejsce w niniejszym postępowaniu, ciężar dowodu spoczywa na Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów (por. *Gronowski S., Ustawa antymonopolowa. Komentarz, Warszawa 1996, s. 104*).

Zgodnie z art. 2 ust.3 ustawy antymonopolowej przez porozumienia rozumie się sprzeczne z ustawą m.in. umowy zawierane między przedsiębiorcami albo niektóre postanowienia tych umów. Przepisem określającym, jakiego rodzaju porozumienia stoją w sprzeczności z chronionymi prawem regułami konkurencji jest m.in. art. 4 pkt. 4 ustawy, uznający za nielegalne ograniczenie dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nie objętych porozumieniem, przy czym ustawa nie rozróżnia, nie graduje i nie wyłącza spod zakazu koordynacji działań ze względu na ich charakter i płaszczyzny obowiązywania.

Tradycyjnie rozróżnia się dwa rodzaje porozumień ograniczających konkurencję: poziome (horyzontalne) oraz pionowe (wertikalne). Pierwsze zawierane są pomiędzy konkurentami, a więc podmiotami funkcjonującymi na tym samym szczeblu produkcji lub obrotu, drugie zaś przez partnerów rynkowych (kontrahentów), znajdujących się na różnych szczeblach produkcji lub obrotu. Na gruncie ustawy antymonopolowej zakazane są zarówno porozumienia, których rezultatem lub celem jest ograniczenie bądź zniekształcenie konkurencji na rynku, jak i takie, które są przejawem innej formy eksploatawania pozycji rynkowej zajmowanej przez jego uczestników, z tym, że bez względu na to, czy mamy do czynienia z porozumieniami poziomymi czy pionowymi, mogą one dojść do skutku jedynie w stosunkach pomiędzy niezależnymi podmiotami.

W istniejącym stanie faktycznym bezsporne są następujące okoliczności;

- pomiędzy skarżonymi przedsiębiorcami nie istnieje stosunek zależności i dominacji,

- SeCeS-Pol i GPEC zawarły między sobą porozumienie w formie umowy wspólników z dnia 27 marca 2000r.,
- niektóre postanowienia umowy, a w szczególności zapis § 3, poprzez przyznanie szczególnych przywilejów przy pozyskiwaniu zleceń podmiotowi nie będącemu bezpośrednim sygnatariuszem porozumienia wprowadzają nierównoprawne kryteria dostępu do rynku.

Przesłanki powyższe w pełni uzasadniały podjęcie przez organ antymonopolowy decyzji o wszczęciu postępowania antymonopolowego. W trakcie jego trwania organ antymonopolowy, biorąc pod uwagę zebrany w sprawie materiał dowodowy, uznał, że aczkolwiek kwestionowana umowa wspólników zawarta została przez niezależnych uczestników obrotu gospodarczego, tj. GPEC i SeCeS-Pol, tym niemniej zagrożenie dla konkurencji rodzić mogą tylko te jej zapisy, które określają ustalone w niej zasady współpracy pomiędzy GPEC a nowo tworzoną przedsiębiorcą, tj. Zakładem Usług Ciepłowniczych Sp. z o.o.

Przy takim założeniu, o porozumieniu monopolistycznym w okolicznościach faktycznych tej sprawy można byłoby mówić wówczas, gdyby Spółka ZUC nie była zależna od GPEC. W sytuacji podmiotowej zależności obie Spółki (GPEC i ZUC) mimo, że są one odrębnymi podmiotami prawa, z punktu widzenia podmiotowej struktury rynku, traktować należy jak jeden organizm gospodarczy. W ustawodawstwie antymonopolowym obowiązuje bowiem zasada, że wzajemne relacje pomiędzy przedsiębiorcami dominującym i zależnym są, co do zasady, poza zainteresowaniem prawa konkurencji, a umowy regulujące ich wzajemne stosunki nie podlegają ocenie na gruncie przepisów ustawy antymonopolowej (por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 2 grudnia 1998r., sygn. akt. XVII Ama 59/98). Ocenie takiej może podlegać jedynie zachowanie podmiotów dominującego lub zależnego w ich stosunkach zewnętrznych, przy czym każdy z nich posiada wówczas przymiot przedsiębiorcy i może być odrębnie legitymowany zarówno czynnie, jak i biernie w postępowaniu antymonopolowym.

W ocenie organu antymonopolowego, konsekwencją zawartej umowy wspólników, w części odnoszącej się do funkcjonowania konkurencji na rynku usług sieciowych, jest określenie na nim zasad współpracy obowiązujących w relacjach pomiędzy jedną stroną porozumienia, a przedsiębiorcą bezpośrednio od niej zależnym. Gdyby więc GPEC, przy tworzeniu – z jego większościowym udziałem – nowej spółki zawarł z nią stosowną umowę ustalającą kryteria, na jakich oparta byłaby kooperacja obu podmiotów, to umowę tę należałoby traktować nie jako formę porozumienia rynkowego, ale jako ustalenie zasad kie-

rownictwa wewnętrznego, określających sposób zarządzania grupą kapitałową. Zdaniem organu antymonopolowego skutek podpisanych między SeCeS-Pol-em a GPEC-em uzgodnień jest tożsamy, a one same są częścią koordynacji działań związanych bezpośrednio z podjętym zamiarem łączenia, w efekcie którego SeCeS-Pol objął ...% udziałów Spółki ZUC, o łącznej wartości (słownie:) i pokrył je wkładem pieniężnym w wysokości oraz aportem w postaci ruchomego majątku trwałego, tj. linii produkcyjna rur o wartości

Jak zostało to już zaznaczone, przedmiotowe porozumienie należy do kategorii porozumień pionowych traktowanych – w odróżnieniu od porozumień poziomych, których wpływ na ograniczenie konkurencji jest z reguły silniejszy i bardziej bezpośredni – znacznie liberalniej przez prawo antymonopolowe. Niektóre z porozumień pionowych mogą się wręcz przyczyniać do promowania konkurencji, korzystnie wpływając na interesy przedsiębiorców i konsumentów. Sporna umowa to przykład porozumienia pionowego. Za takim stanowiskiem w zakresie jego interpretacji i kwalifikacji przemawia fakt, iż obaj jego sygnatariusze (GPEC i SeCeS-Pol) nie są względem siebie konkurentami, działają bowiem na odrębnych produktowo rynkach, pozostając we wzajemnych relacjach wyłącznie partnerami rynkowymi. GPEC jest przedsiębiorstwem energetycznym zajmującym się produkcją i dystrybucją energii cieplnej, natomiast SeCeS-Pol produkuje i sprzedaje pompy i wymienniki ciepła.

W przedmiotowej sprawie, udzielenie Spółce ZUC – powstałej w związku z restrukturyzacją GPEC – pomocy w postaci zagwarantowania dostępu do rynku usług sieciowych na preferencyjnych zasadach, uznać należy za gospodarczo racjonalne i uzasadnione okolicznościami, w jakich spółka ta powstała. Choć taka forma protekcjonizmu określona została na mocy umowy wspólników, tym niemniej jest ona w pełni dopuszczalna w sytuacji, gdy jeden z nich jest dominantem w stosunku do tworzonego przedsiębiorcy, a preferencje dotyczą rynku dominanta. Pozwala to bowiem nowemu podmiotowi przetrwać trudny okres rynkowej adaptacji w zmieniających się warunkach prowadzenia działalności gospodarczej. Można przypuszczać, że w przeciwnym razie Spółka ZUC zniknęłaby z rynku, ze szkodą dla konkurencji.

Powyższe, dodatkowo, w pełni uzasadnia i wyczerpuje przesłanki art. 6 ustawy o przeciwdziałaniu [...], który zakazuje stosowania praktyk monopolistycznych, chyba że są one niezbędne ze względów techniczno-organizacyjnych lub ekonomicznych do prowadzenia działalności gospodarczej i nie powodują istotnego ograniczenia konkurencji.

W świetle podniesionych wyżej argumentów działania skarżonych przedsiębiorców polegające na zawarciu umowy wspólników Spółki ZUC, przyznającej jej preferencje w dostępie do usług sieciowych trudno uznać za ukierunkowane na ograniczenie konkurencji, bądź wywoływanie innych negatywnych zjawisk na rynku, a tym samym za godzące w cele chronione ustawą o przeciwdziałaniu [...] i naruszające zapis art. 4 pkt. 4 tej ustawy.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

POUCZENIE: Od niniejszej decyzji przysługuje stronom odwołanie do Sądu Wojewódzkiego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego w terminie 14 dni od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Gdańsku.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu
Roman Jarząbek
Dyrektor Delegatury UOKiK w Gdańsku