



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 12 września 2008 r.

RPZ - 411/ 4 /08/JK

DECYZJA Nr RPZ 32/2007

I. Na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134, poz. 939), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

uznaje się za praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 9 ust. 1 ww. ustawy, nadużywanie przez ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku obrotu energią elektryczną, obejmującym obszar województw: wielkopolskiego (dawne województwa: poznańskie, pilskie i leszczyńskie), zachodniopomorskiego, lubuskiego i kujawsko – pomorskiego (dawne województwo bydgoskie) poprzez bezprawne obciążenie odbiorców zaliczonych do zespołu grup taryfowych „G” dwukrotną opłatą abonamentową za miesiąc styczeń 2008 r.

i nakazuje zaniechanie jej stosowania.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 6 i 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz. U. Nr 134 poz. 939)

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w związku z naruszeniem art. 9 ust. 1 ww. ustawy nakłada się na ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu karę pieniężną w wysokości 160.000 zł (słownie: sto sześćdziesiąt tysięcy złotych) płatną do budżetu państwa.

Uzasadnienie

W związku ze skargą jednego z klientów ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu, Prezes Urzędu - Delegatura Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu dokonał analizy faktury za energię elektryczną i usługi dystrybucji jaką skarżącemu wystawiono w dniu 30.01.2008 r. Faktura obejmowała okres około dwóch miesięcy. Uwagę zwróciła w szczególności część faktury dotycząca opłat abonamentowych, z której wynikało, że za miesiąc styczeń 2008 r. ENEA S.A. żądała zapłaty dwóch opłat abonamentowych.

Prezes Urzędu zważył, iż zgodnie z przepisami ustawy z dnia 10.04.1997 r. – Prawo energetyczne (tekst jedn.: Dz.U. Nr 89 z 2006 r., poz. 625 z późn.zm.) – zwanej dalej prawem energetycznym, z dniem 1.07.2007 r. doszło do rozdzielenia w ENEA S.A. działalności polegającej na obrocie i dystrybucji energii elektrycznej - ta ostatnia działalność została przeniesiona do przedsiębiorstwa ENEA Operator sp. z o.o.

W myśl § 5 ust. 3 i 4 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 2.07.2007 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz.U. Nr 128 z 2007 r., poz. 895 z późn.zm.) – zwanego dalej rozporządzeniem taryfowym, przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie dystrybucji energii elektrycznej zawiera w taryfie: stawki opłat za przyłączenie do sieci, stawki opłat za świadczenie usługi dystrybucji, stawki opłat abonamentowych oraz sposób ustalania bonifikat za niedotrzymanie parametrów jakościowych obsługi odbiorców, zaś przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się działalnością w zakresie obrotu energią elektryczną: ceny energii elektrycznej oraz sposób ustalania bonifikat za niedotrzymanie parametrów jakościowych.

Z kolei § 5 ust. 5 stanowi, iż przedsiębiorstwo energetyczne świadczące odbiorcy usługę kompleksową (w rozumieniu art. 3 pkt 30 prawa energetycznego jest nim ENEA S.A.), przyjmuje do rozliczeń z odbiorcą stawki opłat oraz warunki ich stosowania wynikające z taryf obowiązujących w przedsiębiorstwie energetycznym wykonującym działalność gospodarczą w zakresie przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, do którego sieci przyłączony jest odbiorca. Do czasu zatwierdzenia taryfy przedsiębiorstwa energetycznego powstałego w wyniku dokonanych przekształceń organizacyjnych (co odnosi się do ENEA Operator sp. z o.o.) przedsiębiorstwo to zachowuje prawo do prowadzenia rozliczeń z odbiorcami na podstawie cen i stawek ustalonych w taryfie przedsiębiorstwa, które uległo przekształceniom organizacyjnym (§ 32 rozporządzenia taryfowego). W przypadku ENEA Operator sp. z o.o. było tak do dnia 1.01.2008 r., kiedy to weszła w życie taryfa tego przedsiębiorstwa zatwierdzona decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 17.12.2007 r.

W punkcie 4.3.2 ww. taryfy przyjęto zasadę, że opłata abonamentowa naliczana jest miesięcznie w pełnej wysokości, niezależnie od dnia w którym nastąpiło zawarcie lub rozwiązanie umowy o świadczenie usług dystrybucji. Co prawda taka sama zasada obowiązywała w taryfie ENEA S.A. na rok 2007, która utraciła moc z dniem 31.01.2008 r., biorąc jednak pod uwagę cytowane powyżej przepisy rozporządzenia taryfowego stwierdzić trzeba, iż ENEA S.A. nie posiadała podstawy prawnej do obciążania odbiorców podwójną opłatą abonamentową za styczeń 2008 r.

W ocenie Prezesa Urzędu fakt ten uzasadniał wszczęcie postępowania antymonopolowego i postawienie ENEA S.A. zarzutu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję określonej w art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Postanowieniem z dnia 13.02.2008 r. wszczęto zatem postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku lokalnym rynku obrotu energią elektryczną, obejmującym obszar województw: wielkopol-

skiego (dawne województwa: poznańskie, pilskie i leszczyńskie), zachodniopomorskiego, lubuskiego i kujawsko – pomorskiego (dawne województwo bydgoskie) poprzez bezprawne obciążenie odbiorców dwukrotną opłatą abonamentową za miesiąc styczeń 2008 r., co może stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 powołanej na wstępie ustawy.

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego ENEA S.A. nie zgodziła się z zarzutem stosowania praktyk ograniczających konkurencję. Zdaniem ENEA S.A., naliczenie dwóch opłat abonamentowych za styczeń 2008 r. nie może zostać uznane za działanie bezprawne albowiem była zobowiązana do naliczenia opłat abonamentowych na podstawie obowiązujących przepisów i aktów prawnych, tj.

- art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego,
- § 43 rozporządzenia taryfowego,
- „Taryfy dla energii elektrycznej”, zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (zwanego dalej Prezesem URE) z dnia 15.12.2006 r.,
- „Taryfy dla usług dystrybucji energii elektrycznej” ENEA Operator sp. z o.o. zatwierdzonej decyzją Prezesa URE z dnia 17.12.2007 r.

W uzasadnieniu swojego stanowiska ENEA S.A. podała, że w styczniu 2008 r. obie ww. taryfy obowiązywały równolegle. Nastąpiło to wskutek nie wydania przez Prezesa URE decyzji dla ENEA S.A. o zatwierdzeniu taryfy dla zespołu grup taryfowych „G”. W tej sytuacji, na podstawie art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego, w rozliczeniach z odbiorcami z zespołu grup taryfowych „G” w zakresie obrotu energią elektryczną od 1 do 31 stycznia 2008 r. (od dnia 1 lutego 2008 r. weszła w życie taryfa zatwierdzona decyzją Prezesa URE z dnia 17.01.2008 r.) zobowiązana była pobrać opłatę abonamentową na podstawie taryfy zatwierdzonej 15.12.2006 r. oraz opłatę abonamentową wynikającą z taryfy ENEA Operator.

ENEA S.A. podkreśliła, iż nie miała jakiegokolwiek wpływu na powstanie i ukształtowanie się sytuacji faktycznej i prawnej w zakresie dalszego obowiązywania w styczniu 2008 r. taryfy zatwierdzonej w 2006 r. W jej ocenie ENEA S.A. tylko zastosowała się do obowiązujących regulacji prawnych, a działań polegających na respektowaniu i stosowaniu obowiązujących taryf nie można uznać za działania bezprawne. Nie ma zatem, w ocenie ENEA S.A. podstaw do zastosowania przepisu art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

W piśmie z dnia 18.03.2008 r. ENEA S.A. (za pośrednictwem ustanowionych w sprawie pełnomocników) uzupełniła swoje stanowisko podkreślając, iż wskazany w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego § 32 rozporządzenia taryfowego nie zmienia w żadnym stopniu oceny co do utrzymania w mocy taryfy z 2006 r. na podstawie art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego. Zgodnie z tym przepisem, przedsiębiorstwa energetyczne powstałe w wyniku dokonanych przekształceń organizacyjnych polegających w szczególności na łączeniu, podziale lub wydzieleniu z tego przedsiębiorstwa innego przedsiębiorstwa zachowuje prawo do prowadzenia rozliczeń z odbiorcami, na podstawie cen i stawek opłat ustalonych w taryfach przedsiębiorstw, które uległy przekształceniom organizacyjnym, do dnia wejścia w życie taryfy ustalonej przez to przedsiębiorstwo i zatwierdzonej przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, przez okres, na jaki taryfa dotychczasowa została zatwierdzona przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki, lecz nie dłużej niż przez okres 12 miesięcy od dnia dokonania tych przekształceń. Zdaniem ENEA S.A., wykładnia § 32 rozporządzenia taryfowego wskazuje, iż adresatem uprawnień, o których w nim mowa są przedsiębiorstwa energetyczne, które powstały w wyniku przekształceń własnościowych. W niniejszej sprawie przepis ten zatem mógł mieć zastosowanie wyłącznie do ENEA Operator, która była uprawniona do stosowania taryfy ENEA S.A. do czasu wejścia w życie jej własnej taryfy, nie dłużej jednak niż przez okres 12 miesięcy od czasu dokonania przekształceń. Ww. przepis nie po-

zwala natomiast uznać, że jego adresatem są również przedsiębiorstwa, z których nastąpiło wyodrębnienie przedsiębiorstw energetycznych. Innymi słowy, nie daje on podstawy do tego, aby uznać, iż ingeruje w okres obowiązywania i stosowania taryf przedsiębiorcy, u którego nastąpiły przekształcenia organizacyjne, a tym bardziej za uniemożliwiający stosowanie takiej taryfy po dacie, na który została ona zatwierdzona.

Niezależnie od tego ENEA S.A. podniosła, iż kwestia okresu przez jaki mogą być stosowane taryfy przedsiębiorstw energetycznych jest przedmiotem regulacji ustawowej w art. 47 ust. 2c prawa energetycznego. Zaakceptowanie interpretacji, zgodnie z którą przepis § 32 rozporządzenia taryfowego wyłączałby stosowanie ww. przepisu prawa energetycznego implikowałoby nadrzędność przepisów rozporządzenia, będącego aktem niższej rangi niż ustawa, nad przepisami prawa energetycznego. Pozostawałoby to w sprzeczności z jedną z podstawowych reguł wykładni prawa, tj. *lex superiori derogat legi inferiori*. Powyższy wniosek potwierdza m.in. stanowisko Prezesa URE wyrażone w komunikacie z dnia 14.12.2007 r., zgodnie z którym w okresie przejściowym, w którym skończyło się już obowiązywanie taryfy dotychczasowej, a taryfa nowa jeszcze nie weszła w życie, należy stosować taryfę dotychczasową.

Ponadto ENEA S.A. zwróciła uwagę, iż zawarta w taryfie z dnia 15.12.2006 r. opłata abonamentowa miała na celu pokrywanie uzasadnionych kosztów przedsiębiorstwa zajmującego się obrotem energią, na które składały się koszty handlowej obsługi odbiorców polegające na wystawianiu faktur i ich dostarczaniu przez przedsiębiorstwo energetyczne. Opłata abonamentowa zawarta w pkt 4.3.1 taryfy ENEA Operator ustalona została na podstawie rozporządzenia taryfowego, którego przepisy uwzględniały fakt oddzielenia działalności w zakresie obrotu od działalności w zakresie dystrybucji, pokrywała uzasadnione koszty przedsiębiorstwa prowadzącego działalność jedynie w zakresie dystrybucji energii elektrycznej. Już z tego względu nie mogła pokrywać się z kosztami ponoszonymi przez ENEA S.A.

ENEA S.A. zwróciła przy tym uwagę na fakt, iż przepisy rozporządzenia taryfowego utrzymały zasadę uwzględniania w taryfach przedsiębiorstw prowadzących działalność w zakresie obrotu, kosztów związanych z prowadzeniem działalności w tym zakresie. Zgodnie z § 21 tego rozporządzenia, ceny energii elektrycznej określonej w taryfie kalkulowane są na podstawie kosztów uzasadnionych wykonywanej działalności gospodarczej w zakresie obrotu energią elektryczną, w skład których wchodzi koszty obsługi handlowej związanej z obrotem energią elektryczną. Zdaniem ENEA S.A. świadczy to o tym, że ustawodawca nadal dostrzega konieczność pobierania przez przedsiębiorcę działającego w zakresie obrotu energią elektryczną opłat z tytułu obsługi handlowej, z tym, że następuje to poprzez wkalkulowanie tej opłaty do ceny pobieranej za sprzedaną energię, a nie do odrębnej pozycji określanej mianem opłaty abonamentowej.

W konkluzji, ENEA S.A. stwierdza, iż pobrała dwie różne opłaty abonamentowe, do których pobrania była zobowiązana na podstawie dwóch odrębnych taryf. Każda z pobranych opłat pokrywała odrębne koszty wynikające z niezależnej działalności prowadzonej odpowiednio przez przedsiębiorstwo obrotu i przedsiębiorstwo dystrybucji energii elektrycznej. W konsekwencji nie doszło do dwukrotnego obciążenia konsumentów tą samą opłatą abonamentową za miesiąc styczeń 2008 r.

Uzupełniając w piśmie z 18.03.2008 r. argumentację prawną ENEA S.A. odwołała się do toczącego w doktrynie sporu dotyczącego charakteru cen stosowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne. Kontrowersje dotyczyły możliwości odstąpienia przez przedsiębiorstwo od stosowania cen określonych w taryfie. Wątpliwości zostały ostatecznie uchylone przez Sąd Najwyższy w uchwale siedmiu sędziów z dnia 15.02.2007 r. (sygn.akt III CZP 111/2006). Uchwała ta jednoznacznie wskazuje na niedopuszczalność stosowania przez przedsiębiorstwo energetyczne cen i stawek opłat odmiennych niż zatwierdzone przez Prezesa URE. W uchwa-

le tej Sąd Najwyższy zajął stanowisko, że szczegółowa regulacja, jakiej zostało poddane kształtowanie cen energii nakazuje uznać, że ustalona w taryfie cena ma charakter ceny sztywnej, a nie maksymalnej, a zatem nie może być ustalana na poziomie niższym niż określony w taryfie.

Mając to na uwadze pozostawienie przedsiębiorstwu energetycznemu pełnej swobody w zakresie możliwości zmiany stawek zawartych w zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfie stawiałoby pod znakiem zapytania celowość zatwierdzenia i kontroli taryf pod względem zgodności z zasadami określonymi w art. 44, 45 i 46 prawa energetycznego. Z powyższych powodów ustawodawca zdecydował o penalizacji niewykonywania przez przedsiębiorstwa energetyczne obowiązków związanych ze stosowaniem się do cen i opłat zawartych w zatwierdzonych przez organ regulacyjny taryfach. Zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 6 prawa energetycznego, stosowanie cen lub stawek opłat wyższych od zatwierdzonych lub stosowanie taryf niezgodnie z określonymi w nich warunkami podlega karze pieniężnej w wysokości do 15 % przychodu wynikającego z działalności koncesjonowanej, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym. W tym kontekście zaniechanie przez ENEA S.A. pobierania opłaty abonamentowej, zawartej w taryfie narażałoby ENEA S.A. na sankcje finansowe.

Istniejące w styczniu 2008 r. uprawnienie i skorelowany z nim obowiązek prawny do zastosowania przez ENEA S.A. stawek i opłat wynikający z taryfy obowiązującej w 2007 r. oraz taryfy ENEA Operator stanowi uzasadnioną obiektywnie okoliczność wyłączającą możliwość zakwalifikowania działań ENEA S.A. jako sprzecznych z przepisami ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje:

ENEA S.A. jest przedsiębiorstwem energetycznym prowadzącym, od dnia 1.07.2007 r. tj. od dnia wydzielenia działalności dystrybucyjnej do ENEA Operator sp. z o.o., wyłącznie działalność w zakresie obrotu energią elektryczną. Jednakże odbiorcom, którzy nie skorzystali z prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej, a przyłączeni są do sieci ENEA Operator świadczy usługę kompleksową, o której mowa w art. 3 pkt 30 prawa energetycznego, tj. usługę świadczoną na podstawie umowy zawierającej postanowienia umowy sprzedaży i umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych lub energii albo umowy sprzedaży, umowy o świadczenie usługi przesyłania lub dystrybucji paliw gazowych i umowy o świadczenie usługi magazynowania paliw gazowych.

Ogółem ENEA S.A. obsługuje ponad 2.278 tys. klientów, spośród których 2.028 tys. to klienci zakwalifikowani do zespołu grup taryfowych „G”, tj. gospodarstw domowych, zamieszkałych na obszarze województw: wielkopolskiego (dawne województwa: poznańskie, pilskie i leszczyńskie), zachodniopomorskiego, lubuskiego i kujawsko – pomorskiego (dawne województwo bydgoskie).

Zgodnie z § 5 ust. 5 rozporządzenia taryfowego, przedsiębiorstwo energetyczne świadczące odbiorcy usługę kompleksową (jako sprzedawca z urzędu w rozumieniu art. 3 pkt 29 prawa energetycznego, którym jest ENEA S.A.), przyjmuje do rozliczeń z odbiorcą stawki opłat oraz warunki ich stosowania wynikające z taryf obowiązujących w przedsiębiorstwie energetycznym wykonującym działalność gospodarczą w zakresie przesyłania lub dystrybucji energii elektrycznej, do którego sieci przyłączony jest odbiorca. Do czasu zatwierdzenia taryfy przedsiębiorstwa energetycznego powstałego w wyniku dokonanych przekształceń organizacyjnych (co odnosi się do ENEA Operator sp. z o.o.) przedsiębiorstwo to zachowuje prawo do prowadzenia rozliczeń z odbiorcami na podstawie cen i stawek ustalonych w taryfie przedsiębiorstwa, które uległo przekształceniom organizacyjnym (§ 32 rozporządzenia taryfowego).

Taryfa ENEA S.A. zatwierdzona decyzją Prezesa URE z dnia 15.12.2006 r., która obowiązywała od 1.01.2007 r. (zwana dalej Taryfą 2007) przewidywała następujące opłaty dla odbiorców:

- opłatę za energię czynną, obliczanej jako iloczyn ilości sprzedanej energii, według wskazań układu pomiarowego i cen energii w poszczególnych strefach czasowych, określonych dla danej grupy taryfowej,

- opłatę miesięczną za usługę dystrybucji, obliczaną według przyjętego w taryfie wzoru, uwzględniającego składnik stały opłaty sieciowej, moc umowną wyrażoną w jednostkach mocy, składnik zmienny stawki opłaty dystrybucyjnej,

- opłatę abonamentową w obrocie energią.

Zgodnie z punktem 4.2.1 Taryfy 2007, za prowadzoną przez ENEA obsługę handlową, związaną z rozliczeniem sprzedawanej energii, pobiera się opłatę abonamentową za każdy układ pomiarowo – rozliczeniowy. Opłata abonamentowa naliczana jest miesięcznie w pełnej wysokości niezależnie od dnia miesiąca, w którym nastąpiło zawarcie lub rozwiązanie umowy sprzedaży energii.

Od dnia 1.01.2008 r., kiedy to weszła w życie taryfa ENEA Operator sp. z o.o. zatwierdzona decyzją Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 17.12.2007 r., zgodnie z § 5 ust. 5 rozporządzenia taryfowego, ENEA S.A. winna rozliczać wszystkie koszty związane z usługami dystrybucyjnymi według tej taryfy.

W ww. taryfie ENEA Operator sp. z o.o. przewidziano następujące opłaty:

- opłatę miesięczną za usługę dystrybucji, składającą się ze składnika stałego i zmiennego stawki opłaty sieciowej, składnika jakościowego stawki systemowej oraz składnika wyrównawczego stawki systemowej,

- opłatę abonamentową.

Zgodnie z punktami 4.3.1 i 4.3.2 taryfy, za prowadzoną przez ENEA Operator obsługę odbiorców związaną z odczytywaniem układów pomiarowo – rozliczeniowych i ich kontrolą, ENEA Operator pobiera miesięczną opłatę abonamentową za każdy układ pomiarowo - rozliczeniowy. Opłata abonamentowa naliczana jest miesięcznie w pełnej wysokości niezależnie od dnia miesiąca, w którym nastąpiło zawarcie lub rozwiązanie umowy o świadczenie usług dystrybucji w zależności od grupy taryfowej, do której zakwalifikowany jest odbiorca.

W dniu 31.10.2007 r. Prezes URE ogłosił komunikat w sprawie zwolnienia przedsiębiorstw energetycznych posiadających koncesję na obrót energią elektryczną z obowiązku przedkładania taryf do zatwierdzenia, a w dniu 2.11.2007 r. po rozpatrzeniu wniosku ENEA S.A. wydał decyzję nr DPK-7113-36(2)/2007/RGa o zwolnieniu tego przedsiębiorcy z obowiązku przedkładania do zatwierdzenia taryf dla energii elektrycznej (karty 207 - 212 akt adm.).

Jednakże postanowieniem z 15.11.2007 r. Prezes URE wstrzymał wykonanie ww. decyzji i wszczął jednocześnie postępowanie w sprawie stwierdzenia jej nieważności. Na postanowienie to ENEA S.A. wniosła zażalenie do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Jednocześnie jednak, w dniu 7.12.2007 r., ENEA S.A. złożyła do Prezesa URE wnioski o zatwierdzenie taryfy dla energii elektrycznej na rok 2008, która miała obowiązywać w rozliczeniach z klientami przyłączonymi do sieci ENEA Operator sp. z o.o. (karty 219 - 227 akt adm.).

Postanowieniem z dnia 7.12.2007 r., Prezes URE uznając w części za słuszne zażalenie ENEA S.A. na postanowienie z 15.11.2007 r., zmienił zaskarżone postanowienie w ten sposób, że wstrzymanie wykonania decyzji z 2.11.2007 r. ograniczył do obowiązku przedkłada-

nia do zatwierdzenia taryfy w zakresie dotyczącym grup taryfowych „G” (tzw. odbiorców domowych).

W dniu 11.12.2007 r. w odpowiedzi na wezwanie Prezesa URE ENEA S.A. złożyła wniosek o zatwierdzenie taryfy dla energii elektrycznej na rok 2008 dla grup taryfowych „G” (zwana dalej Taryfą 2008). Ostatecznie, po dokonaniu na wezwanie Prezesa URE stosownych korekt złożonego wniosku, decyzją z dnia 17.01.2008 r. taryfa ta została zatwierdzona.

Taryfa 2008 weszła w życie z dniem 1.02.2008 r. Zgodnie z obowiązującym rozporządzeniem taryfowym, taryfa zawierała stawki opłat za energię elektryczną oraz bonifikaty za niedotrzymanie parametrów jakościowych energii i standardów jakościowych obsługi odbiorców. Jednocześnie, w punkcie 3.3.7 taryfy postanowiono, że ENEA pobiera od odbiorców opłaty za usługi dystrybucji, w szczególności opłaty:

- a) za usługę dystrybucji w części stałej,
- b) za usługę dystrybucji w części zmiennej,
- c) abonamentowe,
- d) za ponadumowny pobór energii biernej

w wysokości i na warunkach ich stosowania zawartych w taryfie Operatora.

W toku postępowania o zatwierdzenie Taryfy 2008 ENEA S.A. uzgadniała z Prezesem URE tzw. przychód regulowany, tj. przychód jaki powinien zostać osiągnięty na podstawie tej taryfy w roku 2008 w zakresie obrotu energią dla odbiorców grup taryfowych „G”. Przychód ten został obliczony na kwotę 784.077 tys. zł. W związku z faktem, iż w styczniu 2008 r. Taryfa 2008 jeszcze nie obowiązywała, do tak wyznaczonego przychodu została dodana wartość straty poniesionej w tym miesiącu. W celu ustalenia wysokości straty ENEA S.A. była zobowiązana przedstawić Prezesowi URE szereg danych dotyczących przychodów za rok 2007 i 2008. W informacjach przekazanych regulatorowi uwzględniono również przychody z opłaty abonamentowej pobierane za styczeń 2008 r. Prezes URE, według ENEA S.A., nie tylko nie zgłaszał zastrzeżeń odnośnie pobierania przez ENEA S.A. opłat abonamentowych za styczeń 2008 r., lecz przy obliczaniu straty za styczeń 2008 r. po stronie przychodów uwzględnił zarówno przychody ze sprzedaży energii, jak i przychody z opłat abonamentowych. Gdyby fakt ten nie został uwzględniony przez Prezesa URE, wówczas wysokość straty byłaby wyższa, co z kolei spowodowałoby konieczność ustalania cen za okres luty – grudzień 2008 na wyższym poziomie (karty 248 - 259 akt adm.).

Podobna sytuacja miała miejsce w kwietniu br. kiedy to toczyło się postępowanie o zmianę taryfy ENEA S.A. W postępowaniu tym ENEA S.A. ponownie wskazała, iż kwota przychodu regulowanego wynika ze stosowania w styczniu ceny energii i stawek opłat abonamentowych zawartych w Taryfie 2007. Fakty te świadczą, zdaniem ENEA S.A., o tym, że pobranie opłat abonamentowych za styczeń 2008 r. zostało w sposób jednoznaczny zaakceptowane przez Prezesa URE (karty 279 - 293 akt adm.).

Stawki opłat abonamentowych dla odbiorców zaliczonych do grup taryfowych „G” w Taryfie 2007 wynosiły 2,23 zł za jeden układ pomiarowo – rozliczeniowy, z wyjątkiem odbiorców grup G 11p i G 12p (układy przedpłatowe), dla których stawka wynosiła 1,11 zł. Ogółem przychody ENEA S.A. z tytułu tej opłaty w styczniu 2008 r. zamknęły się kwotą 4.557.100 zł.

Stawki opłaty abonamentowej w taryfie ENEA Operator sp. z o.o. na 2008 r. zostały ustalone w identycznej wysokości jak w Taryfie 2007 ENEA S.A.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Dla uznania, iż sprawa posiada charakter antymonopolowy niezbędne jest stwierdzenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk monopolistycznych i ochrona interesów konsumentów. Ustawa ta znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zostaje zagrożony bądź też naruszony interes publiczny polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku, będąc, w odniesieniu do przedsiębiorców, narzędziem chroniącym konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów zabezpieczającym ich interesy. Działaniami, które godzą w tak pojętą konkurencję będą tylko takie działania, które naruszają sferę interesów szerszego kręgu uczestników rynku, a więc nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy, lecz zaburzeń na rynku, rozumianych jako negatywne zjawiska zaburzające jego prawidłowe działanie. Takie stanowisko prezentuje Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, m.in. w wyrokach z dnia 28.05.2001r. (sygn. akt XVII Ama 82/100) i z dnia 4.07. 2001 r. (sygn. akt XVII Ama 108/00). Znalazło ono również potwierdzenie w orzeczeniach Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 28.05. 2001 r. (sygn. akt I CKN 1217/98) stwierdził, że publiczny charakter ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powoduje, iż znajduje ona zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony jest interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego. Rynek taki może funkcjonować prawidłowo, jeżeli zapewniona jest na nim możliwość powstania i rozwoju konkurencji. Za zagrożenie lub naruszenie konkurencji w takim rozumieniu należy uznać, zdaniem sądu, jedynie takie działanie, które dotyka sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku gospodarczego, a więc gdy dotyczy konkurencji rozumianej nie jako sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy, lecz jako zjawiska charakteryzującego funkcjonowanie gospodarki. Z kolei w wyroku z 12.09.2003 r. (sygn. akt I CKN 504/2001) Sąd Najwyższy zauważył jednak, że nie jest wykluczone podjęcie postępowania antymonopolowego nawet w przypadku, gdy postępowanie przedsiębiorcy kwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej dotknęło jednego podmiotu.

Wymienione w art. 1 ust. 1 cele ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały określone jako równorzędne co sprawia, że praktyki ograniczające konkurencję obejmują nie tylko te, które godzą w konkurencję, ale również te, które – podejmowane przez przedsiębiorców posiadających pozycję dominującą – nie godząc wprost w konkurencję, naruszają interesy uczestników rynku. Praktyki ograniczające konkurencję można zatem podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji oraz praktyki eksploatacyjne, których istotą jest uzyskanie korzyści kosztem innych podmiotów, w tym nieprowadzących działalności gospodarczej. W przypadku praktyk eksploatacyjnych bezpośrednim celem lub skutkiem działań przedsiębiorców jest naruszenie przede wszystkim innych niż konkurencyjne interesów uczestników rynku poprzez wykorzystanie przez przedsiębiorców istniejącej nad kontrahentami przewagi.

Nie ulega wątpliwości, że ENEA S.A. z racji posiadanej siły rynkowej ma możliwość eksploatawania zajmowanej na rynku pozycji z uszczerbkiem dla kontrahentów. Dla stwierdzenia naruszenia interesu publicznego wystarczające jest natomiast dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, albowiem już sam fakt nadużycia posiadanej na rynku pozycji dominującej narusza interes publiczny (por.: E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 15).

O naruszeniu interesu publicznoprawnego w przedmiotowej sprawie świadczy fakt, iż objęte zarzutami działania przedsiębiorcy wymierzone są w szeroki krąg uczestników rynku,

obejmujący wszystkich odbiorców zaliczonych do zespołu grup taryfowych „G”, których bezprawnie obciążono dwukrotną opłatą abonamentową. Negatywne skutki wynikające z zakwestionowanych postanowień umownych godzą zatem w szeroki krąg podmiotów. W tym stanie rzeczy uznać należy, że w niniejszej sprawie ma miejsce naruszenie przez ENEA S.A. interesu publicznoprawnego, co uzasadnia ocenę jego zachowania na rynku w świetle art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Przepis ten zawiera generalny zakaz nadużywania siły rynkowej przez przedsiębiorców zajmujących na rynku pozycję dominującą, natomiast katalog przykładowych form, w których przejawiać się może takie nadużycie zawarty jest w art. 9 ust. 2 pkt 1 - 7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Należy wskazać, iż wymieniając przykłady nadużycia pozycji dominującej ustawodawca posłużył się terminem „w szczególności”, co oznacza, że katalog ten ma charakter otwarty. Zakazane są wobec tego wszelkie przejawy nadużycia zajmowanej na rynku pozycji dominującej, nie tylko te wymienione w art. 9 ust. 2 ww. ustawy.

Ustawa antymonopolowa zakazuje zatem nadużywania pozycji dominującej i wymienia przykłady takiego nadużycia, jednakże nie definiuje tego pojęcia. W doktrynie wskazuje się, że identyfikacja zjawiska nadużycia pozycji dominującej na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów powinna być dokonywana poprzez cele tej ustawy określone w art. 1 ust. 1. Przepis ten pozwala na przyjęcie, iż nadużyciem są zachowania, które oddziałują na interesy kontrahentów w stopniu niemożliwym do zaistnienia w przypadku, gdyby dominant działał w warunkach wolnej konkurencji (por.: E. Modzelewska – Wąchal, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wydawnictwo TWIGGER, Warszawa 2002, s. 95 i 96). Należy zatem rozważyć, czy działania monopolisty wymuszają na jego kontrahentach uczestnictwo w rynku na zasadach mniej korzystnych, niżby to wynikało z działania nieskrępowanych mechanizmów rynkowych w warunkach istnienia konkurencji.

Istotą zarzutu stawianego ENEA S.A. jest nadużycie pozycji dominującej na rynku obrotu energią elektryczną poprzez bezprawne obciążenie odbiorców dwukrotną opłatą abonamentową za miesiąc styczeń 2008 r.

Dla wykazania zatem, że ENEA S.A. naruszyła art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów konieczne jest stwierdzenie:

- posiadania przez ENEA S.A. pozycji dominującej na rynku,
- nadużycia posiadanej pozycji przejawiającej się w bezprawności pobrania opłaty abonamentowej na podstawie Taryfy 2007.

Pierwsza okoliczność nie budzi wątpliwości i nie była kwestionowana przez ENEA S.A. Pomimo prawnej możliwości zmiany sprzedawcy energii elektrycznej (dla odbiorców grup taryfowych „G” od 1.07.2007 r.), nie ma jeszcze podstaw do tego aby twierdzić, iż rynek obrotu energią elektryczną posiada cechy rynku krajowego. Dla przeciętnej odbiorcy zaliczonego do grup taryfowych „G” (jak również i dla większości odbiorców innych grup taryfowych) organizacja i struktura rynku zaopatrzenia w energię elektryczną jest zupełnie niezrozumiała, zaś przypadki zmiany dostawcy energii elektrycznej mają charakter jednostkowy. Dość powiedzieć, iż w okresie 1.07 – 31.12.2007 r. na obszarze sieci ENEA Operator sp. z o.o., sprzedawcę zmieniło dwóch odbiorców przemysłowych (vide: „Wstępna informacja o wynikach monitoringu dot. niezależności działania OSD oraz korzystania z zasady TPA w 2007 r. w elektroenergetyce” opublikowana na stronie www.ure.gov.pl – karty 303 – 311 akt adm.). Do tego dodać należy bariery o charakterze techniczno – prawnym, w tym objęcie w

dalszym ciągu taryf dla odbiorców domowych obowiązkiem zatwierdzenia przez Prezesa URE. Być może sytuacja ulegnie zmianie w późniejszym okresie, niemniej jednak z powyższych przyczyn w chwili obecnej nie może być mowy o konkurencji pomiędzy przedsiębiorstwami obrotu energią elektryczną. Tym samym uznać należy, że rynek sprzedaży (obrotu, zgodnie z nomenklaturą przyjętą w prawie energetycznym) energii elektrycznej nadal ma charakter lokalny (regionalny), ograniczony do obszaru objętego siecią operatora systemu dystrybucyjnego, do której przyłączeni są odbiorcy sprzedawcy. W przypadku ENEA S.A. jest to sieć ENEA Operator sp. z o.o. na obszarze województw lub ich części: wielkopolskiego (dawne województwa: poznańskie, pilskie i leszczyńskie), zachodniopomorskiego, lubuskiego i kujawsko – pomorskiego (dawne województwo bydgoskie).

Przechodząc do rozważań dotyczących kwestii bezprawności obciążenia odbiorców dwukrotną opłatą abonamentową za miesiąc styczeń 2008 r. wymaga w pierwszym rzędzie podkreślenia, iż przesłanka ta odnosi się do opłaty abonamentowej pobranej przez ENEA S.A. na podstawie Taryfy 2007 albowiem opłata abonamentowa wynikająca z taryfy ENEA Operator sp. z o.o. obowiązującej od 1.01.2008 r. znajduje pełne uzasadnienie w treści tej taryfy.

W kontekście argumentacji prezentowanej przez ENEA S.A. w toku postępowania antymonopolowego, istota zagadnienia sprowadza się do stwierdzenia w jakim zakresie Taryfa 2007 obowiązywała w miesiącu styczniu br. Jest bowiem poza sporem, że nie obowiązywała ona w całości, gdyż opłaty za usługi dystrybucji, określone w punkcie 5 Taryfy 2007, zostały zastąpione opłatami wskazanymi w taryfie ENEA Operator sp. z o.o., a to na podstawie cytowanego wcześniej § 5 ust. 5 rozporządzenia taryfowego.

Rozstrzygając to zagadnienie należy w pierwszej kolejności odwołać się do regulacji art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku upływu okresu, na jaki została ustalona taryfa, do dnia wejścia w życie nowej taryfy stosuje się taryfę dotychczasową, jeżeli decyzja Prezesa URE nie została wydana. Jak słusznie zauważył w swoim stanowisku z dnia 19.03.2008 r. Prezes URE, przepis ten ma zapobiegać sytuacji, w której w wyniku niezatwierdzenia nowej taryfy lub toczącego się postępowania odwoławczego nie istniałaby podstawa prawna dla rozliczeń pomiędzy przedsiębiorstwem energetycznym i odbiorcami. Innymi słowy, przepis ten likwiduje lukę prawną, powstałą w wyniku zaistnienia dwóch okoliczności, a mianowicie upływu okresu na jaki zatwierdzona została dotychczasowa taryfa (w przypadku Taryfy 2007 do 31.12.2007 r.) i niewprowadzenia do stosowania nowej taryfy.

Art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego reguluje jednak jedynie kwestię okresu obowiązywania taryfy, nie odnosząc się w żadnej mierze do jej zakresu przedmiotowego. Sprawa to, iż tego kluczowego dla sprawy rozstrzygnięcia nie można podjąć bez odwołania się do przepisów rozporządzenia taryfowego, które zawierają również regulacje w zakresie obowiązywania taryf, uwzględniające zmiany organizacyjne sektora energetycznego jakie miały miejsce na podstawie art. 9 d prawa energetycznego, w wypełnieniu dyrektywy 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych zasad rynku energii elektrycznej.

Przede wszystkim sięgnąć należy do § 5 ust. 3 i 4 ww. rozporządzenia, które szczegółowo i wyczerpująco wymieniają rodzaje opłat, które poszczególne przedsiębiorstwa energetyczne powinny zawierać w swoich taryfach. I tak, zgodnie z tymi przepisami, przedsiębiorstwo energetyczne wykonujące działalność gospodarczą w zakresie dystrybucji energii elektrycznej zawiera w taryfie: stawki opłat za przyłączenie do sieci, stawki opłat za świadczenie usługi dystrybucji, stawki opłat abonamentowych oraz sposób ustalania bonifikat za niedotrzymanie parametrów jakościowych obsługi odbiorców, natomiast przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się działalnością w zakresie obrotu energią elektryczną: ceny energii elektrycznej oraz sposób ustalania bonifikat za niedotrzymanie parametrów jakościowych.

Z przepisów tych, w ocenie Prezesa Urzędu, jednoznacznie wynika, iż uprawnienie do ustalenia w taryfie, a następnie pobierania opłat abonamentowych przysługuje wyłącznie przedsiębiorstwu pełniącemu funkcje operatora systemu dystrybucyjnego, tj. w niniejszej sprawie ENEA Operator sp. z o.o. Co prawda tak długo, jak długo odbiorca nie skorzysta z prawa wyboru sprzedawcy energii elektrycznej bezpośrednio rozliczenia z odbiorcą prowadzi przedsiębiorstwo energetyczne świadczące odbiorcy usługę kompleksową, niemniej nie zmienia to w żaden sposób powyższych zasad.

Jednak operatorzy systemów dystrybucyjnych wyodrębnieni ze struktur przedsiębiorstw posiadających koncesje zarówno na obrót, jak i dystrybucję energii elektrycznej w dniu 1.07.2007 r. w dacie wejścia w życie rozporządzenia taryfowego (2.08.2007 r.) nie posiadali jeszcze zatwierdzonych taryf. Rozwiązaniu tej sytuacji służy § 32 rozporządzenia taryfowego, który stanowi, iż do dnia wejścia w życie ustalonej i zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy wyodrębnione przedsiębiorstwo energetyczne korzysta z taryfy przedsiębiorstwa, z którego zostało wyodrębnione. Regulacja ta jest niezbędna albowiem w przeciwnym razie, na co zwróciła również uwagę ENEA S.A., wyodrębniony przedsiębiorca energetyczny – operator systemu dystrybucyjnego - z uwagi na brak zatwierdzonej taryfy pozbawiony byłby możliwości prowadzenia działalności pomimo wynikającego z prawa energetycznego obowiązku jej prowadzenia. Wobec przedłużających się postępowań o zatwierdzenie taryf, brak takiego przepisu mógłby doprowadzić do paraliżu sektora energetycznego.

W związku z treścią § 5 ust. 3 rozporządzenia taryfowego należy przyjąć, iż wynikające z § 32 tego rozporządzenia uprawnienie do rozliczeń z odbiorcami na podstawie taryfy przedsiębiorstwa energetycznego, z którego operator systemu dystrybucyjnego został wyodrębniony, obejmowało wszystkie ceny i stawki opłat określonych w § 5 ust. 3 rozporządzenia, a więc zarówno opłaty za dystrybucję energii elektrycznej, jak i opłaty abonamentowe. Zatem do czasu zatwierdzenia taryfy przedsiębiorstwa dystrybucyjnego tytuł prawny do pobierania w rozliczeniach z odbiorcami opłat wskazanych w ww. przepisie rozporządzenia taryfowego stanowiła Taryfa 2007.

W okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy oznacza to, iż skoro od dnia 1.01.2008 r. zaczęła obowiązywać taryfa ENEA Operator, to skutkiem tego była utrata mocy obowiązującej Taryfy 2007 ENEA S.A. w odniesieniu do cen i stawek opłat przewidzianych w taryfie operatora systemu dystrybucyjnego, w tym opłat abonamentowych. W tym bowiem zakresie art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego nie znajdował zastosowania z uwagi na brak luki prawnej, uniemożliwiającej dokonywanie rozliczeń z odbiorcami. Luka ta istniała tylko w odniesieniu do stawek opłat za energię czynną i tylko w tym zakresie, po dniu 1.01.2008 r. obowiązywała Taryfa 2007. Tym samym ENEA S.A. odpadła podstawa prawna do obciążania odbiorców opłatą abonamentową od 1.01.2008 r. na podstawie Taryfy 2007. Jedyną podstawą prawną do pobrania opłat abonamentowych była taryfa ENEA Operator sp. z o.o.

Wymaga w tym miejscu podkreślenia, iż wyżej zaprezentowana interpretacja jest zbieżna ze stanowiskiem Prezesa URE, wyrażonym w piśmie z 19.03.2008 r. (karty 95 – 98 akt adm.). W piśmie tym Prezes URE wyraził pogląd, iż podstawę prawną do pobierania opłaty abonamentowej od 1.01.2008 r. stanowił § 5 rozporządzenia taryfowego, zgodnie z którym uprawnienie do zawarcia w taryfie stawek opłat abonamentowych przysługuje jedynie przedsiębiorstwu energetycznemu wykonującemu działalność gospodarczą w zakresie przesyłu lub dystrybucji energii elektrycznej oraz punkt 4.3.1 taryfy ENEA Operator sp. z o.o. W tym zakresie, zdaniem Prezesa URE, art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego nie znajdował zastosowania. W związku z wyodrębnieniem w 2007 r. z przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo – ENEA S.A. części związanej z działalnością w zakresie dystrybucji energii elektrycznej, punkt 4.2.1 Taryfy 2007 ENEA S.A. był podstawą prawną pobierania opłaty abonamentowej przez przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo w okresie od 1 stycznia do 31 grudnia 2007 r.

W okresie od 1 stycznia 2008 r. opłata abonamentowa, wskutek obowiązywania przepisu § 5 ust. 3 rozporządzenia taryfowego oraz punktu 4.3.1 taryfy ENEA Operator sp. z o.o. mogła być pobierana wyłącznie na rzecz Operatora, czego, zdaniem Prezesa URE, pośrednim dowodem jest treść punktu 3.3.7 taryfy ENEA S.A., przewidującego odesłanie w zakresie naliczania opłaty abonamentowej do taryfy Operatora. Z chwilą wyodrębnienia z przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, wyodrębniona spółka ENEA Operator sp. z o.o. stała się w istocie jedynym podmiotem uprawnionym do pobierania opłaty abonamentowej za usługę dystrybucji.

W kontekście powyższych ocen i wniosków za całkowicie chybioną uznać należy argumentację ENEA S.A. wskazującą na brak uprawnienia, na gruncie przepisów prawa energetycznego, do dezagregacji dotychczasowej taryfy i wybiórczego zastosowania niektórych jej elementów. Na poparcie tej tezy ENEA S.A. przywołała uchwałę Sądu Najwyższego z 15.02.2007 r., III CZP 111/2006, w której opowiedziano się za sztywnym charakterem cen i opłat wynikających z zatwierdzonej przez Prezesa URE taryfy przedsiębiorstwa energetycznego.

W argumentacji tej, w ocenie Prezesa Urzędu, brak jest spójności i konsekwencji. Gdyby bowiem przyjąć ją za słuszną, to w okresie od 1.01 do 1.02.2008 r., tj. do czasu wejścia w życie Taryfy 2008, nie mogąc dokonać dezagregacji taryfy, ENEA S.A. miałyby obowiązek obciążania odbiorców zarówno opłatami wynikającymi z taryfy ENEA Operator sp. z o.o., jak i wszystkimi opłatami wynikającymi z Taryfy 2007. W konsekwencji, prowadziłyby to nie tylko do podwójnego obciążenia odbiorców opłatą abonamentową, ale i innymi opłatami zdublowanymi w taryfie ENEA Operator sp. z o.o., tj. opłatami dystrybucyjnymi stałymi i zmiennymi. Tego jednak ENEA S.A. nie uczyniła uznając zapewne, wbrew argumentom podnoszonym w postępowaniu antymonopolowym, że w ww. okresie Taryfa 2007 w całości nie obowiązywała.

Nie wchodzi jednocześnie w rachubę naruszenie zasady *lex superiori derogat legi inferiori*. Przepisy rozporządzenia taryfowego, w szczególności § 32 w zw. z § 5 ust. 3 nie wyłączają bowiem stosowania art. 47 ust. 2c pkt 1 prawa energetycznego, określają jedynie zakres przedmiotowy taryfy, która obowiązuje po upływie okresu, na który została ustalona.

Z kolei powołana uchwała Sądu Najwyższego przesądza jedynie kwestię związania odbiorcy nową taryfą w terminie określonym w umowie i w granicach przewidzianych w art. 47 ust. 4 prawa energetycznego. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały opowiedział się co prawda za poglądem, że ceny zawarte w taryfie mają charakter sztywny, niemniej jednak konsekwencją tego jest teza o niedopuszczalności negocjowania cen poniżej stawek zawartych w taryfie. Rzeczona uchwała nie ma natomiast żadnego odniesienia do sytuacji będącej przedmiotem rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie, nie chodzi w niej bowiem o wysokość opłaty abonamentowej ale tytuł prawny do obciążenia nią odbiorców.

W świetle stanowiska Prezesa URE z dnia 16.06.2008 r. odrzucić należy również twierdzenia ENEA S.A. jakoby w toku postępowania o zatwierdzenie, a później zmianę Taryfy 2008 obciążenie odbiorców w styczniu podwójną opłatą abonamentową zostało zaakceptowane przez Prezesa URE. W ww. piśmie Prezes URE potwierdził co prawda, iż w kalkulacji Taryfy 2008 uwzględniona została strata poniesiona na działalności obrotu energią elektryczną w miesiącu styczniu pomniejszona o dochody uzyskane z opłaty abonamentowej na podstawie Taryfy 2007, niemniej jednak Prezes URE wyjaśnił, że musiał tak uczynić albowiem ENEA S.A. osiągnęła z tytułu opłaty abonamentowej dodatkowe dochody. Uwzględnienie tych dochodów oznaczało jedynie akceptację zaistniałego stanu faktycznego (w przeciwnym razie przychody do kalkulacji musiałyby zostać podwyższone), nie stanowiąc w żadnym razie oceny poprawności, w sensie prawnym, działalności tego przedsiębiorcy.

Reasumując, ENEA S.A. dokonując rozliczeń z odbiorcami zaliczonymi do zespołu grup taryfowych „G” nie posiadała podstawy prawnej do obciążenia tych odbiorców opłatą abonamentową przewidzianą w Taryfie 2007 albowiem taryfa ta w tym zakresie utraciła moc obowiązującą z dniem 1.01.2008 r. W tych warunkach ENEA S.A. winna pobrać od odbiorców za miesiąc styczeń 2008 r. jedną opłatę abonamentową, na podstawie taryfy ENEA Operator sp. z o.o. Pobranie zaś dodatkowo opłaty abonamentowej na podstawie nieobowiązującej Taryfy 2007 stanowi działanie bezprawne, a przy tym naruszające interesy wszystkich odbiorców zaliczonych do zespołu grup taryfowych „G”.

Powyższe przemawia jednocześnie za stwierdzeniem, iż w działaniach ENEA S.A. brak jest uzasadnionych obiektywnie okoliczności, które wyłączałyby możliwość przypisania tym działaniom znamion praktyk ograniczających konkurencję. W rzeczy samej ENEA S.A. w tej dość szczególnej sytuacji, jaka wyniknęła w związku z opóźnionym w stosunku do taryfy ENEA Operator sp. z o.o. wejściem w życie Taryfy 2008, dokonała korzystnej dla siebie interpretacji przepisów prawa energetycznego. W ocenie Prezesa Urzędu, na taką interpretację skutkującą, jak powiedziano wcześniej, naruszeniem interesów wszystkich odbiorców zaliczonych do zespołu grup taryfowych „G”, mógł pozwolić sobie tylko przedsiębiorca dysponujący przewagą kontraktową wynikającą z posiadanej pozycji na rynku i braku konkurencji ze strony innych przedsiębiorców, nie ponoszący, innymi słowy, ryzyka utraty kontrahentów. Umożliwia to przypisanie działaniom ENEA S.A. cech nadużycia pozycji dominującej na rynku.

Praktyka jakiej dopuściła się ENEA S.A., nie wyczerpuje znamion żadnej z praktyk przykładowo wymienionych w art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, dlatego też została zakwalifikowana jako naruszenie art. 9 ust. 1 tej ustawy, tj. jako naruszenie ogólnego zakazu nadużywania pozycji dominującej na rynku.

Jednocześnie należy podkreślić, iż praktyka ENEA S.A. choć dotyczy wyłącznie miesiąca stycznia 2008 r. nadal jest stosowana. Z uwagi bowiem na różne systemy rozliczeń z odbiorcami usługi kompleksowej przewidujące różne, w tym roczne okresy rozliczeniowe, w chwili wydania niniejszej decyzji istnieje grupa klientów ENEA S.A., która nie otrzymała jeszcze rachunku zawierającego obciążenie dwiema opłatami abonamentowymi za styczeń 2008 r. Fakt ten uzasadnia nałożenia sankcji w postaci nakazu zaniechania stosowania stwierdzonej praktyki.

Z tych względów orzeczono jak w punkcie I sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu 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, dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 6, w zakresie niewyłączonym na podstawie art. 7 i 8, lub naruszenia zakazu określonego w art. 9.

Przychody ENEA S.A. w 2007 r. osiągnęły kwotę 5.019.926.272,75 zł. Maksymalna kara mogła zatem wynieść 501.992.627,27 zł (karta 316 akt adm.).

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera zamkniętego katalogu przesłanek, od których uzależniona jest wysokość kar nakładanych na przedsiębiorców. W art. 111 ww. ustawy wskazano jedynie, iż Prezes Urzędu winien wziąć pod uwagę okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Jest jednak oczywiste, iż na wysokość kary musi mieć również wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję. Ponadto orzecznictwo wskazuje, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki prakty-

ki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele, jakie kara ma osiągnąć (por.: wyrok Sądu Najwyższego z 27.06.2000 r., sygn. akt I CKN 793/98). Należy przyjąć, iż te same przesłanki winny być wzięte pod uwagę przy decyzji o nałożeniu kary pieniężnej, która, w świetle art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy, ma charakter fakultatywny.

Rozważając zasadność nałożenia na ENEA S.A. kary pieniężnej należy uwzględnić przede wszystkim okoliczności w jakich doszło do naruszenia art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W istocie bowiem kolejny raz ENEA S.A. stanęła przed koniecznością określenia swojego zachowania w sytuacji niepewności co stanu prawnego. Prezes Urzędu ma tutaj na myśli stan wywołany postanowieniem o wstrzymaniu wykonania decyzji Prezesa URE z dnia 2.11.2007 r. o zwolnieniu ENEA S.A. z obowiązku przedkładania do zatwierdzenia taryf dla energii elektrycznej, które zresztą również postanowieniem z dnia 7.12.2008 r. zostało zmienione poprzez ograniczenie obowiązku przedkładania do zatwierdzenia taryfy wyłącznie do grup taryfowych „G”. To w gruncie rzeczy spowodowało, iż zatwierdzenie Taryfy 2008 nastąpiło dopiero w dniu 17.01.2008 r., a wejście w życie 1.02.2008 r., podobnie jak w przypadku innych przedsiębiorstw energetycznych prowadzących działalność w zakresie obrotu energią elektryczną. Okoliczność, iż w tym swoistym okresie przejściowym ENEA S.A. ostatecznie korzystnie dla siebie, a przy tym błędnie zinterpretowała postanowienia prawa energetycznego oraz rozporządzenia taryfowego, nie zmienia faktu, iż przyczyny zaistnienia tego okresu przejściowego pozostawały poza wpływem przedsiębiorcy. Innymi słowy, impulsem do zastosowania praktyki były przyczyny zewnętrzne.

Powyższe nie oznacza jednak, iż ENEA S.A. nie można w ogóle przypisać winy w dopuszczeniu się naruszenia art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wprawdzie nie ma podstaw do twierdzenia, iż ENEA S.A. miała bezpośredni zamiar naruszenia przepisów ustawy, niemniej jednak podejmując decyzję co do obciążenia odbiorców należnościami za styczeń 2008 r. posiadając wiedzę, że Taryfa 2007 nie obowiązuje w pełnym zakresie, powinna mieć przynajmniej świadomość, iż nie wyłączenie ze stosowania wszystkich rodzajów opłat, określonych w § 5 ust. 3 rozporządzenia taryfowego, a w tej liczbie opłaty abonamentowej może być działaniem bezprawnym.

Rozważając potrzebę nałożenia kary pieniężnej nie można też przeoczyć, iż przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zostały naruszone przez ENEA S.A. poraz kolejny. Dotyczy to oczywiście ustawy z dnia 15.12.2000 r. (Dz.U. Nr 244 z 2005 r., poz. 2080 z późn.M.), której naruszenie, na podstawie art. 130 obecnej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, należy również brać pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej wymierzanej na podstawie tej ustawy. A tylko w okresie ostatnich kilku lat prawomocnie stwierdzono stosowanie przez ENEA S.A. praktyk w wyrokach: Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 30.06.2003 r., sygn.akt XVII Ama 66/2002, Sądu Najwyższego z 15.05.2003 r., sygn.akt I CKN 313/2001, Sądu Apelacyjnego z 7.06.2005 r., sygn.akt VI A Ca 92/2005, w decyzji Prezesa Urzędu nr RPZ – 17/2004 z 31.08.2004 r. oraz wyroku SOKiK z 22.02.2007 r., sygn.akt XVII Ama 31/06. Wyroki SOKiK i Sądu Apelacyjnego dotyczyły narzucenia uciążliwych warunków przyłączenia do sieci, decyzja RPZ 17/2004 wykonania obowiązku określonego w § 17 ust. 4 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 21.10.1998 r. (Dz.U. Nr 135 z 1998 r., poz. 881), tj. ustalenia i zwrotu nadwyżki w opłacie za przyłączenie do sieci jeżeli w ciągu pięciu lat po wybudowaniu przyłącza zostały do niego przyłączone nowe podmioty, zaś wyrok Sądu Najwyższego praktyki antykonkurencyjnej, polegającej na zawłaszczeniu rynku budowy przyłączy.

Jest to niewątpliwie okoliczność obciążająca, niemniej jednak należy też zważyć, że po uprawomocnieniu się ww. orzeczeń ENEA S.A. zaniechała stosowania praktyk, a także w przypadku wyroku SOKiK z 30.06.2003 r. zwróciła nienależnie pobrane świadczenia wraz z

odsetkami, w przypadku wyroku SA z 7.06.2005 r. rozliczenie z odbiorcą kosztów przyłączenia nastąpiło na długo przed uprawomocnieniem się decyzji, zaś w przypadku postępowania zakończonego decyzją RPZ 17/2004 (wydaną na podst. art. 11 a ustawy z 15.12.2000 r.) ENEA S.A. z własnej inicjatywy zobowiązała się do usunięcia skutków praktyki poprzez ustalenie osób uprawnionych do zwrotu nadwyżki w poniesionych opłatach za przyłączenie i wypłaty tej nadwyżki wraz z odsetkami, co też uczyniła. To samo dotyczyło praktyki stwierdzonej w prawomocnej decyzji nr RPZ 33/2007 z 18.06.2007 r.

Dlatego też Prezes Urzędu doszedł do wniosku o braku potrzeby oddziaływania represyjnego na przedsiębiorcę i nadanie karze waloru dyscyplinującego. W ocenie Prezesa Urzędu funkcję taką spełni należycie kara w wysokości 160.000 zł, stanowiąca ok. 0,03 % kary maksymalnej.

Wobec powyższego orzeczono, jak w punkcie II sentencji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie: NBP O/O Warszawa 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu - Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Poznaniu
Jarosław Krüger

Otrzymują:
Kancelaria Prawnicza
Wierciński, Kwieciński, Baehr sp.k.
Mec. Jerzy Baehr, Rafał Przystański
ul. Paderewskiego 7
61-770 Poznań

pełnomocnicy
ENEA S.A.