

PREZES URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW

DELEGATURA URZĘDU OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW W BYDGOSZCZY

85-097 Bydgoszcz, ul. Jagiellońska 34
Tel. (0-52) 345-56-44, Fax (0-52) 345-56-17, Tel. Centrala (0-52) 32-54-100
E-mail: bydgoszcz@uokik.gov.pl

Bydgoszcz, dnia 29 maja 2002r.

znak: RBG-5002-00003/02/DK

Decyzja nr RBG 13/2002

Na podstawie art.85 ust.1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 122, poz. 1319 ze zm.), w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **odmawia się** wszczęcia postępowania antymonopolowego na wniosek przedsiębiorcy pod firmą „Elana” S.A. w Toruniu przeciwko Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Toruniu oraz Elektrociepłowni „Toruń” S.A. z siedzibą w Toruniu w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na zawarciu porozumienia eliminującego „Elana” S.A. w Toruniu z rynku zaopatrzenia w ciepło.

Uzasadnienie

W dnia 17 stycznia 2002r. do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatury w Bydgoszczy wpłynął wniosek przedsiębiorcy pod firmą „Elana” S.A. z siedzibą w Toruniu (zwanego dalej: *Elana*) o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Przedsiębiorstwu Energetyki Ciepłej Sp. z o.o. w Toruniu (zwanym dalej *PEC*) i stwierdzenie naruszenia przez tegoż przedsiębiorcę przepisów art. 5 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (zwanej dalej: *ustawą o.k.k.*).

Na wezwanie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w imieniu którego działa Dyrektor Delegatury w Bydgoszczy (zwany dalej *Prezesem UOKiK lub organem antymonopolowym*), w piśmie z dnia 01 lutego 2002r. (znak: NP/23/02) wnioskodawca sprecyzował swe zarzuty, domagając się wydania decyzji w przedmiocie nakazania zaniechania stosowania przez PEC praktyk ograniczających konkurencję określonych w art.5 ust. 1 pkt 6 oraz w art. 8 ust. 2 pkt 5 *ustawy o.k.k.*. Ponadto, w piśmie z dnia 20 lutego 2002r. (znak: NP/40/2002) Elana wskazała drugiego uczestnika porozumienia -Elektrociepłownię „Toruń” S.A. z siedzibą w Toruniu (zwaną dalej *Elektrociepłownią*).

W dnia 11 marca 2002r. Prezes UOKiK wszczął postępowanie wyjaśniające w sprawie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na zawarciu porozumienia pomiędzy PEC a Elektrociepłownią, mającego na celu wyeliminowanie Elany z rynku zaopatrzenia w ciepło.

Postanowieniem z dnia 27 marca 2002r. kwestia zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję została wyłączony do odrębnego postępowania (znak sprawy RBG –5002-00003/02/DK).

W ocenie wnioskodawcy, zarzut zawarcia porozumienia ograniczającego konkurencję pomiędzy PEC a Elektrociepłownią uprawdopodobniają następujące okoliczności:

1. Dokonując, w drodze konkursu ofert, wyboru dostawców ciepła do sieci miejskiej, PEC nie przyjął oferty Elany. Zarząd PEC postanowił, że dostawcami ciepła do miejskiej sieci ciepłowniczej będą następujący przedsiębiorcy: Elektrociepłownia, EC „Energator – Toruń” S.A., „Biogaz – Inwestor” Sp. z o.o. Zdaniem wnioskodawcy, ustalony przez PEC udział poszczególnych źródeł w pokryciu potrzeb grzewczych daje Elektrociepłowni około 80% udziału w rynku.
2. W ramach procesu prywatyzacji, Gmina Miasta Torunia zbyła udziały w PEC na rzecz Toruńskiego Konsorcjum Energetycznego, którego Elektrociepłownia jest członkiem. W wyniku zrealizowania niniejszej transakcji pomiędzy przedsiębiorcami, którym zarzuca się zawarcie porozumienia, powstały powiązania kapitałowe, na skutek których Elektrociepłownia ma zapewniony decydujący wpływ na rozstrzygnięcia podejmowane przez Zarząd PEC w sprawie wyboru dostawcy ciepła.

W piśmie z dnia 16 kwietnia 2002r. (znak DH/259/02) wnioskodawca wskazał, iż zakazane porozumienie zostało zawarte w dniu 09 grudnia 2001r. w wyniku zbycia przez Zarząd Miasta Torunia udziałów PEC na rzecz Elektrociepłowni.

W oparciu o przedstawiony stan faktyczny organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Zgodnie z treścią przepisu art. 5 ust. 1 pkt 6 *ustawy o.k.k.* zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nie objętym porozumieniem.

Przez porozumienia rozumie się:

1. umowy zawierane między przedsiębiorcami, między związkami przedsiębiorców oraz między przedsiębiorcami i ich związkami albo niektóre postanowienia tych umów,
2. uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki,
3. uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych (vide art. 4 pkt 4 *ustawy o. k.k.*).

Wyżej wspomniana ustawa, z uwagi na zakazany prawem charakter porozumień ograniczających konkurencję, z czego profesjonalni uczestnicy rynku dobrze zdają sobie sprawę dla eliminowania tych szczególnie niekorzystnych dla rozwoju konkurencji zachowań rynkowych stwarza nader liberalne wymogi formalne dla uznania, że doszło do zawiązania takiego porozumienia. Wystarcza już podjęcie w jakiegokolwiek formie sprzecznych z ustawą antymonopolową uzgodnień uczestników rynku. Niezbędnym jednak elementem każdego

porozumienia ograniczającego konkurencję, a więc także polegającego na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nie objętym porozumieniem, jest złożenie przez uczestników rynku, w dowolnej formie, oświadczenia woli o treści sprzecznej z prawem co do uzgodnionego zachowania na rynku. Fakt złożenia takiego oświadczenia, jako istotna przesłanka dla zawiązania porozumienia ograniczającego konkurencję, musi być udowodniony.

Ciężar dowodu spoczywa tu na uprawnionym, żądającym wszczęcia postępowania antymonopolowego (vide wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 6 grudnia 1995r., sygn. akt XVII Amr 44/95).

W ocenie organu antymonopolowego, zawarte we wniosku oraz w kolejnych pismach w sprawie informacje i dokumenty nie wskazują, aby uczestnicy rynku: PEC oraz Elektrociepłownia dokonali - w jakiegokolwiek formie - sprzecznych z *ustawą o k.k.* uzgodnień, a co za tym idzie naruszyli zakaz określony w art. 5 ust. 1 pkt 6 tej ustawy.

O istnieniu porozumienia nie może świadczyć sam fakt nie przyjęcia ofert wnioskodawcy i wybór innych dostawców ciepła do sieci miejskiej. Należy mieć na uwadze, iż prawo antymonopolowe wyznacza publicznoprawne granice swobody działalności gospodarczej i swobody umów w celu kreowania lub przestrzegania nieskrępowanego dokonywania wyborów gospodarczych na rynku przez jego uczestników. Przedmiotem ustawy są w istocie relacje konkurencyjne pomiędzy samodzielnie funkcjonującymi w obrocie przedsiębiorcami, natomiast ustawa nie daje podstaw do ingerowania w wewnętrzne stosunki przedsiębiorców. Do tej zaś sfery należy decyzja o wyborze kontrahenta. (por wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lutego 2002r., sygn. akt I CKN 1002/99).

Również proces koncentracji przedsiębiorców, dokonujący się na toruńskim rynku zaopatrzenia w ciepło, nie uzasadnia sam przez się postawienia zarzutu zawarcia zakazanego ustawą porozumienia. Z dokumentów znajdujących się w aktach sprawy wynika, iż:

1. w dniu 09 grudnia 2001r. Rada Miasta Torunia podjęła *uchwałę* w sprawie zbycia udziałów PEC stanowiących 70% kapitału zakładowego,
2. w dniu 21 grudnia 2001r. Zarząd Miasta Torunia zawarł z uczestnikami Toruńskiego Konsorcjum Energetycznego (do którego należy min. Elektrociepłownia) *Umowę zbycia udziałów PEC*.

W ocenie organu antymonopolowego, czynności określone w pkt 1-2 nie wskazują na istnienie faktu dokonania jakichkolwiek uzgodnień pomiędzy PEC oraz EC Toruń, mających na celu wyeliminowanie Elany z rynku dostaw ciepła. Uchwała Rady Miasta Torunia, o której mowa w pkt 1 jest jednostronną czynnością administracyjnoprawną, nie może zatem być traktowana jako porozumienie ograniczające konkurencję. Stronami umowy, o której mowa w pkt 2 są: Gmina Miasta Torunia oraz Toruńskie Konsorcjum Energetyczne, w skład którego wchodzi: EC Toruń, Zakład Energetyczny „Toruń” Spółka Akcyjna w Toruniu, Towarzystwo Finansowo – Leasingowe ENERGO – UTECH Spółka Akcyjna w Poznaniu. Stroną niniejszej umowy nie jest natomiast PEC, któremu Wnioskodawca zarzuca uczestnictwo w porozumieniu ograniczającym konkurencję.

Wobec powyższego, należy stwierdzić, iż w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy nie istnieje bezpośredni dowód świadczący o zawarciu zarzucanego porozumienia.

Należy ponadto pamiętać, iż w braku dowodów bezpośrednich fakt stosowania praktyki monopolistycznej może być udowodniony w sposób pośredni, przez odwołanie się do reguł dotyczących domniemania faktycznego (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 11 grudnia 1996r., XVII Ama 62/96). Zawarcie przez uczestników obrotu zakazanego prawem porozumienia ograniczającego konkurencję może być udowodnione w sposób pośredni, jeżeli podobieństwo

postępowania przedsiębiorców nie da się wyjaśnić, przy uwzględnieniu wszystkich przesłanek, bez założenia wcześniej uzgodnionego zachowania tych podmiotów na rynku.

Niemniej jednak, na tle okoliczności przedmiotowej sprawy nie można uznać za udowodniony fakt złożenia w dowolnej formie przez uczestników rynku: PEC i Elektrociepłownię oświadczenia woli o treści sprzecznej z prawem co do uzgodnionego zachowania na rynku.

W ocenie organu antymonopolowego, przedłożony do akt sprawy materiał dowodowy nie uzasadnia postawienia zarzutu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na zawarciu zakazanego ustawą porozumienia.

Ponadto, należy zauważyć, iż na gruncie ustawy antymonopolowej można dokonać podziału zakazanych przez tę ustawę praktyk na indywidualne oraz porozumienia – w zależności od tego czy uczestnikiem zakazanego zachowania jest jeden przedsiębiorca, czy też grupa przedsiębiorców, współdziałająca ze sobą z zamiarem osiągnięcia celu zakazanego *ustawą o.k.k.* Wymaga przy tym podkreślenia, że w odniesieniu do porozumień ograniczających konkurencję owe współdziałanie jego uczestników, wymierzone przeciwko innym uczestnikom rynku jest istotnym elementem tego bezprawnego zachowania. Inaczej mówiąc, jeżeli takiego współdziałania nie ma, a w szczególności do zawarci określonej umowy doszło w następstwie dyktatu podmiotu zajmującego pozycję monopolistyczną, możemy mieć wtedy do czynienia nie tyle z porozumieniem ograniczającym konkurencję, ile z indywidualną praktyką podmiotu o pozycji dominującej (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 15 marca 1995r., sygn. akt XVII Amr 66/94).

Silniejsza pozycja w rokowaniach odbiorcy ciepła, tj. PEC wobec dostawców spowodowana zjawiskiem nadprodukcji uzasadnia pogląd, iż w przedmiotowej sprawie nie doszło do podjęcie sprzecznych z ustawą antymonopolową uzgodnień uczestników rynku, natomiast nie jest wykluczone stosowanie indywidualnej praktyki ograniczającej konkurencję.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Od decyzji niniejszej przysługuje stronie – stosownie do treści art. 479²⁸ k.p.c. - odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Antymonopolowego, w terminie dwutygodniowym od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Bydgoszczy.

Z upoważnienia Prezesa Urzędu ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury
Andrzej Chajęcki

Otrzymują:

I. ELANA S.A.
ul. Marii Skłodowskiej – Curie 73
87-100 Toruń

Do wiadomości:

1. Pani Wiesława Kowalczyk
radca prawny
Przedsiębiorstwo Energetyki Ciepłej Sp. z o.o.
ul. Marii Skłodowskiej – Curie 41
87-100 Toruń

2. Elektrociepłownia „Toruń”
Spółka Akcyjna
ul. Ceramiczna 6
87-100 Toruń

3. a/a