

DELEGATURA UOKiK W KATOWICACH

Katowice, dnia.10.07.2006r.

RKT- 411-28/06/MF

DECYZJA Nr RKT-42/2006

I. Na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zm. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Częstochowie przeciwko ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa,
– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 w/w ustawy praktykę polegającą na nadużywaniu przez ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa, pozycji dominującej na rynku przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej polegającą na uzależnianiu zawarcia umowy od spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, poprzez uzależnianie wznowienia dostarczania energii elektrycznej do odbiorców od zapłaty przez nich opłat z tytułu nielegalnego poboru energii **i stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 16.01.2006r.**

II. Na podstawie art. 11 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zm. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Częstochowie przeciwko ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa,
– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- 1) **nie stwierdza się** stosowania przez ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa praktyki ograniczającej konkurencję o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 w/w ustawy polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści poprzez wydawanie zaleceń dotyczących wyniesienia na koszt konsumentów układów pomiarowo – rozliczeniowych energii elektrycznej na zewnątrz lokali.
- 2) **nie stwierdza się** stosowania przez ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa praktyki ograniczającej konkurencję o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 7 w/w ustawy polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw w przypadkach podejrzenia ich o nielegalny pobór energii, poprzez zmuszanie konsumentów do zapłaty należności z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej bez wcześniejszego prawomocnego orzeczenia sądowego i bez przedstawienia dowodów uzasadniających takie twierdzenie.

III. Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 244, poz. 2080) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002r. w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. Nr 18, poz. 172 ze zm. Dz.U. z 2003r. Nr 6, poz. 68), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Miejskiego Rzecznika Konsumentów w Częstochowie przeciwko ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa,
– działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada się** na ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa, **karę pieniężną** w wysokości 100 000 PLN (słownie złotych: sto tysięcy), z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 w/w ustawy, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji.

Uzasadnienie

W dniu 4.08.2005r. Miejski Rzecznik Konsumentów w Częstochowie (zwany dalej Rzecznikiem lub Wnioskodawcą) złożył wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego w związku z nadużywaniem pozycji dominującej na rynku przez ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa (zwana dalej spółką Enion lub Spółką – karty nr 1-5).

W uzasadnieniu Wnioskodawca stwierdził, że Spółka na terenie objętym swoją działalnością zajmuje pozycję dominującą na rynku. Jest monopolistą naturalnym, co wynika z faktu sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania energii elektrycznej. Odbiorcy na terenie działania Spółki nie mają możliwości wyboru alternatywnego dostawcy. Zdaniem Rzecznika tryb postępowania przyjęty przez spółkę Enion w stosunku do swoich odbiorców w przypadku podejrzenia ich o nielegalny pobór energii elektrycznej świadczy o stosowaniu przez tego przedsiębiorcę praktyk ograniczających konkurencję. Kontrole układów pomiarowych dokonywane przez Spółkę w 2005r. w wielu przypadkach ujawniły uszkodzenia układów pomiarowych – na dzień 21.06.2005r. było to ponad (...) przypadków. Powyższe kontrole odbywały się najczęściej na wniosek zainteresowanych odbiorców, w związku z wątpliwościami dotyczącymi prawidłowej pracy liczników prądu, w szczególności zawyżonych wskazań zużycia energii. Ustalenia osób kontrolujących w każdym przypadku potwierdzały m.in. nieprawidłową pracę urządzeń pomiarowych poprzez zawyżanie wskazań. Kontrolowane liczniki prądu miały nienaruszone plomby legalizacyjne i monterskie, brak było również jakichkolwiek śladów ingerencji do wnętrza licznika. W opinii Spółki fakt zawyżonych wskazań zużycia energii jest wystarczającym dowodem potwierdzającym nielegalny pobór energii dokonywany przez odbiorcę. Spółka swoje stanowisko opiera jedynie na przypuszczeniach i domysłach, gdyż nie przedstawia żadnych dowodów potwierdzających swoje stanowisko. Powołuje się przy tym jedynie na opinie producenta liczników i producenta magnesów hamujących. Powyższe opinie są wystarczające do nałożenia opłaty dodatkowej z tytułu nielegalnego poboru energii, stąd przedsiębiorca nie wykonuje żadnych ekspertyz licznika i rozpoczyna dochodzenie należności z tego tytułu. Zdarzały się również przypadki odmowy ze strony spółki zbadania liczników na wniosek odbiorców w celu wydania stosownej ekspertyzy określającej faktyczne przyczyny uszkodzenia licznika. W kilku przypadkach przeprowadzono badania licznika w laboratorium producenta tego licznika, co budziło wątpliwości co do obiektywizmu opinii. W konsekwencji takich ustaleń, Spółka żąda od odbiorców zapłaty należności z tytułu nielegalnego poboru energii, stanowiącej dwukrotność cen i stawek opłat określonych w taryfie dla grupy taryfowej, do której zakwalifikowany jest odbiorca, przyjmując ryczałtowe wielkości zużycia tej energii określone w taryfie. Mimo, że spory pomiędzy Spółką a odbiorcami energii mają

charakter cywilnoprawny, przedsiębiorca ten nie kieruje spraw na drogę postępowania sądowego, tylko wykorzystując zajmowaną pozycję na rynku samemu decyduje, czy miał miejsce nielegalny pobór energii. Skutkiem takiego zachowania jest kierowanie do organów skarbowych tytułów wykonawczych wraz z wnioskiem o wszczęcie postępowania egzekucyjnego w administracji na podstawie art. 57 ust. 2 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (tekst jedn. Dz.U. z 2006r. Nr 89, poz. 625). Organ egzekucyjny zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 17 czerwca 1966r. o postępowaniu egzekucyjnym w administracji (tekst jedn. Dz.U. z 2005r. Nr 229, poz. 1954 z późn. zm.) nie jest uprawniony do badania zasadności i wymagalności obowiązku objętego tytułem wykonawczym, stąd wszczyna i kontynuuje egzekucję administracyjną.

Kolejnym przejawem nadużywania pozycji dominującej przez Spółkę jest żądanie od odbiorców, którzy zostali posądzeni o nielegalny pobór energii, wykonania zaleceń technicznych dotyczących m.in. wyniesienia układu pomiarowego na zewnątrz lokalu, mimo braku jakichkolwiek podstaw prawnych do takiego działania. W wielu wypadkach od wykonania tych zaleceń Spółka uzależnia dalsze dostawy energii do odbiorców. Miejsce lokalizacji układu pomiarowo – rozliczeniowego określone jest przez strony w umowie dotyczącej sprzedaży energii, stąd jakakolwiek zmiana tej lokalizacji powinna wiązać się ze zmianą warunków umowy. Jednostronne żądanie zmiany lokalizacji układu pomiarowego ma na celu wywarcie presji i zastraszanie odbiorców, gdyż wiąże się z poniesieniem przez nich wysokich kosztów sięgających nawet kilku tysięcy złotych oraz groźbą wstrzymania dostarczania energii elektrycznej. O tym, że są to jedynie groźby świadczy fakt, że w przypadku niewykonania tych zaleceń, Spółka nie podejmuje z tego tytułu żadnych działań.

W piśmie z 24.10.2005r. zawierającym uzupełnienie uzasadnienia przedmiotowego zarzutu (karty nr 149-151) Rzecznik wskazał, że w niniejszej sprawie wydawanie zaleceń dotyczących zmiany lokalizacji układu pomiarowo – rozliczeniowego miało na celu skuteczniejsze egzekwowanie należności z tytułu nielegalnego poboru energii. Groźba poniesienia dodatkowych kosztów przez odbiorcę w przypadku zmiany lokalizacji licznika, miała być dodatkowym argumentem aby odbiorca uregulował należności z tytułu nielegalnego poboru energii. W przypadku, gdy odbiorca uregulował należności z tego tytułu Spółka odstępowała od egzekwowania wykonania zaleceń w zakresie przebudowy instalacji i wyniesienia licznika. Rzecznik stwierdził, że korzyści uzyskane przez Spółkę w takich przypadkach niekoniecznie przejawiały się w formie materialnej. Wydając zalecenia i grożąc wstrzymaniem dostaw energii Spółka uzyskiwała znaczną przewagę i mogła egzekwować należności z tytułu nielegalnego poboru energii.

Ostatnią z zarzucanych przez Rzecznika praktyk stosowanych przez spółkę Enion jest uzależnianie wznowienia dostaw energii do odbiorców, którzy zostali posądzeni o nielegalny pobór energii od zapłaty przez nich opłat z tytułu nielegalnego poboru energii. Ustawa Prawo energetyczne w art. 6 ust. 3 określa przypadki w jakich przedsiębiorstwo energetyczne może wstrzymać dostarczanie energii elektrycznej. Jednym z takich przypadków jest sytuacja, kiedy nastąpił nielegalny pobór energii. Pomimo, że podczas kontroli nikt z kontrolujących nie podnosił takiego zarzutu, Spółka uzależniała jednak w każdym takim przypadku wznowienie dostaw energii od zapłaty należności z tytułu nielegalnego poboru energii. Odbiorcy, którzy nie chcieli zgodzić się na dobrowolne uiszczenie opłat z tego tytułu nie mieli wznowionych dostaw energii. Zgodnie z art. 6 ust. 3b ustawy Prawo energetyczne przedsiębiorstwo energetyczne jest obowiązane do bezzwłocznego wznowienia dostarczania paliw gazowych, energii elektrycznej lub ciepła (...) jeżeli ustaną przyczyny uzasadniające wstrzymanie ich dostarczania. Zatem jeżeli przyczyną wstrzymania dostaw energii były uszkodzenia układów pomiarowo – rozliczeniowych, to z chwilą wymiany liczników ustawały już przyczyny uzasadniające wstrzymanie dostaw energii.

W związku z powyższymi zarzutami wszczęte zostało w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (zwanego dalej również Organem Antymonopolowym) postępowanie antymonopolowe, w związku z podejrzeniem stosowania przez spółkę Enion wskazanych w sentencji niniejszej decyzji praktyk ograniczających konkurencję określonych w art. 8 ust. 2 pkt 4, 6 i 7 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (zwanej dalej również ustawą antymonopolową - karta nr 109).

W odpowiedzi na zawiadomienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego spółka Enion w piśmie z dnia 14.09.2005r. stwierdziła, że prowadzi swoją działalność zgodnie z obowiązującym prawem i nie nadużywa pozycji dominującej na rynku (karty nr 115-126). Jej zdaniem analiza aktualnie obowiązujących przepisów prawnych prowadzi do wniosku, że przedsiębiorstwa energetyczne są umocowane do oceny, czy i kiedy nastąpił nielegalny pobór energii elektrycznej. Ustawodawca określił również szczegółowo, kiedy można wstrzymać i wznowić dostarczanie energii elektrycznej do odbiorcy, który dopuścił się jej nielegalnego poboru, a także jakimi opłatami zostanie obciążony z tego tytułu.

Zdaniem Spółki przypadki nielegalnego poboru energii można podzielić na trzy grupy. Pierwsza z nich obejmuje ewidentne nie budzące wątpliwości przypadki nielegalnego poboru energii. Spółka wskazała na 23 możliwe takie sytuacje wśród których przykładowo można wskazać na bezpośrednie połączenie instalacji zalicznikowej odbiorcy z siecią niskiego napięcia lub przyłączem z pominięciem układu pomiarowo – rozliczeniowego.

Drugą grupę stanowią przypadki nielegalnego poboru energii elektrycznej z użyciem magnesów neodymowych stwierdzone podczas badania układów pomiarowo-rozliczeniowych, gdzie błąd wskazań licznika jest większy niż 10%. Nielegalny pobór energii elektrycznej dokonywany przy użyciu magnesów neodymowych jest zjawiskiem nowym, ponieważ magnesy te niedawno pojawiły się na rynku. Pierwsze przypadki użycia tych magnesów Spółka zauważyła pod koniec 2004r. W okresie od początku roku do połowy września 2005r. stwierdzono (...) takich przypadków. Po przeprowadzeniu analizy przyczyn stwierdzonych błędów wskazań liczników u odbiorców i uzyskaniu stosownych opinii od producentów liczników Spółka stwierdziła, że jedyną możliwą przyczyną dodatknych błędów wskazań liczników jest uszkodzenie magnesów hamujących tarczę licznika poprzez oddziaływanie na nie zewnętrznym polem magnetycznym wytwarzanym przez magnesy neodymowe. Stąd też w przypadku stwierdzenia w trakcie badań kontrolnych u odbiorcy przeprowadzanych wzorcowym licznikiem kontrolnym legalizowanym przez Urząd Miar i Jakości, dodatniego wskazania błędu licznika większego niż 10%, przypadek taki traktowano jako nielegalny pobór energii.

Trzecia grupa to przypadki w których występuje podejrzenie nielegalnego poboru energii, a o tym czy dany przypadek można potraktować jako nielegalny pobór decyduje zlecona przez Spółkę ekspertyza. Do takich sytuacji należą np. poddanie licznika działaniu ognia, wysokiej temperatury lub czynników chemicznych, wgniecenie obudowy licznika, uszkodzenie plomb legalizacyjnych umożliwiających ingerencję w mechanizm licznika.

W przypadkach nielegalnego poboru energii elektrycznej określonych w grupie pierwszej i drugiej osoby przeprowadzające kontrolę spisywały protokół z kontroli, demontowały układ pomiarowo – rozliczeniowy i wstrzymywały dostarczanie energii elektrycznej do odbiorcy. Następnie w piśmie informującym odbiorcę o wynikach kontroli zalecano wyniesienie na jego koszt układu pomiarowo – rozliczeniowego poza lokal lub na elewację budynku, a także przesyłano rachunek za nielegalny pobór energii elektrycznej, warunkując wznowienie jej dostarczania zrealizowaniem łącznie obydwu warunków oraz aktualizacją umowy o sprzedaż energii. Wstrzymanie dostarczania energii elektrycznej następowało zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne, gdyż został stwierdzony nielegalny pobór energii elektrycznej. Wymóg wyniesienia na koszt odbiorcy układu pomiarowo – rozliczeniowego poza lokal lub na elewację budynku wynikał z faktu naruszenia przez odbiorcę przepisu § 17 pkt 7

rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 20 grudnia 2004r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, ruchu i eksploatacji tych sieci (Dz.U. z 2005r. Nr 2, poz. 6) zgodnie z którym odbiorca zabezpiecza przed uszkodzeniem układ pomiarowo – rozliczeniowy i zabezpieczenia główne na warunkach ustalonych w umowie, jeżeli znajdują się na terenie lub w obiekcie odbiorcy. Ponadto miało to na celu uniemożliwienie dokonania odbiorcy ponownego nielegalnego poboru energii oraz narażania Spółki na kolejne straty. Doświadczenie wskazuje, że pozostawienie układu pomiarowo- rozliczeniowego w istniejącym miejscu umożliwia ponowną ingerencję przez odbiorcę w licznik lub instalację przelicznikową i skutkuje kolejnymi u niego przypadkami nielegalnego poboru energii. Tylko ograniczenie odbiorcy możliwości dostępu do licznika poprzez umieszczenie go w zamykanej na zamek Spółki skrzynce jest gwarantem nie powtarzania się tego procederu. Obowiązek uiszczenia przez odbiorcę zapłaty za nielegalny pobór energii wynika z postanowień art. 57 ust. 1 i 2 ustawy Prawo energetyczne oraz taryfy Spółki.

W związku ze skierowaniem przez Rzecznika skargi do zarządu Enion S.A. w Krakowie na niewłaściwe działania Oddziału w Częstochowie w dniu 10.06.2005r. odbyło się spotkanie dyrektora Oddziału z Rzecznikiem. W wyniku tego spotkania Spółka zdecydowała, że w przypadkach nielegalnego poboru energii elektrycznej z użyciem magnesów neodymowych uszkodzony licznik będzie wymieniany na nowy, nie będzie wstrzymywana dostawa energii elektrycznej do odbiorcy oraz nie będzie wymagane wyniesienie układu pomiarowo-rozliczeniowego poza lokal lub na elewację budynku. Jednocześnie Spółka zobowiązała się do wznowienia dostawy energii elektrycznej do odbiorców, którzy zostali jej pozbawieni, a także odstąpiono od wydanych im zaleceń pokontrolnych. W dniu 17.06.2005r. powyższe ustalenia zostały przekazane do jednostek terenowych. Spółka nie zrealizowała tylko jednego postulatu Rzecznika polegającego na odstąpieniu od egzekwowania należności z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej poprzez kierowanie do urzędów skarbowych wniosków o wszczęcie postępowań egzekucyjnych w administracji. Złagodzenie przez Spółkę wymagań w stosunku do osób, które w niepodważalny sposób nielegalnie pobierały energię elektryczną mogło nastąpić dzięki temu, że zakupiła ona liczniki elektroniczne, które są odporne na działanie magnesów neodymowych.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej Spółka stwierdziła, że nie znajduje on uzasadnienia ani faktycznego ani prawnego albowiem praktyki o których mowa w tym przepisie kończą swój byt w momencie zawarcia umowy wymuszonej przez dominującego przedsiębiorcę. W tej konkretnej sprawie nie dochodzi jednak do zawierania nowych umów, a tym bardziej do rozwiązywania umów już istniejących. W przypadku nielegalnego poboru energii Spółka nie rozwiązuje z odbiorcą umowy o sprzedaż energii elektrycznej. W takim przypadku następuje tylko w ramach istniejącej umowy czasowe wstrzymanie dostarczania energii elektrycznej do czasu ustania przyczyny nielegalnego poboru energii. Jediną kwestią związaną z umową jest konieczność jej aktualizacji (w zakresie lokalizacji układu pomiarowego i zabezpieczeń przelicznikowych) w przypadku, gdy nastąpi konieczność wyniesienia przez odbiorcę układu pomiarowo – rozliczeniowego poza lokal lub na elewację budynku. Opłata za nielegalny pobór energii ma rzeczowy związek z przedmiotem umowy o sprzedaż energii elektrycznej. W przypadku dopuszczenia się przez odbiorcę nielegalnego poboru energii elektrycznej musi on się liczyć z tym, że zgodnie z postanowieniami umowy i obowiązującej taryfy zobowiązany będzie do naprawienia szkody jaką wyrządził kontrahentowi.

Zdaniem Spółki nie stosuje ona praktyki określonej w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej ponieważ wymóg wyniesienia na zewnątrz lokali urządzeń pomiarowo – rozliczeniowych nie wynika z zamiaru wzbogacenia się spółki Enion, ale z konieczności ograniczenia procederu nielegalnego poboru energii elektrycznej i ograniczenia związanych z

tym strat. Nie można uznać, że obowiązek wyniesienia układu pomiarowego przez nieuczciwego odbiorcę dopuszczającego się nielegalnego poboru energii stanowi warunek oznaczający dla jednej ze stron umowy ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju.

Spółka, jej zdaniem, nie dopuściła się również naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej, ponieważ wymaga uiszczenia opłat z tytułu nielegalnego poboru energii tylko od tych odbiorców u których stwierdzono ewidentny przypadek nielegalnego poboru energii. Egzekwowanie należności z tytułu nielegalnego poboru energii poprzez kierowanie do urzędów skarbowych wniosków o wszczęcie postępowań egzekucyjnych w administracji jest zgodne z prawem. W aktualnie obowiązującym stanie prawnym nie jest wymagane, aby Spółka legitymowała się prawomocnym wyrokiem sądowym celem dochodzenia swoich roszczeń w drodze administracyjnej. Konsumenci mogą wystąpić ze stosownym powództwem na drogę cywilną, co jednak nie następuje z uwagi na konieczność podołania zasadzie ciężaru dowodu z art. 6 K.c. Tak więc, egzekucja administracyjna jest rozwiązaniem korzystniejszym dla odbiorców dopuszczających się nielegalnego poboru energii, gdyż faktycznie pomniejsza koszty postępowania windykacyjnego o koszt wpisu sądowego, koszty biegłych, zastępstwa procesowego itd.

W oparciu o zgromadzony w toku postępowania materiał dowodowy Organ Antymonopolowy ustalił następujący stan faktyczny.

Enion S.A. prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod nr 0000012216. W/w Spółka powstała w wyniku przekształcenia przedsiębiorstwa państwowego pod nazwą: Zakład Energetyczny Kraków w Krakowie w spółkę pod nazwą: Zakład Energetyczny Kraków S.A. oraz połączenia ze spółkami: Beskidzka Energetyka S.A., Będziński Zakład Elektroenergetyczny S.A., Zakład Energetyczny Częstochowa S.A. oraz Zakład Energetyczny Tarnów S.A. Spółka posiada oddziały, gdzie jeden z oddziałów działa pod firmą: Enion S.A. Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa. Przedmiotem działalności w/w przedsiębiorcy jest m.in. przesyłanie, dystrybucja i sprzedaż energii elektrycznej (karty nr 551-558).

Art. 6 ustawy Prawo energetyczne stanowi, że upoważnieni przedstawiciele przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się przesyłaniem lub dystrybucją energii wykonują kontrole układów pomiarowych, dotrzymania zawartych umów i prawidłowości rozliczeń. Przedstawicielom, o których mowa wyżej przysługuje prawo m.in. do zbierania i zabezpieczania dowodów naruszania przez odbiorcę warunków używania układów pomiarowo-rozliczeniowych oraz warunków umowy zawartej z przedsiębiorstwem energetycznym. Przedsiębiorstwo energetyczne może wstrzymać dostarczanie energii elektrycznej jeśli w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że nastąpił nielegalny pobór energii elektrycznej. Przedsiębiorstwo energetyczne jest obowiązane do bezzwłocznego wznowienia dostarczania energii elektrycznej jeżeli ustaną przyczyny uzasadniające wstrzymanie ich dostarczania.

Zgodnie z art. 3 pkt 18 w/w ustawy przez nielegalne pobieranie energii należy rozumieć pobieranie energii bez zawarcia umowy, z całkowitym albo częściowym pominięciem układu pomiarowo-rozliczeniowego lub poprzez ingerencję w ten układ mającą wpływ na zafałszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy.

Art. 57 ustawy Prawo energetyczne przewiduje, że w razie nielegalnego pobierania energii z sieci przedsiębiorstwo energetyczne pobiera opłaty za nielegalnie pobraną energię w wysokości określonej w taryfach lub dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych. Opłaty, o których mowa wyżej, podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Od 1.12.2004r. w spółce Enion – Oddział w Częstochowie Zakład Energetyczny Częstochowa obowiązywała „Instrukcja w sprawie postępowania przy wykrywaniu i likwidacji nielegalnego poboru energii elektrycznej oraz przekroczeń taryfowych” (karty nr 350 -370).

Zgodnie z pkt 3.1.2 *Instrukcji* do nielegalnego pobierania energii elektrycznej z sieci zalicza się pobieranie energii niezgodnie z postanowieniami umowy sprzedaży energii elektrycznej lub umowy o świadczenie usług przesyłowych w tym: z całkowitym lub częściowym pominięciem układu pomiarowo – rozliczeniowego, w wyniku dokonywania w układzie pomiarowo – rozliczeniowym zmian lub uszkodzeń powodujących jego nieprawidłowe działanie, a także samowolną manipulację w urządzeniu ograniczającym natężenie przepływu prądu. Następne punkty przedmiotowej *Instrukcji* bardzo szczegółowo regulują sposób postępowania pracowników Spółki w przypadku stwierdzenia nielegalnego poboru energii odnośnie m.in. sporządzania protokołu kontroli, zabezpieczania i transportu dowodów rzeczowych oraz toku postępowania po sporządzeniu protokołu kontroli.

Pkt 10.4.c *Instrukcji* przewiduje, iż „instalację odbiorczą w której stwierdzono nielegalny pobór energii elektrycznej, należy odłączyć od sieci z wyjątkiem przypadków, kiedy przerwa w dopływie energii elektrycznej mogłaby spowodować szkody w produkcji lub w zmagazynowanych towarach. (...) Nie można również pozbawić dopływu energii (...) w przypadkach wątpliwych istnienia nielegalnego poboru energii. (...) Również w wyjątkowych przypadkach, kiedy wyłączenie dopływu energii elektrycznej mogłoby wywołać wybitnie niekorzystne skutki dla kontrolowanego odbiorcy lub jego rodziny (np. obłożna choroba, widoczne inwalidztwo itp.) wskazane jest nie wyłączenie odbiorcy”.

Pkt 12.11 i 12.12 *Instrukcji* stanowią, że „po wyniesieniu układu pomiarowego na zewnątrz pomieszczenia i po zaplaceniu należności za nielegalny pobór energii, jeśli instalacja była odłączona, należy niezwłocznie wznowić dostarczanie energii elektrycznej. W uzasadnionych przypadkach ze względów socjalnych dopuszcza się przyłączyć kontrolowanego pod warunkiem wyniesienia przez niego układu pomiarowego na zewnątrz pomieszczenia i wpłacenia 50 % należności za nielegalny pobór energii elektrycznej”. Z kolei zgodnie z pkt 12.14 „w przypadku, gdy nielegalny pobór energii został stwierdzony na podstawie wyników badania licznika, a w lokalu odbiorcy w miejsce zdjętego licznika został zainstalowany inny licznik, poprawnie mierzący ilość energii elektrycznej, nie dokonujemy wstrzymania dostarczania energii elektrycznej, pod warunkiem, że odbiorca reguluje na bieżąco należności za energię elektryczną”.

Jak wskazała Spółka w/w *Instrukcja* nie uwzględniała przypadków nielegalnego poboru energii elektrycznej z użyciem magnesów neodymowych, które pojawiły się po dacie jej wdrożenia (karta nr 172). Zgodnie z informacjami przedstawionymi przez spółkę Enion skutki oddziaływania magnesem neodymowym na licznik indukcyjny energii elektrycznej wyglądają następująco. W przypadku licznika indukcyjnego wobec, którego nie dokonano żadnych ingerencji wysokość wskazań licznika mieści się w całym okresie użytkowania (legalizacji) w jego klasie dokładności równej 2 tzn., że dopuszczalny błąd wskazań nie przekracza + - 2%. W sytuacji oddziaływania magnesem neodymowym na licznik w początkowym okresie we wskazaniach licznika występuje błąd od -20% do -60%. Tym samym licznik wskazuje na niższe zużycie energii niż faktycznie została pobrana przez odbiorcę, co skutkuje na niekorzyść przedsiębiorstwa energetycznego. Stan taki trwać może nawet kilka miesięcy jeżeli odbiorca w umiejętny sposób będzie używał magnesu neodymowego tzn. stosował magnes o niedużej gęstości energii oraz unikał umieszczenia go w pobliżu magnesu hamującego. W/w błąd wskazań utrzymuje się do czasu rozmagnesowania się magnesu hamującego w liczniku poprzez oddziaływanie na niego magnesem neodymowym. W momencie, gdy nastąpi rozmagnesowanie magnesu hamującego błąd wskazań licznika staje się dodatni, tzn. licznik wskazuje większe zużycie energii niż

miało miejsce faktycznie. Dodatnia różnica wskazań wynosi od kilku do kilku tysięcy %. Jak podała Spółka, w związku z tym, że z chwilą rozmagnesowania się magnesu hamującego wskazania licznika są niekorzystne dla odbiorcy, zgłasza on fakt uszkodzenia licznika przedsiębiorstwu energetycznemu. Sytuacja taka wynika z tego, że odbiorcy zamierzający skorzystać z efektu działania magnesu neodymowego (niższe wskazania licznika) nie zdają sobie sprawy, że po dłuższym czasie używania tego magnesu wskazania licznika będą dla nich niekorzystne, czyli wyższe niż w rzeczywistości (karty nr 168-169).

W okresie od końca 2004r. do 17.06.2005r. procedura postępowania obowiązująca w Spółce związana z kontrolą urządzenia pomiarowego u odbiorcy w następstwie której ustalono, że nastąpił nielegalny pobór energii w wyniku użycia magnesu neodymowego kształtowała się następująco (karty nr 169-170). Po otrzymaniu od odbiorcy pisma z którego treści wynikało, że licznik zawyża ilość mierzonej energii przeprowadzano kontrolę u odbiorcy. Kontrolujący posiadali miernik parametrów sieci CALPORT 100 przy pomocy którego dokonywali pomiaru uchybu (błędu wskazań) licznika. W przypadku gdy zmierzony uchyb dodatni (błąd) był większy niż 10% spisywano protokół nielegalnego poboru energii, zdejmowano licznik i wstrzymywano dostawę energii. W niektórych przypadkach ze względów humanitarnych odstępowano od wstrzymania dostaw energii. Następnie licznik był kierowany do ekspertyzy do jego producenta. Ekspertyzy były zlecane do końca kwietnia 2005r. czyli momentu w którym Spółka uznała, że dodatnie uchyby w licznikach są bezsprzecznie wynikiem oddziaływania na licznik magnesem neodymowym. W przypadku, gdy ekspertyza była na niekorzyść odbiorcy, bądź też od początku maja 2005r. gdy kierownictwo Spółki nie miało uwag do zgromadzonego materiału dowodowego do odbiorcy kierowano pismo informujące go o nielegalnym poborze energii. Do pisma dołączany był załącznik w którym określano warunki techniczne wyniesienia układu pomiarowego na zewnątrz lokalu lub budynku. Wystawiano rachunek za nielegalny pobór energii, a także faktury za uszkodzony licznik oraz ewentualną ekspertyzę.

W dniu 20.05.2005r. Dyrektor Dystrybucji Spółki przekazał do jej komórek organizacyjnych pismo w którym poinformował o konieczności zmiany sposobu postępowania podczas wykrywania nielegalnego poboru energii przy stosowaniu przez odbiorców magnesów neodymowych. W/w procedura postępowania Spółki uległa zmianie w ten sposób, że w przypadku, gdy zmierzony uchyb dodatni (błąd wskazań) jest większy niż 10% kontrolujący po zdjęciu uszkodzonego licznika zobowiązani zostali do zainstalowania nowego licznika elektronicznego odpornego na działanie silnego pola magnetycznego (karty nr 371 – 372).

Następnie po spotkaniu z Miejskim Rzecznikiem Konsumentów w Częstochowie, które odbyło się 10.06.2005r. Spółka dokonała kolejnej korekty w/w procedury postępowania w sytuacji, gdy nastąpił nielegalny pobór energii z użyciem magnesów neodymowych (karty nr 171-172). W przypadku jeśli badanie licznika miernikiem parametrów sieci CALPORT 100 wykaże uchyb dodatni (błąd wskazań) większy niż 10% to wówczas kontrolujący powinni stwierdzić, iż nastąpił nielegalny pobór energii i zawiadomić o tym fakcie organy Policji. Do czasu przybycia funkcjonariuszy Policji kontrolujący nie mogą wykonywać żadnych czynności. Po pojawieniu się policjantów kontrolujący winni sporządzić protokół nielegalnego poboru energii, którego kopię przekazują odbiorcy i policjantom. Do protokołu dołączane są wydruki z pomiarów. Następnie dokonywany jest demontaż uszkodzonego licznika, który zostaje przekazany funkcjonariuszom Policji. Kontrolujący zakładają nowy licznik elektroniczny bocznikowy z wyświetlaczem elektronicznym odporny na działanie silnego pola magnetycznego w miejsce uszkodzonego. Po dostarczeniu przez kontrolujących protokołu kontroli do siedziby Spółki, do odbiorcy kierowane jest pismo informujące go o przeprowadzonej kontroli oraz, że dalsze decyzje związane z kontrolą zostaną podjęte po przeprowadzeniu przez organy Policji dochodzenia w oparciu o zgłoszone zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa. Po zakończeniu postępowania przez organy Policji w sytuacji gdy okaże się, że następowało oddziaływanie magnesem neodymowym na licznik, odbiorca

otrzyma pismo informujące go o tym fakcie i zostanie wystawiony rachunek za nielegalny pobór energii oraz za uszkodzony licznik. Zgodnie z powyższą procedurą nie następuje wstrzymanie dostarczania energii elektrycznej, a także odbiorca nie otrzymuje zleceń odnośnie wyniesienia licznika na zewnątrz lokalu.

W dniu 30.12.2005r. zarządzeniem nr C/79/2005 Prezesa Enion S.A. została wprowadzona „Instrukcja postępowania przy wykrywaniu i likwidacji nielegalnego poboru energii elektrycznej”, która weszła w życie z dniem 16.01.2006r. (karty nr 516-548).

Analiza treści przedmiotowej *Instrukcji* prowadzi do wniosku, że nie przewiduje ona uzależniania wznowienia dostawy energii elektrycznej odbiorcom od uiszczenia przez nich opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej. Pkt 11.3 *Instrukcji* przewiduje możliwość wydania odbiorcy pisemnych zaleceń pokontrolnych w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w postaci nielegalnego poboru energii elektrycznej. W wypadku wystąpienia sytuacji: bezpośredniego połączenia instalacji zalicznikowej odbiorcy z siecią niskiego napięcia przyłączem z pominięciem układu pomiarowo – rozliczeniowego, odgałęzienie z wlvz tzw. wcinka oraz odgałęzienie z zabezpieczeń przelicznikowych do zabezpieczeń zalicznikowych, w ramach zaleceń pokontrolnych należy dokonać zmiany lokalizacji układu pomiarowo – rozliczeniowego (wykonanie tych zaleceń może stanowić warunek konieczny do wznowienia dostaw energii). W sytuacji gdy nielegalny pobór energii wystąpił poprzez uszkodzenie lub dokonanie manipulacji w liczniku to wówczas zaleca się zmianę lokalizacji układu pomiarowo- rozliczeniowego z tym jednak, że nie można bezwzględnie warunkować wznowienia dostawy energii od wykonania zaleceń pokontrolnych. W pozostałych przypadkach nielegalnego poboru energii nie wydaje się zaleceń dotyczących zmiany lokalizacji układu pomiarowo- rozliczeniowego.

W poniższych tabelach przedstawiono dane na temat kontroli przeprowadzonych przez Spółkę w okresie 2004r. oraz styczeń –wrzesień 2005r.

Rok przeprowadzenia kontroli	Ilość przeprowadzonych kontroli układów pomiarowych ogółem	Ilość kontroli w których doszło do ustalenia, iż nastąpił nielegalny pobór energii elektrycznej	Ilość kontroli w których doszło do ustalenia, iż nastąpił nielegalny pobór energii elektrycznej w związku z użyciem magnesów neodymowych	Ilość kontroli w których doszło do ustalenia, iż nastąpił nielegalny pobór energii elektrycznej z innych przyczyn niż użycie magnesów neodymowych	Ilość przypadków w których wstrzymano dostarczanie energii elektrycznej z powodu nielegalnego poboru energii ogółem	Ilość przypadków w których wstrzymano dostarczanie energii elektrycznej z powodu nielegalnego poboru energii w związku z użyciem magnesów neodymowych
2004r.	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)
01-09 2005r.	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)	(...)

Ilość odbiorców ogółem u których stwierdzono awarię urządzenia pomiarowo rozliczeniowego w okresie od 1.01.2005r. do 17.06.2005r. - odbiorca miał wpływ na powstanie tej awarii wskutek użycia magnesów neodymowych, a tym samym stwierdzono nielegalny pobór energii. W tym:	(...)
- ilość odbiorców, którym wstrzymano dostarczanie energii elektrycznej	(...)
- ilość odbiorców do których wystosowano pismo w którym określano warunki techniczne wyniesienia układu pomiarowego na zewnątrz lokalu	(...)

lub budynku.	
- ilość odbiorców którzy otrzymali pismo w którym określano warunki techniczne wyniesienia układu pomiarowego na zewnątrz lokalu lub budynku i którzy zastosowali się do jego treści.	(...)

Na (...) przypadków wstrzymania dostarczania energii elektrycznej wskutek użycia przez odbiorcę magnesów neodymowych wznowienie dostaw energii nastąpiło:

- w (...) przypadkach po wykonaniu przez odbiorcę zaleceń technicznych,
- w (...) przypadkach po wykonaniu przez odbiorcę zaleceń technicznych i częściowym uiszczeniu opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii,
- w (...) przypadkach po częściowym uiszczeniu opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej.

Spółka Enion wskazała, że w przypadku odbiorców dokonujących nielegalnego poboru energii (tzw. ewidentne nie budzące wątpliwości przypadki nielegalnego poboru energii wskazane w piśmie z dnia 14.09.2005r.) w (...) przypadkach dokonano wstrzymania dostaw energii do odbiorców. W (...) przypadkach uzależniono wznowienie dostaw energii od uiszczenia przez odbiorcę opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii.

Enion S.A. osiągnęła w 2005r. przychód w wysokości 4 407 570 342,92 PLN. Przychód Oddziału w Częstochowie- Zakładu Energetycznego Częstochowa ze sprzedaży energii elektrycznej i usług przesyłowych odbiorcom taryfowym w 2005r. wyniósł 618 612 414,10 PLN.

W oparciu o zgromadzony w postępowaniu materiał dowodowy Organ Antymonopolowy zważył co następuje.

Dla uznania, że sprawa ma charakter antymonopolowy niezbędne jest ustalenie czy w okolicznościach sprawy doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów celem regulacji w niej przyjętej jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Pozwala to przyjąć, że ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego. Znajduje więc zastosowanie tylko wówczas, gdy zagrożony lub naruszony zostaje interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego.

Pojęcie interesu publicznego nie zostało zdefiniowane w ustawie, niemniej było ono wielokrotnie przedmiotem interpretacji Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Sądu Najwyższego. Zdaniem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wyrażonym w wyroku z dnia 12 czerwca 2002r. (sygn. akt XVII Ama 47/01), pojęcie interesu publicznego nie jest pojęciem o charakterze jednolitym i stałym. W każdej sprawie winien on być ustalony i konkretyzowany, a Organ Antymonopolowy w toku postępowania i przy wydawaniu decyzji winien być rzecznikiem tego interesu. Publiczny znaczy dotyczący ogółu, odnoszący się do ogółu, a nie do jednostki czy też określonej grupy. Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów winno być uprzednie udowodnienie przez Prezesa Urzędu, czy nastąpiło rzeczywiste naruszenie wskazanego przepisami ustawy interesu publicznego. W ten sam sposób Sąd wypowiedział się w wyrokach z dnia: 25.06.2001r. sygn. akt XVII Ama 84/00, 28.05.2001r. sygn. akt XVII Ama 82/00, 27.06.2001r. sygn. akt XVII Ama 92/00, 12.11.2001r. sygn. akt XVII Ama 105/00 oraz 04.07.2001r. sygn. akt XVII Ama 108/00.

Podobne stanowisko zajął również Sąd Najwyższy, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 29.05.2001r. sygn. akt I CKN 1217/98 stwierdził, że ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów ma charakter publicznoprawny i służy ochronie interesu ogólnospołecznego, ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji i nie odnosi się do ochrony roszczeń indywidualnych. Z kolei, w uzasadnieniu

wyroku z dnia 26.02.2004r. sygn. akt III SK 2/04 Sąd Najwyższy stwierdził, że naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu zbiorowego „jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywoływać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

W świetle powyższego orzecznictwa, Organ Antymonopolowy może wszcząć i prowadzić postępowanie antymonopolowe wyłącznie wówczas, gdy zachodzi podejrzenie, iż nastąpiło naruszenie interesu publicznego, a zatem, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów dotknięty został szerszy krąg uczestników rynku lub też wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku.

Ustawa zatem w odniesieniu do przedsiębiorców chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym. Wymienione w art. 1 cele ustawy 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 innych uczestników rynku. Praktyki ograniczające konkurencję można zatem podzielić na praktyki antykonkurencyjne, wywierające bezpośredni wpływ na stan lub rozwój konkurencji i interesy konkurencyjne innych przedsiębiorców, oraz praktyki eksploatacyjne, których efektem lub celem jest naruszenie przede wszystkim innych niż konkurencyjne interesów innych uczestników rynku.

Spółka, która działa w warunkach monopolu naturalnego posiada siłę rynkową pozwalającą jej na dyktowanie warunków innym uczestnikom rynku. Dla stwierdzenia występowania przesłanki naruszenia interesu publicznego jest wystarczająca, a zarazem niezbędna, dowolna możliwość nadużycia siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku.

Jak ustalono to we wcześniejszej części niniejszej decyzji Spółka przyjęła określoną procedurę działania w związku z nielegalnym poborem energii elektrycznej przez odbiorców. Procedura ta dotyczyła sposobu ustalania, iż nastąpił nielegalny pobór energii oraz podejmowania dalszych działań związanych z zarówno z egzekucją należności pieniężnych wynikających z tego nielegalnego poboru, jak i warunków technicznych kontynuowania dostarczania energii po jej wstrzymaniu. Działania Spółki nie były ograniczone do określonych podmiotów lub ich grupy, ale dotyczyły wszystkich odbiorców podejrzanych o nielegalny pobór energii. Stąd też, ze względu na możliwość naruszenia interesu publicznego uzasadnionym było wszczęcie i toczenie postępowania antymonopolowego w przedmiotowej sprawie.

I. We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego Rzecznik zarzucił Spółce stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na uzależnianiu zawarcia umowy od spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, poprzez uzależnianie wznowienia dostarczania energii elektrycznej do odbiorców od zapłaty przez nich opłat z tytułu nielegalnego poboru energii.

Art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje praktykę polegającą na nadużywaniu pozycji dominującej na rynku poprzez uzależnianie zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy.

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na określonym rynku właściwym. Stąd też dla poprawnej oceny zachowania Spółki w kontekście zastosowania art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej konieczne jest zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie. Zgodnie z art. 4 pkt 8 w/w ustawy przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich

przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, uznawane są przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu panują zbliżone warunki konkurencji.

Rynek właściwy w danej sprawie wyznaczają dwa skorelowane ze sobą pojęcia: rynku właściwego produktowo i rynku właściwego geograficznie. Rynkiem w ujęciu produktowym w rozpatrywanej sprawie jest rynek przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej. Rynkiem w ujęciu geograficznym jest obszar działania Enion S.A. Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa na którym prowadzi działalność gospodarczą polegającą na przesyłach i dystrybucji energii elektrycznej. W/w przedsiębiorca jest tzw. monopolistą naturalnym, co wynika z faktu sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania energii elektrycznej. Odbiorcy którzy są zaopatrywani w energię elektryczną nie mają możliwości wyboru alternatywnego podmiotu, który prześle im energię. Tak więc, Spółka podlega wszystkim ograniczeniom wynikającym z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zatem rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest rynek przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej na obszarze działania Enion S.A. Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa, na którym prowadzi ona działalność zgodnie z udzieloną koncesją.

Istotą zarzucanej praktyki z art. 8 ust. 2 pkt 4 w/w ustawy jest wymuszenie przez przedsiębiorcę dominującego przy zawieraniu umowy, dotyczącej towarów z rynku właściwego, na którym on tę pozycję posiada, spełnienia przez kontrahenta świadczenia wykraczającego poza przedmiot tej umowy. Świadczenie dodatkowe może dotyczyć dowolnych sfer działalności, zarówno z rynku zdominowanego, jak i niepowiązanego z nim rynku konkurencyjnego. O świadczeniu może być mowa wówczas, gdy określone działanie lub zaniechanie jest przedmiotem stosunku zobowiązaniowego.

Jak wskazano to we wcześniejszej części niniejszej decyzji od 1.12.2004r. w spółce Enion – Oddział w Częstochowie Zakład Energetyczny Częstochowa obowiązywała „Instrukcja w sprawie postępowania przy wykrywaniu i likwidacji nielegalnego poboru energii elektrycznej oraz przekroczeń taryfowych” (karty nr 350 -370). Pkt 12.11 i 12.12 w/w Instrukcji stanowiły, że „(...) po zapłaceniu należności za nielegalny pobór energii, jeśli instalacja była odłączona, należy niezwłocznie wznowić dostarczanie energii elektrycznej. W uzasadnionych przypadkach ze względów socjalnych dopuszcza się przyłączyć kontrolowanego pod warunkiem (...) wpłacenia 50 % należności za nielegalny pobór energii elektrycznej”.

Powyższy zapis stanowił zasadę działania Spółki i znalazł zastosowanie w praktyce. Na (...) przypadków dokonano wstrzymania dostaw energii do odbiorców (przytoczona liczba obejmuje tzw. ewidentne, nie budzące wątpliwości przypadki nielegalnego poboru energii), w (...) przypadkach uzależniono wznowienie dostaw energii od uiszczenia przez odbiorcę opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii. Ponadto na (...) przypadków wstrzymania dostarczania energii elektrycznej wskutek użycia przez odbiorcę magnesów neodymowych wznowienie dostaw energii nastąpiło: w (...) przypadkach po wykonaniu przez odbiorcę zaleceń technicznych i częściowym uiszczeniu opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii, a w (...) przypadkach po częściowym uiszczeniu opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej.

Zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne przedsiębiorstwo energetyczne może wstrzymać dostarczanie energii elektrycznej jeśli w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że nastąpił nielegalny pobór energii elektrycznej. Zarazem jednak przedsiębiorstwo, energetyczne w oparciu o art. 6 ust. 3b w/w ustawy jest obowiązane do bezzwłocznego wznowienia dostarczania energii elektrycznej jeżeli ustaną przyczyny uzasadniające wstrzymanie jej dostarczania.

Zdaniem Organu Antymonopolowego brak jest przepisów uprawniających przedsiębiorstwo energetyczne do uzależniania wznowienia dostaw energii elektrycznej do odbiorcy od uprzedniego uiszczenia przez niego opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii w wysokości określonej na podstawie obowiązującej taryfy. Art. 6 ust. 3b ustawy Prawo energetyczne wyraźnie wskazuje, że wznowienie dostaw energii powinno nastąpić bezzwłocznie po ustaniu przyczyn uzasadniających wstrzymanie ich dostarczania. Bez wątpliwości przyczyną uzasadniającą wstrzymanie dostaw energii jest jej nielegalny pobór. Z kolei z oczywistych powodów przyczyną wstrzymania dostawy energii nie może być nieuiszczenie przez odbiorcę opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii ponieważ ustalenie jej wysokości oraz obowiązek zapłaty powstaje dopiero po ujawnieniu nielegalnego poboru energii (por. wyroki Sądu Ochrony Konkurencji Konsumentów z dnia 9.05.2005r. sygn. akt XVII Ame 46/04 i z dnia 25.05.2005r. XVII Ame 11/04). Innymi słowy z chwilą wykrycia nielegalnego poboru energii i przywrócenia instalacji elektrycznej odbiorcy do stanu zgodnego z prawem (w przypadku, gdy nielegalny pobór energii dokonywany był poprzez ingerencję w tą instalację) bądź też z chwilą wymiany uszkodzonego licznika energii (wówczas, gdy nielegalny pobór energii odbywał się poprzez zakłócenie pracy licznika, w tym np. poprzez użycie magnesów neodymowych) ustają przyczyny uzasadniające wstrzymanie dostaw energii. Z tym też momentem Spółka zobowiązana jest do wznowienia dostaw energii do odbiorcy. Odrębną kwestią w tym zakresie jest uprawnienie Spółki do dochodzenia od odbiorcy uiszczenia opłaty w wysokości określonej w taryfie lub odszkodowania na zasadach ogólnych z tytułu nielegalnego poboru energii.

Zgodnie z treścią łączących Spółkę z odbiorcami umów sprzedaży energii elektrycznej ich przedmiotem jest sprzedaż energii elektrycznej i świadczenie usług przesyłowych. Z chwilą wykrycia nielegalnego poboru energii i wstrzymania jej dostarczania nie był realizowany podstawowy cel umowy. Faktycznie następowało zawieszenie jej realizacji. Spółka z racji posiadanej siły rynkowej uzależniała realizację świadczenia głównego, jakim jest dostawa energii elektrycznej od spełnienia przez odbiorcę innego świadczenia w postaci uregulowania należności z tytułu nielegalnego poboru energii. Zdaniem Organu Antymonopolowego zwrot „uzależnienie zawarcia umowy”, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej nie powinien być odnoszony wyłącznie do sytuacji zawiązywania stosunku prawnego pomiędzy kontrahentami. Dotyczy on również sytuacji, gdy umowa została już zawarta, a realizacja jej treści jest uzależniona przez dominanta od spełnienia przez kontrahenta innego świadczenia. Stanowisko to znajduje oparcie w dotychczasowym orzecznictwie antymonopolowym. SOKiK w wyroku z dnia 14.04.1994r. (sygn. akt XVII Amr 72/93) stwierdził, że uzależnianie przez komunalnego przedsiębiorcę dostawy wody i odprowadzania ścieków od obowiązku wpłacenia przez kontrahenta podwyższonej o 100% opłaty, mającej charakter odrębnego świadczenia stanowi praktykę ograniczającą konkurencję. Również w/w Sąd w wyroku z dnia 28.02.1996r. (sygn. akt XVII Amr 71/95) stwierdził, że praktyką monopolistyczną zakładu telekomunikacji jest domaganie się, pod rygorem rozwiązania umowy abonamentu telefonicznego, aby nowy abonent uregulował długi swego poprzednika, po którym przejął abonament, chociażby nawet umowa zawarta między zakładem telekomunikacji a nowym abonentem zawierała jego oświadczenie, że zapoznał się z regulaminem w świetle którego nowy abonent przejmuje długi swego poprzednika. Z powyższych wyroków wynika, że z praktyką określoną w art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej mamy do czynienia również wtedy, gdy dominant uzależnia realizację umowy bądź też dalsze jej trwanie od spełnienia przez kontrahenta innego świadczenia.

Dodać należy, że świadczenie w postaci uregulowania należności z tytułu nielegalnego poboru energii nie miało ani rzeczowego ani też zwyczajowego związku z przedmiotem umowy sprzedaży energii ponieważ świadczenie to wykracza poza przedmiot tej umowy. Przedmiotem umowy jest sprzedaż energii elektrycznej i świadczenie usług przesyłowych.

Świadczeniem, które odbiorca jest na podstawie umowy zobowiązany uiszczać na rzecz Spółki są ceny i opłaty za dostarczoną energię i świadczone usługi przesyłowe. SOKiK w wyroku z dnia 9.05.2005r. (sygn. akt XVII Ame 46/04) stwierdził, że „nie można uznać, iż pobieranie opłaty za nielegalny pobór energii elektrycznej jest tożsame z terminem użytym w art. 6 ust. 3a prawa energetycznego „zapłata za pobieraną energię elektryczną” (...). Z tych powodów opłata za nielegalny pobór energii elektrycznej ma charakter sankcyjny i nie można jej traktować jak opłaty za sprzedaż energii elektrycznej”. Z kolei w wyroku z dnia 25.05.2005r. (sygn. akt XVII Ame 11/04) SOKiK stwierdził, że opłata z tytułu nielegalnego poboru energii nie jest „należnością za pobraną energię lecz opłatą karną za naruszenie zasad poboru energii”.

Tym samym uzależnianie przez Spółkę wznowienia dostaw energii elektrycznej do odbiorców od uprzedniego uiszczenia opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii było bezprawne i naruszało art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej.

Z informacji przesłanych przez Spółkę wynika, że po dniu 17.06.2005r. zmieniła ona procedurę postępowania w stosunku do odbiorców, którym zarzucono nielegalny pobór energii w związku z użyciem magnesów neodymowych w ten sposób, że począwszy od tego terminu nie uzależniała wznowienia dostaw energii od uprzedniego uiszczenia opłaty z tytułu jej nielegalnego poboru. W związku z tym, w stosunku do wyżej opisanej grupy odbiorców Spółka zaniechała stosowania przedmiotowej praktyki od 17.06.2005r.

Jednakże w stosunku do odbiorców zakwalifikowanych przez Spółkę do grupy odbiorców, którzy w sposób ewidentny i nie budzący wątpliwości dopuścili się nielegalnego poboru energii (I grupa opisana w piśmie Spółki z dnia 14.09.2005r.) po dniu 17.06.2005r. nadal znajdowała zastosowanie procedura zawarta w *Instrukcji w sprawie postępowania przy wykrywaniu i likwidacji nielegalnego poboru energii elektrycznej oraz przekroczeń taryfowych* obowiązującej od 1.12.2004r., zgodnie z którą uzależniano wznowienie dostaw energii od uprzedniego uiszczenia przez odbiorcę opłaty z tytułu jej nielegalnego poboru. Dopiero wejście w życie z dniem 16.01.2006r. „*Instrukcji postępowania przy wykrywaniu i likwidacji nielegalnego poboru energii elektrycznej*” spowodowało, że Spółka zgodnie z treścią tej *Instrukcji* nie uzależnia wznowienia dostawy energii elektrycznej odbiorcom od uiszczenia przez nich opłaty z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej. Stąd też należało stwierdzić, że z dniem 16.01.2006r. spółka Enion zaprzestała stosowania przedmiotowej praktyki.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

II.1 We wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego Rzecznik zarzucił spółce Enion nadużywanie pozycji dominującej na rynku poprzez narzucanie uciążliwych warunków umów przynoszących narzucającemu te warunki nieuzasadnione korzyści poprzez wydawanie zaleceń dotyczących wyniesienia na koszt konsumentów układów pomiarowo – rozliczeniowych energii elektrycznej na zewnątrz lokali.

Art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje praktykę polegającą na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści. Dla stwierdzenia tej praktyki konieczne jest wykazanie kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek (poza przesłanką posiadania pozycji dominującej na rynku przez przedsiębiorcę, któremu stawia się zarzut):

- narzucanie warunków umowy,
- uciążliwy charakter tych warunków umowy,
- uzyskiwanie nieuzasadnionych korzyści przez narzucającego je przedsiębiorcę.

Spółka Enion zajmuje pozycję dominującą na rynku przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej, co wykazano w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

Narzucanie warunków umów musi mieć charakter przymusowy, wymuszony przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku. Jego źródłem jest siła rynkowa przedsiębiorstwa pozwalająca na jednostronne dyktowanie warunków umów kontrahentom. Narzucanie warunku umowy ma miejsce wówczas, gdy dominant wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahenta, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nim określone zachowania. Spółka jako przedsiębiorca zajmujący się przesyłaniem i dystrybucją energii elektrycznej zajmuje pozycję tzw. monopolisty naturalnego. Prowadzi swoją działalność gospodarczą w warunkach, w których odizolowana jest od potencjalnych konkurentów zarówno barierą kosztów niezbędnych dla uruchomienia działalności w danej dziedzinie, jak i ustanowioną wcześniej strukturą organizacyjną lub technologiczną, dysponuje potencjałem niezbędnym do narzucenia swojemu kontrahentowi warunków umowy.

O tym, czy w konkretnej sytuacji treść umowy została kontrahentowi narzucona, czy też umowa była rezultatem negocjacji w ramach przysługującej stronom swobody kontraktowania decyduje ostatecznie treść umowy oraz okoliczności jej zawarcia. Do narzucania warunków umowy dochodzić może zarówno w drodze działań (aktywnego narzucania warunków w negocjacjach), jak również zaniechania (odmowy podejmowania jakichkolwiek negocjacji w przedmiocie spornych kwestii). Konieczne jest więc wykazanie się przez kontrahentów dominantów aktywnością w negocjacjach oraz brakiem elastyczności u dominantów w akceptowaniu warunków umownych nieakceptowanych przez słabszą stronę umowy.

W niniejszej sprawie Spółka po przeprowadzeniu kontroli, w wyniku której stwierdzony został nielegalny pobór energii elektrycznej przesyłała do odbiorcy pismo informujące o tym fakcie wraz z załącznikiem zatytułowanym „załącznik – zalecenia”. Zgodnie z jego treścią Spółka warunkowała wznowienie dostaw energii elektrycznej do danego odbiorcy od wykonania przez niego na własny koszt określonych prac mających na celu zainstalowanie układu pomiarowo – rozliczeniowego na zewnątrz lokalu lub budynku odbiorcy. Wiązało się to ze zmianą odpowiednich zapisów umowy sprzedaży energii określających miejsce lokalizacji układów pomiarowych. W związku z tym, że Spółka formułowała przedmiotowe zalecenia w sposób jednostronny i uzależniała od ich spełnienia wznowienie dostaw energii należy stwierdzić, że narzucała odbiorcom wykonanie przedmiotowego obowiązku. Tym samym Spółka narzucała odbiorcom warunek umowy dotyczący lokalizacji układu pomiarowo – rozliczeniowego.

Kolejną przesłanką konieczną do stwierdzenia naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej jest dowiedzenie, że kwestionowany warunek umowy ma uciążliwy charakter. Za uciążliwy uznaje się każdy warunek umowy oznaczający dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Definicja ta odwołuje się do kryteriów obiektywnych – typowych relacji umownych występujących na rynku. Dokonując analizy uciążliwości warunków umownych należy rozważyć, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, a więc istnienia rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umów.

Rzecznik formułując przedmiotowy wniosek stwierdził, że uciążliwość warunku umowy polegającego na konieczności wyniesienia układu pomiarowo – rozliczeniowego na zewnątrz lokalu lub budynku z punktu widzenia konsumentów przejawiała się w obowiązku poniesienia przez nich kosztów wykonania tych prac. Niewątpliwie z subiektywnego punktu widzenia konsumentów, warunek ten był dla nich uciążliwy. Należy jednak w tym miejscu rozważyć, czy obiektywnie Spółka była uprawniona do wydawania tego rodzaju zaleceń. Innymi słowy czy wydawanie tych zaleceń wynikało z faktu nadużywania przez Spółkę pozycji dominującej, czy też było działaniem, które podjąłby przedsiębiorca działający na rynku konkurencyjnym.

Ustawa Prawo energetyczne nakłada na przedsiębiorstwa energetyczne szereg obowiązków związanych z dostawą energii elektrycznej do odbiorców. Ze względu na charakter towaru jakim jest energia elektryczna, zasadą jest, że każdy odbiorca powinien mieć możliwość zaopatrywania się w nią, a zakład energetyczny zobowiązany jest do jej dostarczania (por. art. 4 ust. 2, 5a, 7 ustawy Prawo energetyczne). Sprawy sporne w tym zakresie zgodnie z art. 8 w/w ustawy rozstrzyga Prezes URE. W związku z tym, że przedsiębiorstwo energetyczne, co do zasady nie jest uprawnione do zwolnienia się z obowiązku dostawy energii elektrycznej powinno mieć możliwość zabezpieczenia swych interesów przed nieuczciwymi działaniami odbiorców.

Zgodnie z art. 6 ust. 3 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne przedsiębiorstwo energetyczne może wstrzymać dostarczanie energii elektrycznej jeśli w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono, że nastąpił nielegalny pobór energii elektrycznej. Analiza tego przepisu wskazuje, że ocena czy doszło do nielegalnego poboru energii, czy też nie należy do przedsiębiorstwa energetycznego. Innymi słowy, ustawodawca upoważnił przedsiębiorstwa energetyczne do podejmowania w trakcie przeprowadzanych kontroli rozstrzygnięć, czy nastąpił nielegalny pobór energii, czy też nie. Aktualnie obowiązujące przepisy prawa nie przewidują obowiązku uzyskania przez przedsiębiorstwa energetyczne wyroku sądowego lub orzeczenia innego organu, rozstrzygającego o fakcie wystąpienia nielegalnego poboru energii przez odbiorcę, aby mogły wstrzymać dostarczanie tej energii. W niniejszej sprawie nie przesądzając, czy faktycznie odbiorcy dokonywali nielegalnego poboru energii, czy też nie (ostateczne rozstrzygnięcie w tej sprawie należy wyłącznie do kognicji sądów powszechnych) Spółka dokonywała oceny, iż odbiorcy dopuszczali się nielegalnego poboru energii. W każdym z przypadków kierowała do organów ścigania zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa z art. 278 § 5 K.k. polegającego na kradzieży energii elektrycznej.

Tym samym, biorąc pod uwagę spoczywający na Spółce obowiązek dostarczania energii elektrycznej odbiorcom, należy ocenić, czy podjęte przez nią działania zmierzające do zapobieżenia wystąpienia nielegalnego poboru energii przez odbiorcę w przyszłości były zasadne. Analiza obowiązujących przepisów prawnych prowadzi do wniosku, że nie regulują one kwestii w jakich sytuacjach i na czyj koszt powinna nastąpić przebudowa instalacji elektrycznej i umieszczenie licznika energii poza lokalem odbiorcy. W tym miejscu zwrócić można uwagę na § 185 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 12 kwietnia 2002 r. w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać budynki i ich usytuowanie (Dz.U. Nr 75, poz. 690 z późn. zm.), który stanowi, że instalacja odbiorcza w budynku i w samodzielnym lokalu powinna być wyposażona w urządzenia do pomiaru zużycia energii elektrycznej, usytuowane w miejscu łatwo dostępnym i zabezpieczone przed uszkodzeniami i ingerencją osób niepowołanych. W budynku wielorodzinnym liczniki pomiaru zużycia energii elektrycznej należy umieszczać poza lokalami mieszkalnymi, w zamykanych szafkach. Pomimo, że przepisy w/w rozporządzenia przede wszystkim dotyczą nowo budowanych obiektów, należy przyjąć, że prawodawca przyjął zasadę, iż urządzenia pomiarowo – rozliczeniowe powinny być umieszczone poza lokalami mieszkalnymi.

§ 17 pkt 7 rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 20 grudnia 2004r. w sprawie szczegółowych warunków przyłączenia podmiotów do sieci elektroenergetycznych, ruchu i eksploatacji tych sieci, stanowi, że odbiorca zabezpiecza przed uszkodzeniem układ pomiarowo – rozliczeniowy i zabezpieczenia główne na warunkach ustalonych w umowie, jeżeli znajdują się na terenie lub w obiekcie odbiorcy. Tym samym zgodnie z powołanym przepisem na odbiorcy ciąży obowiązek zabezpieczenia przed uszkodzeniem układu pomiarowo – rozliczeniowego. W przypadku, gdy dochodzi do nielegalnego poboru energii w szczególności poprzez uszkodzenie licznika, naruszona zostaje w/w norma § 17 pkt 7 w/w rozporządzenia.

Jak wskazano to wcześniej w subiektywnym odczuciu odbiorców warunki przedstawione przez Spółkę były dla nich uciążliwe. Zdaniem Organu Antymonopolowego należy je jednak oceniać w oparciu o obiektywne kryteria, a nie subiektywne wrażenia odbiorców. Punktem

odniesienia powinno być racjonalne zachowanie przedsiębiorcy wobec klienta, którego podejrzewa o korzystanie z jego usług niezgodnie z zawartą umową.

Analiza zachowania Spółki wskazuje, iż jej działania były racjonalne i uzasadnione okolicznościami sprawy. Konieczność przebudowy instalacji elektrycznej i zmiana lokalizacji układu pomiarowego miały utrudnić odbiorcy w przyszłości nielegalny pobór energii poprzez ingerencję w działanie licznika. Biorąc pod uwagę okoliczność, że Spółka jest zobowiązana dostarczać energię elektryczną wszystkim odbiorcom, uwzględniając również tych którzy dopuścili się nielegalnego poboru energii starała się ona zabezpieczyć swoje interesy w przyszłości. W obrocie gospodarczym bardzo istotną kwestią jest wzajemne zaufanie stron zawieranych umów. W wypadku, gdy jedna ze stron nie ma takiego zaufania (od początku współpracy lub w wypadku jego utraty) to wówczas, albo nie wchodzi w stosunki umowne z takim podmiotem, albo też zawierając umowę stara się ograniczyć ryzyko związane z jej zawarciem i realizacją. Stąd też przedsiębiorcy stosują cały szereg rozwiązań technicznych i prawnych mających na celu ograniczenie ryzyka gospodarczego. W niniejszej sprawie takim zabezpieczeniem dla Spółki było uniemożliwienie odbiorcy dostępu do licznika energii i ewentualnej w nim manipulacji.

W tym miejscu należy również uwzględnić treść zapisu art. 8 ustawy Prawo energetyczne zgodnie z którym w sprawach spornych dotyczących nieuzasadnionego wstrzymania dostarczania energii rozstrzyga Prezes URE, na wniosek strony. Prezes URE może wydać na wniosek jednej ze stron postanowienie, w którym określa warunki podjęcia bądź kontynuowania dostaw do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sporu. Tym samym, odbiorcy którym postawiony został zarzut nielegalnego poboru energii, wstrzymano jej dostarczanie oraz uzależniono wznowienie dostaw od wyniesienia licznika na zewnątrz lokali byli uprawnieni do wystąpienia do Prezesa URE ze stosowanym wnioskiem określonym w art. 8 w/w ustawy. Stąd też w każdym indywidualnym przypadku Prezes URE dokonuje oceny, czy działanie przedsiębiorstwa jest zgodne z prawem, w tym również wydawanie zaleceń odnośnie zmiany lokalizacji układu pomiarowego. Spółka przykładowo przesłała jedno z postanowień Prezesa URE w którym nakazał on podjęcie dostarczania energii elektrycznej do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sporu pod warunkiem, iż odbiorca zrealizuje zalecenia techniczne dotyczące zmiany lokalizacji układu pomiarowo – rozliczeniowego. Tym samym, w przypadku gdy odbiorca nie wyrażał akceptacji dla zaleceń Spółki, mógł wystąpić ze stosownym wnioskiem do Prezesa URE. Stąd też należało stwierdzić, że zachowanie Spółki odpowiadało zachowaniu racjonalnego przedsiębiorcy działającego na rynku konkurencyjnym i przedmiotowy warunek biorąc pod uwagę kryteria obiektywne nie był uciążliwy dla odbiorców.

Ostatnią z przesłanek niezbędną do stwierdzenia naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, że kwestionowany warunek umowny przynosi przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Osiągane przez podmiot gospodarczy stosujący praktykę ograniczającą konkurencję określoną w w/w przepisie nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów w warunkach ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nieuzasadnione korzyści powinny pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy, przy czym mogą one pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu. Należy podkreślić, iż sama hipotetyczna możliwość wystąpienia skutków praktyki ograniczającej konkurencję nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej. Dla bytu praktyki określonej w w/w przepisie nie jest bowiem konieczne wystąpienie negatywnego skutku w postaci eksploatacji pozycji rynkowej w warunkach ograniczonej konkurencji. Wystarczy, że zaistniało zagrożenie wystąpienia takiego skutku. Praktyką ograniczającą konkurencję jest już

bowiem sama próba osiągnięcia przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku określonego skutku (por. E. Modzelewska – Wąchal *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Wyd. Twigger, Warszawa 2002, s. 97).

Zdaniem Rzecznika w niniejszej sprawie wydawanie zaleceń dotyczących zmiany lokalizacji układu pomiarowo – rozliczeniowego miało na celu skuteczniejsze egzekwowanie należności z tytułu nielegalnego poboru energii. Rzecznik stwierdził, że korzyści uzyskane przez Spółkę w takich przypadkach niekoniecznie przejawiały się w formie materialnej. Wydając zalecenia i grożąc wstrzymaniem dostaw energii Spółka uzyskiwała znaczną przewagę i mogła egzekwować należności z tytułu nielegalnego poboru energii.

W przedmiotowej sprawie celem działania Spółki nie było uzyskanie jakichkolwiek korzyści w związku z wydawaniem przedmiotowych zaleceń, a jedynie ograniczenie ryzyka powtórnego nielegalnego poboru energii przez odbiorców. Zmianę lokalizacji urządzenia pomiarowo – rozliczeniowego trudno zatem rozpatrywać w kategorii korzyści osiąganych przez Spółkę. Nawet jeżeliby przyjąć tok rozumowania Rzecznika, zdaniem Organu Antymonopolowego jedyną korzyścią jaką osiągnęła Spółka w związku z wydawaniem zaleceń dotyczących wyniesienia liczników na zewnątrz lokalu było ograniczenie ryzyka powtórzenia się w przyszłości faktu nielegalnego poboru energii. Korzyści tej nie można jednak uznać w okolicznościach sprawy jako korzyści nieuzasadnionej. Spółka oprócz zabezpieczenia swych interesów zabezpiecza również interesy innych odbiorców. Nielegalny pobór energii generuje określone koszty, które następnie są pokrywane w opłatach od pozostałych odbiorców. Należy również podkreślić, że Spółka w praktyce nigdy nie egzekwowała wykonania przedmiotowych zaleceń od odbiorców, co stwierdził również Rzecznik we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego. Zwrócić należy także uwagę, że zgodnie z art. 57 ustawy Prawo energetyczne Spółka może żądać dochodzenia opłat z tytułu nielegalnego poboru energii w drodze egzekucji administracyjnej bez konieczności prowadzenia procesu sądowego. Stąd też twierdzenia Rzecznika, zgodnie z którymi wydawanie zaleceń dotyczących zmiany lokalizacji układu pomiarowo – rozliczeniowego miało na celu skuteczniejsze egzekwowanie należności nie znajdują potwierdzenia w stanie faktycznym. Podsumowując, wydawanie zaleceń związanych z koniecznością zmiany lokalizacji urządzenia pomiarowego nie przyniosło Spółce nieuzasadnione korzyści. Zwrócić należy również uwagę na fakt, że w sytuacji, gdyby sąd powszechny prawomocnym wyrokiem orzekł, iż odbiorca nie dopuścił się nielegalnego poboru energii to wówczas odbiorca, który poniósł koszty zmian lokalizacji licznika mógłby zażądać od Spółki ich zwrotu.

W związku z powyższym należało orzec jak w pkt II 1 sentencji niniejszej decyzji.

II.2 Zgodnie z art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej, zakazane jest nadużywanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku poprzez stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw. W myśl art. 4 pkt 11 w/w ustawy konsumentem jest wyłącznie osoba, która zawiera umowę z przedsiębiorcą w celu bezpośrednio nie związanym z działalnością gospodarczą.

Spółka Enion zajmuje pozycję dominującą na rynku przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej, co wykazano w pkt I sentencji niniejszej decyzji.

W literaturze przedmiotu i orzecznictwie brak jest wyraźnej definicji określającej zakres przedmiotowy art. 8 ust. 2 pkt 7 ustawy antymonopolowej. Ustawowy zapis „stwarzanie uciążliwych warunków dochodzenia swych praw” rozumieć należy jako postawienie konsumentowi przez drugą stronę umowy warunków, od spełnienia których uzależnione byłoby jego prawo do skorzystania ze służących mu uprawnień np. z tytułu rękojmi lub gwarancji, a także z prawa do skierowania sprawy do sądu (wyrok SOKiK z dnia

17.04.2002r. sygn. akt XVII Ama 81/01). Orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, uznało ponadto za przejaw tej praktyki np. zmuszanie przez PKP osób posiadających uprawnienia do korzystania z przejazdów ulgowych do dokumentowania tych uprawnień przy zakupie biletu (wyrok z dnia 6.01.1999r. sygn. akt XVII Ama 69/98), czy też ograniczenie prawa odstąpienia od umowy i do bonifikat przysługujących abonentom telewizji kablowej i satelitarnej w przypadku braku dostarczenia sygnału przez czas dłuższy niż 3 dni w miesiącu, z wyłączeniem możliwości dochodzenia swych praw w sytuacji przerw w dostarczaniu sygnału w krótszych okresach (wyrok z dnia 6.12.2000r. sygn. akt XVII Ama 101/99). Z powyższego można wnosić, iż przepis art. 8 ust. 2 pkt 7 znajduje zastosowanie dla ochrony praw przysługujących konsumentom, wynikających z innych norm prawnych.

W niniejszym postępowaniu Rzecznik zarzucił spółce Enion stwarzanie konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw w przypadkach podejrzenia ich o nielegalny pobór energii, poprzez zmuszanie konsumentów do zapłaty należności z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej bez wcześniejszego prawomocnego orzeczenia sądowego i bez przedstawienia dowodów uzasadniających takie twierdzenie.

Zgodnie z art. 57 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne w razie nielegalnego pobierania energii z sieci, przedsiębiorstwo energetyczne pobiera opłaty za nielegalnie pobraną energię w wysokości określonej w taryfach lub dochodzi odszkodowania na zasadach ogólnych. Opłaty (taryfowe), o czym wspomina ust. 2 w/w przepisu, podlegają ściągnięciu w trybie przepisów o postępowaniu egzekucyjnym w administracji.

Pojęcie nielegalnego pobierania energii zdefiniowano w art. 3 pkt 18 ustawy Prawo energetyczne jako pobieranie energii bez zawarcia umowy, z całkowitym albo częściowym pominięciem układu pomiarowo-rozliczeniowego lub poprzez ingerencję w ten układ mającą wpływ na zafałszowanie pomiarów dokonywanych przez układ pomiarowo-rozliczeniowy. Zgodnie z art. 6 ust. 1 w/w ustawy, upoważnieni przedstawiciele przedsiębiorstwa energetycznego zajmującego się przesyłaniem lub dystrybucją energii wykonują kontrole układów pomiarowych, dotrzymania zawartych umów i prawidłowości rozliczeń, zaś w przypadku stwierdzenia nielegalnego poboru energii elektrycznej przedsiębiorstwo energetyczne może wstrzymać dostarczanie energii (art. 6 ust. 3 pkt 2 w/w ustawy). Szczegółowe zasady przeprowadzania kontroli określa rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 11 sierpnia 2000r. w sprawie przeprowadzania kontroli przez przedsiębiorstwa energetyczne (Dz.U. Nr 75, poz. 866). Jak stanowi § 12 tego rozporządzenia, kontrolujący informują odbiorcę o ustaleniach wskazujących na ujawnione w trakcie kontroli nieprawidłowości w eksploatacji układów pomiarowych i prowadzonych rozliczeniach. Z przeprowadzonej kontroli kontrolujący sporządzają protokół, w którym zamieszczają ustalenia dokonane w trakcie kontroli. Przed podpisaniem protokołu, zgodnie z § 14 pkt 1 rozporządzenia, przysługuje odbiorcy prawo zgłoszenia zastrzeżeń, które wnosi się na piśmie w terminie 7 dni od otrzymania protokołu.

Dla rozstrzygnięcia zarzutu Rzecznika zasadniczą kwestią jest ustalenie, czy przedsiębiorstwo energetyczne ma prawo samodzielnie stwierdzić zaistnienie nielegalnego poboru energii elektrycznej i bez uprzedniego orzeczenia sądu domagać się wszczęcia postępowania egzekucyjnego celem wyegzekwowania opłaty w wysokości określonej w taryfie za nielegalne pobieranie energii.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że orzecznictwo sądowe nie jest jednolite w tym zakresie. Szeroko zostało ono omówione we wniosku Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego i Rzecznika Praw Obywatelskich skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 57 ustawy Prawo energetyczne z art. 2, 45 ust. 1 oraz art. 64 ust. 2 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP w zakresie w jakim umożliwia przedsiębiorstwu energetycznemu pobieranie i ściąganie opłat za nielegalne

pobieranie paliw lub energii z sieci tylko na podstawie wystawionego przez siebie dokumentu i bez zachowania drogi sądowej (sygn. RPO-446016-V-KD/03).

W wyroku z dnia 23.07.2002r. (sygn. akt III S.A.1034/02) Naczelny Sąd Administracyjny zaprezentował tezę, iż art. 57 ustawy Prawo energetyczne zezwala jedynie na egzekwowanie należności o charakterze cywilnoprawnym w trybie egzekucji administracyjnej, nie zwalnia natomiast wierzyciela z wymogu uprzedniego uzyskania orzeczenia sądowego stwierdzającego obowiązek zapłaty (również wyrok NSA z dnia 23.08.2000r. sygn. akt III S.A. 1262/99).

Z kolei teza przeciwna zawarta została w wyroku NSA z 1.08.2003r. (sygn. akt III SA 3215/01). W świetle wyrażonego w tym wyroku poglądu, intencją ustawodawcy było, aby art. 57 ust. 2 ustawy Prawo energetyczne umożliwiał przedsiębiorstwom energetycznym ściąganie opłat za nielegalny pobór energii bądź paliw bez konieczności wyczerpania uprzednio trybu postępowania sądowego. Taki wniosek wypływa z gramatycznej wykładni w/w przepisu, skoro bowiem określa on sposób poboru opłat za nielegalne zużycie oraz tryb ich egzekucji, to tym samym wyklucza ich dochodzenie przez wierzyciela – przedsiębiorstwo energetyczne w drodze powództwa cywilnego. Podkreślenia wymaga, w ocenie Sądu, fakt, iż przepisy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, pomimo wielokrotnych zmian, nie uregulowały wprost egzekucji należności pieniężnych, których wierzycielami nie są organy administracji, a nowelizacja ustawy Prawo energetyczne nie objęła art. 57 tej ustawy. Zatem należy przyjąć, że ustalenie długu następuje w drodze „orzeczenia” uprawnionego podmiotu. Za takie „inne” orzeczenie można uznać fakturę wystawioną przez wierzyciela, którym w tym wypadku jest przedsiębiorstwo energetyczne.

Również Sąd Najwyższy stoi na stanowisku, iż w art. 57 ustawy Prawo energetyczne utrzymany został, istniejący już w poprzednim stanie prawnym, szczególny tryb egzekwowania odpowiedzialności odszkodowawczej za nielegalny pobór energii lub paliw. Szczegółności tego trybu Sąd Najwyższy upatruje w fakcie, że mimo równorzędności stron znamiennej dla stosunku cywilnoprawnego, pozycja jednej z nich tj. dostawcy energii, została z woli ustawodawcy wzmocniona. W razie niezaspokojenia roszczenia dostawca nie wchodzi z odbiorcą w spór sądowy. Podstawę nałożenia i egzekwowania obowiązku wyrównania szkody stanowią bowiem udokumentowane twierdzenia samego dostawcy tj. stwierdzenie faktu nielegalnego poboru i wyliczenie należności kompensującej szkodę (postanowienie SN z dnia 15.11.2002r. sygn. akt IV KKN 570/99).

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 9.04.2003r. (sygn. akt I CKN 252/2001) stwierdził, że pojęcie nielegalnego pobierania energii w rozumieniu art. 3 pkt 18 prawa energetycznego nie zawiera znamion odnoszących się do strony podmiotowej czynu, którą określa się jako winę w znaczeniu subiektywnym. To oznacza, że ustalenie nielegalnego pobierania energii nie wymaga badania winy sprawcy. Znamie podmiotowe czynu, noszącego cechę nielegalnego pobierania energii, nabierze znaczenia dopiero na etapie ustalania odpowiedzialności prawnej sprawcy, rodzaj tej odpowiedzialności będzie też decydował o postaci winy jako przesłanki odpowiedzialności. W procesie o odszkodowanie za nielegalne pobieranie energii, stanowiące czyn niedozwolony, wystarczy udowodnienie sprawcy winy nieumyślnej, odpowiedzialność karna, przewidziana w art. 278 § 5 ustawy Kodeks karny, wymaga natomiast wykazania sprawcy czynu winy umyślnej z zamiarem bezpośrednim, ponieważ przestępstwo określone w przytoczonym przepisie należy do kategorii tzw. przestępstw kierunkowych.

Zdaniem Prezesa NSA i Rzecznika Praw Obywatelskich spory interpretacyjne zarówno w orzecznictwie sądowym, jak i w piśmiennictwie prawniczym dotyczące wykładni art. 57 ustawy Prawo energetyczne uzasadniają, skierowanie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności tego przepisu Konstytucją RP. Wnioskodawcy stawiają w/w przepisowi zarzut naruszenia zasad poprawnej legislacji, polegający na braku przepisu określającego jaki dokument wystawiony przez przedsiębiorstwo energetyczne jest

orzeczeniem, które ustala dług (obowiązek) odbiorcy. Przyjmując jednakże możliwość odczytania art. 57 ustawy Prawo energetyczne w ten sposób, iż stanowi on podstawę do wystawiania przez przedsiębiorstwa energetyczne tytułów wykonawczych i egzekwowania opłat za nielegalny pobór energii, bez potrzeby uprzedniego uzyskania orzeczenia sądowego, konieczne jest, zdaniem wnioskodawców zbadanie, czy tak rozumiany przepis nie pozbawia obywateli prawa do sądu.

Trybunał Konstytucyjny nie rozpatrzył jeszcze powyższego wniosku Prezesa NSA i Rzecznika Praw Obywatelskich, dlatego też ocena działań spółki Enion podejmującej czynności egzekucyjne bez wyroku sądowego, pod kątem naruszenia art. 8 ustawy antymonopolowej musi uwzględniać fakt, iż art. 57 ustawy Prawo energetyczne jest przepisem aktualnie obowiązującym. Oznacza to, iż nawet jeśli brak jest jednolitego orzecznictwa oraz poglądów doktryny, a konstytucyjność przepisu jest kwestionowana, nie można przedsiębiorstwu energetycznemu czynić zarzutu, iż postępuje zgodnie z korzystną dla niego i akceptowaną przez sądy interpretacją tego przepisu. W działaniach tych nie można dopatrzeć się przesłanki bezprawności, która jest immanentną cechą praktyk kwalifikowanych jako praktyki ograniczające konkurencję.

Analizując natomiast aktualne możliwości obrony odbiorców przed nieuzasadnionym zarzutem nielegalnego poboru energii elektrycznej, stwierdzić należy, iż są one ograniczone. Po wszczęciu egzekucji sprowadzają się one do możliwości wniesienia zarzutów na podstawie art. 33 pkt 1 ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji. Nie jest to jednak środek, który może spowodować rozstrzygnięcie sprawy przez organ egzekucyjny albowiem ten nie rozpatruje spraw od strony merytorycznej, a poza tym, w świetle art. 34 § 1 tej ustawy, wypowiedź wierzyciela co do zarzutów zobowiązanego jest dla organu egzekucyjnego wiążąca.

Ponadto zgodnie z treścią wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7.09.1999r. (sygn. I Aca 363/99) „z dniem 4.10.1997r. (data wejścia w życie ustawy Prawo energetyczne) zakład energetyczny może poszukiwać swej należności za nielegalny pobór energii w trybie procesu cywilnego w formie powództwa o odszkodowanie bądź w trybie egzekucji administracyjnej. Nie wpływa to na dopuszczalność powództwa o ustalenie, że należność ta nie istnieje“. Dodać należy, że zgodnie z art. 35a ustawy o postępowaniu egzekucyjnym w administracji, jeżeli w toku egzekucji zobowiązany wniesie powództwo do sądu, wierzyciel, a więc przedsiębiorstwo energetyczne, po otrzymaniu powództwa zawiadamia o tym organ egzekucyjny, żądając wstrzymania postępowania egzekucyjnego do czasu prawomocnego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd. Powództwo zatem wstrzymuje postępowanie egzekucyjne.

Analiza powyższych przepisów prowadzi do wniosku, że aktualnie ograniczone są możliwości obrony konsumentów przed nieuzasadnionym zarzutem nielegalnego poboru energii elektrycznej i w związku z tym egzekwowaniem należności z tego tytułu przez przedsiębiorstwo energetyczne. Ograniczenie to wynika jednak wyłącznie z treści aktualnie obowiązujących przepisów prawa, a nie jest wynikiem nadużywania pozycji dominującej przez spółkę Enion. W związku z tym działanie Spółki polegające na kierowaniu tytułów egzekucyjnych do organów egzekucyjnych po stwierdzeniu nielegalnego poboru energii przez odbiorcę jest dozwolone przez art. 57 ust. 2 ustawy Prawo energetyczne, a tym samym nie narusza prawa. Ponadto zgodnie z częścią przywołanego wyżej orzecznictwa, stwierdzenie nielegalnego poboru energii przez przedsiębiorstwo energetyczne nie wymaga uprzedniego przeprowadzenia postępowania sądowego. W związku z tym zarzut Rzecznika stwarzania przez spółkę Enion konsumentom uciążliwych warunków dochodzenia swoich praw w przypadkach podejrzenia ich o nielegalny pobór energii, poprzez zmuszanie konsumentów do zapłaty należności z tytułu nielegalnego poboru energii elektrycznej bez wcześniejszego prawomocnego orzeczenia sądowego i bez przedstawienia dowodów uzasadniających takie twierdzenie jest nieuzasadniony.

Stąd też orzeczono jak w pkt II 2 sentencji.

III. Zgodnie z treścią art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli przedsiębiorca dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 8, Organ Antymonopolowy może nałożyć w drodze decyzji karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. W punkcie I sentencji niniejszej decyzji uznano za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy antymonopolowej praktykę spółki Enion polegającą na uzależnianiu zawarcia umowy od spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy, poprzez uzależnianie wznowienia dostarczania energii elektrycznej do odbiorców od zapłaty przez nich opłat z tytułu nielegalnego poboru energii.

Enion S.A. osiągnęła w 2005r. przychód w wysokości 4 407 570 342,92 PLN. 10% tej kwoty, a więc maksymalna kara, jaka może zostać nałożona na przedsiębiorcę zgodnie z art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynosi 440 757 034,29 PLN.

Przychód Oddziału w Częstochowie- Zakładu Energetycznego Częstochowa ze sprzedaży energii elektrycznej i usług przesyłowych odbiorcom taryfowym w 2005r. wyniósł 618 612 414,10 PLN. 10% przychodu tego Oddziału stanowi kwotę 61 861 241,41 PLN.

Kryteria brane pod uwagę przy ustalaniu kary pieniężnej na podstawie art. 101 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ustalone zostały w art. 104 w/w ustawy. Zgodnie z tym przepisem przy ustalaniu kary należy brać pod uwagę okres, stopień i okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy antymonopolowej.

Wysokość nałożonej kary powinna spełniać funkcję prewencyjną, tj. zapobiegać w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy antymonopolowej, a także represyjną, tzn. stanowić reperkusję za jej naruszenie. W zależności od stopnia naruszenia przepisów ustawy, ustala się funkcję prewencyjną lub represyjną za wiodącą.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Organ Antymonopolowy wziął pod uwagę, iż stosowana przez spółkę Enion praktyka ograniczająca konkurencję miała charakter eksploatacyjny; polegający na wykorzystaniu posiadanej silnej pozycji rynkowej kosztem słabszych uczestników rynku, w efekcie czego zagrożony jest interes publicznoprawny. Niedozwolone działania stosowane przez przedsiębiorcę wymierzone zostały zasadniczo we wszystkich kontrahentów, którym Spółka w wyniku przeprowadzonej kontroli zarzuciła nielegalny pobór energii elektrycznej i wstrzymała jej dostarczanie. W szczególności skutkami przedmiotowej praktyki zostali dotknięci najslabsi uczestnicy rynku – konsumenci, mający najmniejsze możliwości obrony swych praw naruszanych działaniem dominanta. Spółka nie osiągnęła jednak z tytułu stosowania tej praktyki wymiernych korzyści finansowych, ułatwiła sobie jedynie proces egzekucji należności pieniężnych od odbiorców. Miarkując karę Organ Antymonopolowy postanowił także wziąć pod uwagę, iż Spółka zaniechała stosowania praktyki o której mowa w pkt 1 sentencji. W odniesieniu do odbiorców, którzy dopuścili się nielegalnego poboru energii wskutek użycia magnesów neodymowych Spółka zaniechała działań polegających na uzależnianiu wznowienia dostarczania energii elektrycznej do odbiorców od zapłaty przez nich opłat z tytułu nielegalnego poboru energii z dniem 17.06.2005r., a więc jeszcze przed wszczęciem niniejszego postępowania antymonopolowego.

Przy ustalaniu wymiaru kary pieniężnej uwzględniono również okoliczność, iż ENION S.A. z siedzibą w Krakowie Oddział w Częstochowie – Zakład Energetyczny Częstochowa (jak również poprzednik prawny Zakład Energetyczny Częstochowa S.A.) nie dopuścił się wcześniej naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z

tym, iż praktyka ograniczająca konkurencję ograniczona była do jednego z Oddziałów spółki Enion przy ustalaniu wysokości kary wzięto przede wszystkim pod uwagę wysokość przychodów uzyskanych przez Oddział w Częstochowie.

W związku z powyższym ustalono wysokość kary na kwotę 100 000 PLN (słownie złotych: sto tysięcy). W ocenie Organu Antymonopolowego wymierzona kara stanowiąca około 0,023% maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 101 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest adekwatna do stopnia naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Równocześnie kara ta stanowi około 0,016% przychodu Oddziału w Częstochowie i jeżeli 10 % tego przychodu przyjąć jako karę maksymalną to wymierzona kara stanowi 0,16% tej kwoty. Organ Antymonopolowy uznał, że orzeczona kara powinna spełniać przede wszystkim funkcję prewencyjną i dyscyplinującą, tak aby zapobiec w przyszłości naruszeniom przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wobec powyższego orzeczono jak w pkt III sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 105 ust. 4 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51101010100078782231000000.

Stosownie do treści art. 78 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 Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Katowicach.

Dyrektor Delegatury
Urzędu Ochrony Konkurencji
i Konsumentów w Katowicach
Alicja Kral