



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

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

RPZ- 411/31/06/JK

Poznań, dnia lipca 2007 r.

DECYZJA Nr RPZ 40/2007

Na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.) oraz stosownie do art. 28 ust. 6 tej ustawy i § 6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2002 r. *w sprawie określenia właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów* (Dz.U. Nr 18 z 2002 r., poz.172 z późn. zm.) a także w związku z art. 131 ust. 1 oraz art. 136 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (Dz. U. Nr 50, poz. 331),

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

umarza się postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek Zespołu Elektrowni Pątnów – Adamów – Konin S.A z siedzibą w Koninie w związku podejrzeniem nadużywania przez Kopalnię Węgla Brunatnego Konin S.A. z siedzibą w Kleszczewie pozycji dominującej na lokalnym rynku sprzedaży węgla brunatnego dla dwóch należących do Wnioskodawcy elektrowni: Konin i Pątnów, poprzez:

1. narzucanie Zespołowi Elektrowni Pątnów – Adamów – Konin S.A nadmiernie wygórowanych cen węgla, co mogło stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt. 1 wyżej wskazanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15 grudnia 2000 r.,
2. ograniczanie produkcji i zbytu węgla brunatnego dostarczanego Zespołowi Elektrowni Pątnów – Adamów – Konin S.A., co mogło stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt. 2 wyżej wskazanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15 grudnia 2000 r. .

UZASADNIENIE

Wnioskiem z dnia 19 grudnia 2006 r., uzupełnionym pismami z 8 stycznia 2007 r., 13 marca 2007 r., 28 marca 2007 r. i 29 czerwca 2007 r. Zespół Elektrowni Pątnów – Adamów – Konin S.A. z siedzibą w Koninie (dalej: Wnioskodawca lub ZE PAK) wystąpił o wszczęcie postępowania antymonopolowego przeciwko Kopalni Węgla Brunatnego Konin S.A z siedzibą w Kleszczewie (dalej: Kopalnia lub KWB Konin), której zarzucił nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku sprzedaży węgla brunatnego dla dwóch elektrowni

należących do Wnioskodawcy – elektrowni Pątnów i elektrowni Konin. W ocenie ZE PAK, Kopalnia wbrew postanowieniom wiążącej strony umowy z 31 grudnia 1996 r. i późniejszego porozumienia z 20 października 2004 r. ogranicza wielkość dostaw a za dostawy przekraczające określone przez siebie limity żąda znacznie wyższej, niż umówiona ceny. Zdaniem Wnioskodawcy art. 4 tej umowy i wieloletnia praktyka wyraźnie regulują zasady określania jego zapotrzebowania, stanowiąc, w jakim trybie określane są prognozy wieloletnie, roczne, kwartalne i miesięczne. W jego opinii, ostateczne i wiążące określenie jego potrzeb następuje w toku ustaleń między właściwymi służbami obu stron, dokonywanymi na bieżąco, na każdą dobę. Na podstawie tego ustalenia wystawiane jest pisemne zamówienie. Tak ustaloną ilość węgla Kopalnia ma obowiązek dostarczyć, a Wnioskodawca odebrać i zapłacić. Natomiast KWB stanęła na stanowisku, że składane przez Wnioskodawcę prognozy powinny zawierać jednakowe dane, tj. informacja (prognoza) kwartalna i miesięczna powinna ściśle odzwierciedlać średnią wielkość podaną w planie rocznym. Te wielkości KWB zaczęła traktować za wiążące ją zamówienie, a każdą dostawę przekraczającą te limity uznawała za dostawy pozaumowne, od których zażądała znacznie wyższej ceny. Wnioskodawca zakwalifikował powyższe działania Kopalni jako praktyki polegające na nadużywaniu pozycji dominującej zakazane przepisami art. 8 ust. 2 pkt. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (tekst jednolity: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.; dalej: Ustawa)

We wniosku ZE PAK poinformował, że pismem z 29 czerwca 2006 r. Kopalnia wypowiedziała wieloletnią umowę, ze skutkiem na 31 grudnia 2006 r. W związku powyższym Wnioskodawca i Kopalnia prowadziły negocjacje w celu zawarcia nowej wieloletniej umowy. Mimo wielu spotkań stronom nie udało się ustalić nowych warunków dostaw węgla. Wnioskodawca wskazał również, że pismem z 13 grudnia 2006 r. Kopalnia jednostronnie zawiesiła negocjacje i ustaliła na rok 2007 cenę węgla o 16% wyższą od ceny obowiązującej w roku 2006. ZE PAK wniósł też o nadanie decyzji rygору natychmiastowej wykonalności.

Postanowieniem z 11 stycznia 2007 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatura w Poznaniu wszczął postępowanie antymonopolowe, w związku z podejrzeniem nadużywania przez Kopalnię pozycji dominującej na lokalnym rynku sprzedaży węgla brunatnego dla elektrowni Pątnów i Konin, polegającego na:

- narzucaniu Wnioskodawcy nadmiernie wygórowanych cen, co mogło stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt. 1 Ustawy.
- ograniczaniu produkcji i zbytu węgla brunatnego, co mogło stanowić naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 Ustawy.

W odpowiedzi na postawione zarzuty Kopalnia, pismem z 29 stycznia 2007 r., podniosła, że nie dopuściła się naruszenia przepisów ustawy. Przede wszystkim, nie narzuciła nadmiernie wygórowanych cen. Umowa z 31 grudnia 1996 r. nie przewidywała, wbrew standardom obowiązującym w umowach wieloletnich, formuły pozwalającej na dostosowywanie ceny węgla do zmieniających się warunków rynkowych. Dopiero porozumienie z 20 października 2004 r. wprowadzało zapis obligujący obie strony do wynegocjowania nowej ceny węgla do 31 marca 2005 r. Mimo istnienia formalnej podstawy zmiany cen i mimo toczonych nieprzerwanie negocjacji (w okresie 17 luty 2005 r. – 19 grudnia 2005 r. odbyło się sześć spotkań grup roboczych obu stron negocjujących cenę; w 2005 r. odbyło się też dziewięć spotkań zespołów mających na celu uzgodnienie nowej umowy wieloletniej) porozumienia, co do poziomu ceny bazowej węgla wskaźnikowego nie osiągnięto. W efekcie, ZE PAK od kwietnia 2001 r. do 31 grudnia 2006 r. płacił niezmienną

cenę. Warunki dostaw węgla w tak długim okresie uległy znaczącym zmianom, czego Wnioskodawca był świadomy. Był bowiem, w toku negocjacji, zapoznawany z przedkładanymi kalkulacjami. Trwające ponad rok negocjacje nie doprowadziły do uzgodnienia nowej ceny bazowej ani też nowej umowy wieloletniej. Według oświadczenia Kopalni, brak formuły pozwalającej na zmianę ceny, jak również brak jakichkolwiek postępów w rozmowach z Wnioskodawcą zmusiły ją do skorzystania z przewidzianego w umowie z 1996 r. instrumentu, to jest wypowiedzenia. Jednak w piśmie wypowiedzianym umowę Kopalnia podtrzymała gotowość dalszej współpracy oraz wolę kontynuowania negocjacji.

Kopalnia oświadczyła również, że w ostatnim dniu obowiązywania umowy wieloletniej, to jest 31 grudnia 2006 r. strony doszły do porozumienia w zakresie nowej ceny bazowej węgla wskaźnikowego oraz pozostałych warunków nowej umowy wieloletniej i umowa taka została zawarta. W opinii Kopalni, w jej zachowaniu brak było jakichkolwiek znamion nadużywania pozycji dominującej. Jej działania stanowiły jedynie próbę obrony przed bardzo agresywnymi zachowaniami Wnioskodawcy. Jednocześnie Kopalnia nie zakwestionowała stanowiska Wnioskodawcy, że na rynku właściwym, określonym przez nią jako rynek dostaw węgla brunatnego dla potrzeb wszystkich elektrowni Wnioskodawcy, posiada ona pozycję dominującą, jako dostawca. Jednakże, jej zdaniem, na tym samym rynku właściwym pozycję dominującą posiada też Wnioskodawca. Jako odbiorca.

Pismo Kopalni z 29 stycznia 2007 r. zawiera obszernie argumenty, wsparte stosownymi dokumentami, broniące jej stanowiska, że żądana przez nią cena ma ekonomiczne uzasadnienie (to twierdzenie wsparła ona m.in. dwoma ekspertyzami Polskiej Akademii Nauk) a przyjęty przez nią sposób określania zapotrzebowania ZE PAK wynika z wieloletniej praktyki, wspartej właściwymi unormowaniami umownymi.

W związku z powyższym, Kopalnia wniosła o wydanie, w oparciu o art. 11 ust. 1 Ustawy, decyzji o niestwierdzeniu stosowania przez nią praktyk ograniczających konkurencję oraz, alternatywnie, jedynie z ostrożności procesowej, o nie uwzględnienie wniosku o nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności.

W odpowiedzi na twierdzenia Kopalni Wnioskodawca, pismem z 28 lutego 2007 r., podtrzymał w całości swój wniosek. Przede wszystkim, zaprzeczył jakoby złożenie wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego było elementem jego strategii negocjacyjnej w toku uzgadniania nowej umowy wieloletniej i nowej ceny węgla. Wniosek ten nie mógł, wbrew twierdzeniom Kopalni, być zamierzonym wywieraniem na nią presji, skoro Kopalnia nie była o tym fakcie informowana, a porozumienie osiągnięto dwa tygodnie przed otrzymaniem przez nią zawiadomienia Urzędu o wszczęciu postępowania. ZE PAK podkreślił również fakt, że Kopalnia nie kwestionuje posiadania względem niego pozycji dominującej. Sam również nie zaprzeczył posiadania takiej pozycji względem Kopalni. Jednakże, Kopalnia w swej argumentacji nie uwzględnia zasadniczej różnicy w sytuacji rynkowej stron postępowania. KWB Konin działa w warunkach monopolu i nie styka się konkurencją, on zaś sprzedaje produkowaną energię elektryczną na wolnym, poddanym konkurencji rynku. W jego opinii, fakt ten wzmacnia pozycję negocjacyjną Kopalni. Dlatego nie znajdują usprawiedliwienia zachowania Kopalni, przykładowo jedynie wskazane we wniosku jako nadużycie jej pozycji rynkowej.

W piśmie tym przedstawiono ponownie obszernie argumenty uzasadniające twierdzenia o stosowaniu przez Kopalnię antykonkurencyjnych praktyk rynkowych. W kwestii wpływu faktu zawarcia nowej umowy wieloletniej na byt niniejszego postępowania Wnioskodawca oświadczył, że rozstrzygnięcie Prezesa Urzędu jest uzasadnione faktem, że nawet gdyby Kopalnia zaniechała stosowania zakazanych praktyk, to i tak zgodnie z art. 101

ust. 1 pkt. 1 Ustawy byłaby narażona na nałożenie kary, bowiem zaprzestanie stosowania praktyk nie zacierza faktu naruszenia przepisów ustawy. Jednak kontynuowanie postępowania jest przede wszystkim uzasadnione tym, że pomimo zawarcia nowej umowy KWB nie zaprzestała stosowania zarzucanych jej praktyk. Nadal bowiem dowolnie określa wielkość złożonego przez Wnioskodawcę rocznego i miesięcznego zapotrzebowania na węgiel (tak było w styczniu i lutym bieżącego roku). Takie zachowanie KWB Konin, polegające na limitowaniu dostaw, Wnioskodawca tłumaczy chęcią wymuszenia wyższej i nie znajdującej uzasadnienia w nowej umowie ceny węgla brunatnego za „dodatkowe dostawy”.

Pismem z 13 marca 2007 r. Wnioskodawca poinformował, że wyrokiem z dnia 13 marca 2007 r. Sąd Okręgowy w Poznaniu Sąd Gospodarczy oddalił w całości powództwo Kopalni o zapłatę wyższej niż umówiona ceny węgla za dostawy ponad ustalone przez nią w 2006 r. limity. Wyrok ten został wydany w wyniku sprzeciwu Wnioskodawcy od nakazu zapłaty wydanego w postępowaniu upominawczym w dniu 11 grudnia 2006 r. Tekst wyroku w tej sprawie Wnioskodawca przekazał Urzędowi pismem z 28 marca 2007 r.

Odnosząc się do twierdzeń Wnioskodawcy, wyrażonych w jego pismach z 28 lutego 2007 r. i z 13 marca 2007 r., Kopalnia pismem z dnia 20 kwietnia br. podtrzymała swoje wcześniejsze stanowisko i wnioski, co do sposobu rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Uzupełniła również opis stanu faktycznego, poprzez wskazanie na treści nowej umowy, regulujące zasady ustalania wielkości dostaw oraz poprzez wskazanie na porozumienie zawarte między stronami 30 grudnia 2006 r. w sprawie zsynchronizowania możliwości wydobywczych Kopalni i potrzeb Wnioskodawcy. Dodatkowo, poprzez wskazanie na wielkość zysków stron postępowania uzyskiwanych w latach 2004 i 2005, dowodziła, że ceny węgla były zaniżone. Szczegółowo uzasadniła również, między innymi, bezzasadność twierdzeń Wnioskodawcy o braku racjonalizacji jej kosztów, o nieporównywalnie wyższym niż w innych elektrowniach opalanych węglem brunatnym udziale kosztów zakupu węgla w cenie energii, o braku wystarczającego kompensowania ceną pogarszającej się jakości węgla.

W piśmie z dnia 29 czerwca 2007 r. Wnioskodawca podtrzymał wcześniej przedstawiane Kopalni zarzuty i przesłanki dowodzące stosowania przez nią praktyk ograniczających konkurencję. Przytoczył też wiele argumentów przeciwstawnych dla tezy Kopalni, że dowodem na niestosowanie praktyki polegającej na narzucaniu nadmiernie wygórowanych cen może być porównanie wielkości zysków stron postępowania. Porównanie to bowiem nie może abstrahować od analizy źródeł zysku Wnioskodawcy, a także analizy zaniechań Kopalni, prowadzących do jej niskich wyników finansowych. Wnioskodawca wskazał również na fakt manipulowania przez Kopalnię informacjami udzielanymi Prezesowi Urzędu. To wprowadzanie organu antymonopolowego w błąd polega na tym, że niektóre z postanowień porozumienia z 30 grudnia 2007 r. regulujące tryb planowania wielkości dostaw, wskazane przez Kopalnię w jej piśmie z 20 kwietnia, nie znalazły się w ostatecznej wersji tego porozumienia.

W ostatnim piśmie, złożonym już po zawiadomieniu stron o zamknięciu postępowania antymonopolowego i możliwości zapoznania się ze zgromadzonym materiałem dowodowym, datowanym na 17 lipca 2007 r., Kopalnia ponownie zaprzeczyła stosowaniu zarzucanych jej praktyk i powtórzyła wcześniej podnoszone argumenty. Szczegółowo wyjaśniła oczywistą swą pomyłkę, wskazując, że postanowienia, na które powoływała się w swoim piśmie z dnia 20 kwietnia odnoszą się nie do porozumienia z 30 grudnia 2006 r. lecz do protokołu z rozmów zespołu powołanego tym porozumieniem, rozmów odbytych 16 lutego 2007 r.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił, co następuje:

Wnioskodawca, Zespół Elektrowni Pątnów – Adamów – Konin S.A. w Koninie jest spółką prawa handlowego zarejestrowaną w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000021374, powstała z przekształcenia dawnego przedsiębiorstwa państwowego. Dwoma głównymi akcjonariuszami ZE PAK jest Skarb Państwa, posiadający 50% akcji i spółki z grupy Elektrim S.A. (posiadające ponad 41% akcji). Głównym przedmiotem działalności Wnioskodawcy jest wytwarzanie i dystrybucja energii elektrycznej (PKD 40.1). Energia elektryczna jest wytwarzana w trzech elektrowniach: Pątnów, Adamów i Konin, o zainstalowanej mocy wytwórczej, odpowiednio, 1.200 MW, 600 MW, 488 MW. Obecnie ZE PAK realizuje inwestycję Pątnów II, w wyniku której łączna zainstalowana moc wytwórcza zostanie zwiększona o 464 MW i osiągnie 2.744 MW.

Wszystkie kotły bloków energetycznych Wnioskodawcy są przystosowane do spalania węgla brunatnego. ZE PAK zaopatruje się w węgiel brunatny w dwóch kopalniach: Kopalni Węgla Brunatnego Adamów (zaopatrującej elektrownię Adamów) oraz Kopalni Węgla Brunatnego Konin (dostarczającego węgiel do dwóch elektrowni Wnioskodawcy: Pątnów i Konin). Budowany blok energetyczny Pątnów II będzie również zaopatrywany przez KWB Konin.

Uczestnik postępowania, Kopalnia Węgla Brunatnego Konin S.A. z siedzibą w Kleczewie, jest spółką prawa handlowego zarejestrowaną w Krajowym Rejestrze Sądowym pod numerem 0000010058, powstała z przekształcenia dawnego przedsiębiorstwa państwowego. Wyłącznym akcjonariuszem KWB Konin jest Skarb Państwa. Podstawowym przedmiotem jej działalności jest górnictwo i wzbogacanie węgla brunatnego (PKD 10.20). Jedynym odbiorcą wydobywanego przez Kopalnię węgla jest Wnioskodawca (z zastrzeżeniem, że około 3% - 4% tego węgla KWB sprzedaje innym, drobnym odbiorcom).

Przeprowadzane przez Skarb Państwa zmiany restrukturyzacyjne w polskiej energetyce, których częścią było utworzenie grupy energetycznej BOT (BOT Górnictwo i Energetyka S.A.), polegającej na konsolidacji następujących, dotąd odrębnych podmiotów gospodarczych: Elektrowni Bełchatów S.A., Kopalni Węgla Brunatnego Bełchatów S.A., Elektrowni Turów S.A., Kopalni Węgla Brunatnego Turów S.A. i Elektrowni Opole S.A., spowodowały, że KWB Konin i KWB Adamów pozostały jedynymi kopalniami węgla brunatnego w Polsce nie należącymi do tej samej grupy kapitałowej, w której jest ich jedyny odbiorca. W przypadku obu kopalni jest nim ZE PAK.

Właściwości fizykochemiczne oraz parametry ekonomiczne węgla brunatnego powodują, że transportowanie go na większe odległości nie jest opłacalne. Z zasady, elektrownie pracujące na węglu brunatnym są zlokalizowane w bezpośrednim sąsiedztwie kopalni. Układ kopalnia węgla brunatnego – elektrownia jest więc szczególnym związkiem przedsiębiorstw. Bardzo silne są w nim nie tylko związki funkcjonalne i technologiczne, ale również ekonomiczne. Żaden z uczestników tego układu nie może funkcjonować bez kontrpartniera. W zakresie obrotu węglem każdy z nich występuje w roli jedynego kontrahenta. Obie strony wzajemnie wpływają na ich sytuację ekonomiczną, i to do tego stopnia, że upadłość jednej z nich oznacza upadłość drugiej. Warunki dostaw węgla stają się kluczową determinantą ich kondycji finansowej i dlatego na ich tle, w przypadku, gdy są własnością różnych podmiotów, dochodzi do częstych napięć i konfliktów, rozwiązywanych najczęściej w drodze negocjacji.

Do 31 grudnia 2002 r. ceny węgla brunatnego w obrocie między kopalniami a elektrowniami były zatwierdzane, w drodze decyzji administracyjnej, przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki. W wyniku uchylecia art. 48 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. prawo energetyczne (tekst jednolity Dz. U. z 2006 r., Nr 89, poz. 625) ceny te są przez kontrahentów swobodnie kształtowane.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Podstawą zastosowania przepisów Ustawy jest ustalenie, czy w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Bowiem zgodnie z art. 1 ust.1 Ustawy, określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów.

W wyroku z dnia 24 stycznia 1991 r. w sprawie Amr 8/90 (Wokanda 1992/2/39) Sąd Antymonopolowy podkreślił, że naruszenie interesu publicznoprawnego może mieć przykładowo miejsce, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest "szerszy krąg uczestników rynku". Podobne stanowisko w tej kwestii zajął Sąd Najwyższy (por. przykładowo uzasadnienia wyroków z dnia 29 maja 2001 r. w sprawie I CKN 1217/98, OSNC 2002 r., z. 1, poz. 13, czy wyrok z dnia 28 stycznia 2002 r., I CKN 112/99, OSNC 2002 r., z. 11, poz. 144), który interes publiczno-prawny konfrontował z interesem indywidualnym. I tak w pierwszym z ww. wyroków Sąd Najwyższy argumentował, iż „w odniesieniu do przedsiębiorców ustawa chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym, zbiorowym, a nie indywidualnym czy nawet grupowym w rozumieniu sumy indywidualnych interesów konsumentów. Działaniami antykonkurencyjnymi, bądź antykonsumenckimi są więc jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku. Nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy czy konsumenta, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie. Ingerencja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uzasadniona byłaby tylko wówczas, gdyby służyła ochronie tak pojętej konkurencji lub interesów konsumentów. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest więc ochrona prywatno – prawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsument”. Z kolei w wyroku z 12.09.2003 r. (sygn.akt I CKN 504/2001) Sąd Najwyższy zauważył jednak, że nie jest wykluczone podjęcie postępowania antymonopolowego nawet w przypadku, gdy postępowanie przedsiębiorcy kwalifikowane jako nadużycie pozycji dominującej dotknęło jednego odbiorcy. „Celem ustawy antymonopolowej jest m.in. zapewnienie ochrony konsumentów, co zostało wyrażone w jej art. 1 ust. 1. Użycie liczby mnogiej nie oznacza jednak, zdaniem Sądu Najwyższego, braku możliwości prowadzenia postępowania w sytuacji, gdy zagrożone są interesy jednego odbiorcy energii elektrycznej. Przedmiotem rozpoznawanej sprawy jest bowiem jeden z przejawów niedozwolonej praktyki monopolistycznej, za jaką co do zasady uznać należy przeliczanie całości kosztów przyłączenia do sieci elektrycznej na odbiorcę. Praktyka taka była szeroko stosowana. Nie ma, zdaniem Sądu Najwyższego, żadnych powodów, by uznać, że tego rodzaju postępowanie wszczynać można w wypadku zagrożenia interesów wielu odbiorców (pomijając już trudności z rozgraniczeniem progu ilościowego), a nie jest to możliwe w sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest tylko jeden konsument. Orzeczenie wydane w tego rodzaju sprawie, jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy, ma wymiar znacznie szerszy, pełni także funkcję prewencyjną, służy bowiem ochronie także nieograniczonej liczby kolejnych potencjalnych konsumentów.”

Jednakże, w ocenie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów podstawową przesłanką stwierdzenia, iż w niniejszej sprawie działałby on na rzecz ochrony

interesu publiczno-prawnego a ingerencja administracyjna w swobodę funkcjonowania obrotu gospodarczego byłaby konieczna jest zagrożenie bezpieczeństwa energetycznego, mogące być skutkiem domniemanego eksploatacyjnego nadużycia siły rynkowej Kopalni wobec mającego w polskim systemie energetycznym duże znaczenie jej kontrahenta. ZE PAK dostarcza na polski rynek około 12% wytwarzanej w Kraju energii elektrycznej i jest drugim, co do wielkości producentem tej energii otrzymywanej z węgla brunatnego. Moc zainstalowana w ZE PAK, wynosząca obecnie 2.288 MW, a w niedalekiej przyszłości 2.744 MW, stanowi około 10% mocy wszystkich polskich elektrowni. Osłabienie jej kondycji finansowej, będące skutkiem zawyżania przez dostawcę podstawowego surowca, mogłoby doprowadzić do zakłóceń we funkcjonowaniu tego wytwórcy energii elektrycznej. Nie mogłoby to nie wpłynąć na zrównoważenie bilansu energii Polski i jej w tym względzie bezpieczeństwo.

Stwierdzenie i zakazanie stosowania praktyk określonych w przepisie art. 8 Ustawy wymaga wykazania, że podmiot, któremu stawiano zarzut ich stosowania posiada na rynku pozycję dominującą i, że płynąca z tej pozycji siła rynkową wykorzystuje ze szkodą dla konkurentów, kontrahentów lub konsumentów. Kwestia, czy Kopalnia taką pozycję posiada jest więc przesądzającym dla wyników niniejszego postępowania rozstrzygnięciem.

Zgodnie z art. 4 pkt 8 Ustawy, przez pojęcie rynku właściwego rozumie się rynek towarów, które ze względu na przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane 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. Na rynek właściwy składa się rynek produktowy oraz rynek geograficzny. Z kolei art. 4 pkt 9 Ustawy określa pozycję dominującą jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

Kwestia, czy Kopalni można przypisać posiadanie pozycji dominującej sprowadza się do odpowiedzi na pytanie czy może ona działać „w znacznym zakresie niezależnie od kontrahenta”.

W teorii ekonomii relacje między kopalnią a elektrownią opisuje model dwustronnego monopolu (*ang. bilateral monopoly*). W takim modelu wyłączny sprzedawca (monopol – tu KWB Konin) pozostaje w relacjach handlowych z wyłącznym nabywcą (monopsonem – tu ZE PAK). Obie strony rynku są na siebie skazane. Żadna nie może zmienić partnera. Jak już wyżej wskazano, transport węgla brunatnego, ze względu na niską jego kaloryczność, a więc wysoką zawartość ilów i innych składników nieenergetycznych nie jest opłacalny, natomiast elektrownia ma kotły przystosowane do spalania jedynie węgla brunatnego. Upadek jednego z nich oznacza upadek drugiego. Jednak poprawa ekonomicznej kondycji jednej ze stron nie musi oznaczać poprawy u drugiej. Teoretycznie, ani sprzedawca ani nabywca nie mogą jednostronnie maksymalizować swoich zysków i są zmuszone do negocjowania poziomu cen oraz wielkości dostaw. W myśl teorii, istnieje wprawdzie wielka (choć skończona) liczba rozwiązań poziomu cen, a graniczne jej wielkości zawierają się w wąskim przedziale określanym przez progi rentowności każdej ze stron kontraktu, to jednak w długim czasie negocjacje muszą doprowadzić do takiego rozwiązania, w którym każda ze stron osiąga

satysfakcjonujące ją wynagrodzenie.¹ Jest to warunek istnienia obu stron kontraktu – trwała nierentowność jednej z nich prowadzić musi do jej upadłości, a konsekwencji upadłości i drugiej strony. W krótkim jednak horyzoncie istnieć może pokusa czerpania korzyści kosztem kontrpartnera.

Z punktu widzenia efektywności alokacji zasobów sytuacja dwustronnego monopolu o zrównoważonej sile kontraktowej jest porównywalna do modelu idealnej konkurencji – proces negocjacji dwóch tylko rynkowych „graczy” przynosi efekt podobny do rezultatów tysięcy transakcji dokonywanych w warunkach konkurencji, to znaczy cena będzie miała tendencję zbliżania się do ceny ustalanej w warunkach konkurencji. Dla znalezienia takiego optimum konieczna jest jednak, w toku negocjacji, współpraca i pełna przejrzystość warunków działania stron. W teorii ekonomii rozwiązanie to nazywane jest grą o stałej (zerowej) sumie.² Tak długo, jak istnieje wola wspólnego rozwiązywania spornych kwestii, a do najbardziej spornych należy poziom cen i wielkość dostaw, tak długo istnieje możliwość znalezienia optymalnych rozwiązań, nawet wtedy, gdy jedna ze stron ma nieznaczną przewagę rynkową.³

Sytuacja zmienia się diametralnie, gdy nie ma idealnej, lub prawie idealnej symetrii pozycji kontraktowych (rynkowych) stron bilateralnego monopolu. Strona mająca przewagę może realizować, przynajmniej w krótkim czasie, zyski kosztem zysków kontr-partnera. W teoretycznym modelu bilateralnego monopolu nie jest wprawdzie możliwe, aby cena trwale została ustalona na poziomie poniżej proggu rentowności którejkolwiek ze stron, to jednak w praktyce możliwe są rozwiązania, w których bądź monopolista, bądź monopsonista będzie zmuszony do prowadzenia działalności na warunkach przynoszących mu stratę.⁴

Nie ma wątpliwości, że Wnioskodawcę i Kopalnię wiążą związki o charakterze dwustronnego monopolu. Ze względu na fakt, że należą do różnych właścicieli (nie są, w odróżnieniu od kilku podobnych systemów „kopalnia węgla brunatnego – elektrownia” w Polsce przedsiębiorstwem wewnątrznie zintegrowanym) mają przeciwstawne interesy. Podstawowy problem sprowadza się więc do pytania, czy ten bilateralny monopol jest zrównoważony, inaczej mówiąc, czy strony mają jednakowe warunki dla znalezienia zadawalających je rozwiązań cenowych.

¹ Na podstawie: R.G. Noll, Buyer Power and Economic Policy, *Antitrust Law Journal*, No. 2 (2005), z: www.antitrustinstitute.org/Archives/387.ashx. Por. też: R.D. Blair, D.L. Kaserman, A Note on Bilateral Monopoly and Formula Price Contracts, *The American Economic Review*, June 1977, z: www.links.jstor.org/sici/sici.

² W analizie równowagi dwustronnego monopolu zastosowanie znajduje teoria gier. Gra o stałej (zerowej) sumie oznacza, że suma korzyści jest stała, przewaga którejkolwiek ze stron osiągnięta jest stratą drugiej strony. Grę o niestałej (niezerowej) sumie prowadziłyby strony w sytuacji, gdy dążyłyby do maksymalizacji nie tylko własnych zysków, ale też zysków łącznych. Zob. też: L. Jurdziak, Czy integracja pionowa kopalń odkrywkowych węgla z elektrowniami jest korzystna i dla kogo?, MPRA, marzec 2005 r., za: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/534>; L. Jurdziak, Negocjacje pomiędzy kopalnią węgla brunatnego a elektrownią jako kooperacyjna, dwuetapowa gra dwuosobowa o sumie niezerowej, MPRA, luty 2006 r., za: <http://mpra.ub.uni-muenchen.de/478>.

³ S. Dasgupta, S. Devadoss, Equilibrium Contracts in a Bilateral Monopoly with Unequal Bargaining Power, *International Economic Journal*, No 1/Spring 2002.

⁴ Obszerne piśmiennictwo amerykańskie powstałe na gruncie wyroków sądów rozstrzygających sprawy między organizacjami (kartelami) zawiązywanych dla zrównoważenia siły przedsiębiorstw mających pozycję monopolistyczną (najczęściej je monopsonu, w doktrynie określanych jako kartele równoważące *buyer power*). W szczególności glosy R.A. Posner'a do wyroków: *Tampa Electric Co. V. Nashville Coal Co.* (365 US 320), *United Farmers Agents v. Farmers Ins. Exchange* (89 F.3d 233), *Chicago Professional Sports Ltd. V. NBA* (95 F.3d 593, 597), *Walgreen Comp. v. Sara Creek Property Comp. B.V* (966 F.2d 273), za: www.projectposner.org

Pierwsze analizy wskazywały, wbrew dotychczasowej praktyce organu antymonopolowego, na możliwość dysponowania przez Kopalnię przewagą dającą jej siłę do jednostronnego narzucenia warunków współpracy z Wnioskodawcą. Podstawową przesłanką wszczęcia postępowania antymonopolowego i podjęcia analiz ekonomicznych i prawniczych służących weryfikacji dotychczasowego stanowiska o zrównoważonej sile rynkowej uczestników bilateralnego monopolu był fakt wypowiedzenia wieloletniej umowy, odstąpienia od negocjacji i arbitralnego określenia warunków dostaw węgla przez Kopalnię. W opinii organu antymonopolowego, swym działaniem Kopalnia uprawdopodobniła hipotezę mówiącą o możliwości istnienia niezrównoważonego układu sił, pozwalającego jej na krótkookresowe eksploatowanie kontrpartnera.

Jednak powzięcie, w toku postępowania, informacji o podpisaniu 31 grudnia 2006 r. nowej umowy wieloletniej, w zasadniczych kwestiach niemal identycznej z umową wcześniejszą (z roku 1996), a w kwestii ceny daleko odbiegającej od pierwotnych żądań Kopalni (wyrażonych w piśmie z 13 grudnia 2006 r.) oraz oczekiwań Wnioskodawcy, nakazuje przyjąć, że w warunkach działania obu stron postępowania uzyskanie przewagi przez którąkolwiek z nich i jej (nawet krótkotrwałe) wykorzystywanie, chociaż teoretycznie możliwe, nie miało miejsca. Przekonuje o tym zwłaszcza porównanie postanowień umów wieloletnich. Strony osiągnęły kompromis - i dały temu wyraz w normach zawartych w artykule czwartym nowej umowy - w kwestiach najbardziej spornych, czyli określania zapotrzebowania Wnioskodawcy na węgiel (wieloletniego, rocznego, kwartalnego, miesięcznego funkcjonujących dobowego). Uzgodniono więc takie kwestie jak: tryb zgłaszania potrzeb i ich aktualizowania, procedury związane z odmową akceptacji zgłoszonych potrzeb, skalę tolerancji odstępstw między zgłoszonym zapotrzebowaniem a ilością faktycznie odebraną oraz warunki odpowiedzialności stron za niedotrzymanie umowy w tych kwestiach. Uzgodniono również cenę obowiązującą w 2007 r. i formułę oraz procedurę indeksacji cen w kolejnych latach.

Na stanowisko Prezesa Urzędu wpłynęło również porównanie funkcjonujących w obrocie między stronami poziomów cen bazowych węgla:

- cena płacona przez ZE PAK w okresie kwiecień 2001 – 31 grudzień 2006, wynikająca z umowy wieloletniej z 1996 r. [usunięto]
- żądania Kopalni wyrażone w piśmie z 13 grudnia 2006 r.:
 - w rozliczeniach dostaw roku 2006 [usunięto]
 - za dostawy w 2007 r. [usunięto]
- cena ustalona w umowie wieloletniej z 31 grudnia 2006 r. [usunięto]

Uzgodniona na rok 2007 cena ma wyraźnie kompromisowy charakter, jest bowiem wyższa od dotychczas obowiązującej o 6,8% oraz niższa od o ceny żądanej przez Kopalnię dla dostaw w 2006 r. o 5,48% (różnica między oczekiwaną przez Kopalnię ceną dla dostaw 2007 r. i ceną uzgodnioną jest wyższa i wynosi 8,62%). Powyższe wskazuje, że strony osiągnęły niemal idealną równowagę w skali ich ustępstw na rzecz kontrpartnera.

Powyższe nakazuje przyjąć, że strony mają wzajemnie znoszącą się siłę rynkową, co znaczy, że żadna z nich nie posiada względem drugiej pozycji dominującej.

Niniejsze rozstrzygnięcie wspiera wieloletnia praktyka i orzecznictwo Urzędu dotyczące sporów przedsiębiorstw będących w podobnych związkach technologicznych, funkcjonalnych i rynkowych – w sytuacji dwustronnego monopolu. Tytułem przykładu wskazać należy na następujące decyzje organu antymonopolowego: RPZ 9/1993, RWA 7/1998. Za taką oceną tej sytuacji przemawiałoby także orzecznictwo europejskie. Jakkolwiek

powstało ono na tle oceny zgłoszonych koncentracji, a nie stosowania antykonkurencyjnych praktyk rynkowych, to wskazywałoby na traktowanie opisanej sytuacji jako rynku zrównoważonego, bez istnienia dominacji po którejkolwiek ze stron. Wprawdzie w orzeczeniach tych nie chodziło o tak jednoznaczne sytuacje, jak w opisywanym przypadku (monopol-monopson), a jedynie o wyrażenie zgody na formowanie oligopolu, jako przeciwwagi dla oligopolu już istniejącego, to podstawowym argumentem stosowanym przez Komisję, było stwierdzenie istnienia „wzajemnej zależności” uniemożliwiającej nadużycie siły rynkowej zarówno przez już funkcjonujących silnych przedsiębiorców, jak i nowopowstałe podmioty.⁵

Biorąc pod uwagę okoliczność, iż nie jest spełniona podstawowa przesłanka pozwalająca na stwierdzenie stosowania praktyk ograniczających konkurencję, postępowanie w niniejszej sprawie uznać należy za bezprzedmiotowe. Posiadanie pozycji dominującej na prawidłowo określonym rynku właściwym, do którego to określenia doszło w przedmiotowej sprawie dopiero po wszczęciu niniejszego postępowania, jest bowiem warunkiem wstępnym, a zarazem koniecznym dla prowadzenia postępowania antymonopolowego pod kątem stwierdzenia stosowania praktyk ograniczających konkurencję (wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 17 lipca 2002r., sygn. akt XVII Ama 103/2001, Wokanda 2004/2 str. 51, wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 10 kwietnia 2006r., sygn. akt XVII Ama 89/05, niepubl.). Przesłanka umorzenia postępowania istniała w niniejszej sprawie przed wszczęciem postępowania antymonopolowego i została w nim ujawniona.

Wobec powyższego bezcelowa stała się analiza pozostałych przesłanek koniecznych dla stwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję przez Kopalnię, a podstawą rozstrzygnięcia Prezesa Urzędu w niniejszej sprawie stał się przepis art. 105 § 1 k.p.a., zgodnie z którym organ administracji państwowej wydaje decyzję o umorzeniu postępowania, gdy postępowanie z jakiegokolwiek przyczyny stało się bezprzedmiotowe. Okoliczności stanowiące podstawę do umorzenia postępowania mogą pojawić się zarówno przed wszczęciem postępowania, jak i w jego trakcie. Przepis art. 105 § 1 k.p.a. ma zatem zastosowanie także wówczas, gdy przesłanka czyniąca postępowanie bezprzedmiotowym istniała już w chwili jego wszczęcia, ale stała się organowi znana dopiero w toku postępowania administracyjnego.

Umorzenie postępowania nie jest zależne ani od woli organu administracji, ani, tym bardziej, pozostawione do uznania organu - organ ten jest zobowiązany do umorzenia postępowania w przypadku stwierdzenia jego bezprzedmiotowości.

Niezależnie od powyższych rozważań i wniosków, rozstrzygając zasadność zarzutów postawionych Kopalni nie sposób pominąć źródeł sporu między Kopalnią a ZE PAK. Jest nią odmienna interpretacja art. 4 umowy wieloletniej z 31 grudnia 1996 r. Rozbieżności w rozumieniu treści tych postanowień, jak wskazuje treść uzasadnienia wniosku o wszczęcie postępowania, stał się bezpośrednią przyczyną jego złożenia.

Jak podkreśla ZE PAK, w dziesięcioletniej praktyce stosowania tej umowy postanowienia te nie budziły wątpliwości. Informacje dotyczące ilości węgla jaki będzie potrzebny w ciągu danego roku, kwartału, miesiąca, czy wreszcie każdy dzień miesiąca były rozumiane jako niewiążące prognozy. Wiąząca natomiast, tj. traktowana jako zobowiązanie

⁵ Tak na przykład w: *Enso/Stora* IV/M.1225, par. 86 i 97, *Hutchison/RCPM/ECT* M.1412, par. 119, *Pirelli/BICC* M. 1882, par. 77-80.

Kopalni do dostarczenia, a z drugiej strony zobowiązanie ZE PAK do odbioru, była ilość węgla ustalana na każdą dobę przez Dyżurnego Inżyniera Ruchu Elektrowni Pątnów i Konin i zakomunikowana Dyspozytorowi Ruchu Kopalni. Kopalnia natomiast, od lipca 2006 r. prezentuje stanowisko sprowadzające się do tezy, że ustalana na każdą dobę przez Dyżurnego Inżyniera Ruchu ilość węgla może być uznana za wiążącą pod warunkiem, że będzie mieściła się w ramach średnich rocznych (kwartalnych, miesięcznych, dobowych) wielkości dostaw ustalonych zgodnie z art. 4 ust. 3 umowy wieloletniej, uwzględniając 10 % tolerancję dla prognozy wieloletniej i rocznej, których przekroczenie wymaga dodatkowych uzgodnień. W konsekwencji, w przypadku wyczerpania tak określonego limitu miesięcznego Kopalnia uznawała, iż dalsze dostawy mają charakter dodatkowy, nie przewidziany w umowie wieloletniej, co w związku ze zwiększonymi kosztami nieplanowanych wcześniej dostaw uprawnia Kopalnię do zaoferowania tych dostaw po cenie [usunięto] za tonę. U podłoża tej argumentacji leży zarzut określania przez ZE PAK, począwszy od 2005 r., zapotrzebowania w sposób niezgodny z umową wieloletnią, a mianowicie w postaci widełkowej.

Nie przedstawiając szczegółowej argumentacji, którą obie strony podnoszą na obronę swojego stanowiska, nie może ująć uwadze cywilnoprawna natura tego sporu. W tym kontekście nie ma wątpliwości, iż któraś ze stron błędnie interpretuje postanowienia umowy wieloletniej i w ostatecznym rachunku spotka się z zarzutem niewłaściwego wykonywania umowy. Innymi słowy mamy do czynienia, pod wieloma względami, z typowym konfliktem pomiędzy przedsiębiorcami wynikłym z niewłaściwego wykonania umowy wzajemnej, jaką niewątpliwie jest umowa dostawy węgla brunatnego. Fakt, iż jeden z nich, a w okolicznościach niniejszej sprawy obaj, są jedynymi uczestnikami rynku po stronie podażowej i popytowej, nie może sam przez się stanowić podstawy do stwierdzenia posiadania przez Prezesa Urzędu kompetencji do jego rozstrzygnięcia. Interesy stron mogą i są chronione w postępowaniu przed sądem powszechnym, który w sposób wiążący spór rozstrzygnie.

Biorąc powyższe pod uwagę należało orzec jak w sentencji.

W dniu 21 kwietnia 2007 r. weszła w życie ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331) na podstawie której straciła moc ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity Dz. U. 2005 r., Nr 244, poz. 2080, ze zm.: Dz. U. z 2006 r. Nr 157, poz. 1119; Nr 170, poz. 1217 i Nr 249, poz. 1834). Zgodnie z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331), do postępowań wszczętych przed dniem 21 kwietnia 2007 r. stosuje się przepisy ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

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

Otrzymują:

- 1) Igor Muszyński
Kancelaria Chadbourne & Parker LLP
Rdzikowski, Szubielska i Wspólnicy
ul. Emilii Plater 53, 00-113 Warszawa
Pełnomocnik ZE – PAK

- 2) Tomasz Chmal
White & Case W. Daniłowicz, W. Jurcewicz i Wspólnicy
Kancelaria Prawna sp. k.
ul. Marszałkowska 142, 00-061 Warszawa
Pełnomocnik KWB Konin