



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

KONTROLA KONCENTRACJI W SEKTORZE ELEKTROENERGETYCZNYM

Szymon Wojciech Gołębowski

Warszawa 2013

KONTROLA KONCENTRACJI W SEKTORZE ELEKTROENERGETYCZNYM

Szymon Wojciech Gołębiowski



Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Warszawa 2013

Wszelkie opinie wyrażone w niniejszym opracowaniu są osobistymi opiniami autora i nie mogą być utożsamiane ze stanowiskiem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Copyright 2013 Szymon Wojciech Gołębiowski. Wszelkie prawa zastrzeżone.

ISBN 978-83-60632-85-7

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl

Skład, druk i oprawa:
Partner Poligrafia
Białystok, ul. Zwycięstwa 10
www.partnerpoligrafia.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	6
Wstęp.....	8
Rozdział I Zastosowanie prawa konkurencji w sektorze sieciowym	9
1.1. Specyfika działalności gospodarczej w sektorze sieciowym.....	9
1.2. Regulacje sektorowe	11
1.3. Doktryna <i>essential facilities</i>	13
1.4. Rozdzielenie działalności (<i>unbundling</i>)	15
1.5. Wnioski	15
Rozdział II Pojęcie koncentracji	17
2.1. Zagrożenia dla gospodarki wynikające z koncentracji.....	18
2.2. Koncentracje w ujęciu prywatnoprawnym	18
2.3. Koncentracje na gruncie prawa konkurencji	19
2.3.1. Prawo unijne	19
2.3.2. Prawo polskie.....	21
2.4. Wnioski	22
Rozdział III Uczestnicy koncentracji w sektorze energii elektrycznej	23
3.1. Pojęcie przedsiębiorstwa w unijnym prawie ochrony konkurencji.....	23
3.2. Pojęcie przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji	25
3.3. Pojęcie przedsiębiorstwa energetycznego w prawie unijnym	28
3.4. Przedsiębiorstwo energetyczne w polskim prawie regulacji sektorowej	29
3.5. Sprzedawca z urzędu (<i>supplier of last resort</i>).....	31
3.6. Pionowa i pozioma integracja przedsiębiorstw energetycznych	32
3.7. Wnioski	33
Rozdział IV Rynki właściwe w sektorze energii elektrycznej	34
4.1. Rynek właściwy produktowo	36
4.1.1. Wytwarzanie i hurtowe dostawy energii elektrycznej (<i>generation and wholesale supply of electricity</i>)	37
4.1.1.1. Wytwarzanie energii elektrycznej.....	37
4.1.1.2. Hurtowe dostawy energii elektrycznej	38
4.1.2. Dostawy detaliczne energii elektrycznej (<i>retail supply</i>).....	40
4.1.2.1. Dostarczanie energii małym i dużym odbiorcom	40
4.1.2.2. Stopień liberalizacji rynku.....	41
4.1.3. Rynki związane z działalnością sieciową.....	41
4.1.3.1. Przesył energii elektrycznej (<i>transmission</i>).....	42
4.1.3.2. Dystrybucja energii elektrycznej (<i>distribution</i>).....	43
4.1.3.3. Zarządzanie siecią (<i>network management</i>).....	43
4.1.3.4. Usługi przyłączeniowe (<i>connection services</i>)	44
4.1.3.5. Usługi pomocnicze (<i>ancillary services</i>) oraz bilansowanie systemu (<i>balancing energy</i>)	45
4.1.3.6. Usługi pomiarowe (<i>metering services</i>).....	46

4.1.4. Obrót energią elektryczną (<i>electricity trading</i>)	47
4.1.4.1. Obrót pozagiełdowy (<i>OTC</i>) i obrót na giełdzie towarowej (<i>pool</i>)	48
4.1.4.2. Obrót derywatami elektroenergetycznymi (<i>financial electricity trading</i>)	49
4.2. Rynek właściwy geograficznie	51
4.2.1. Wytwarzanie i hurtowe dostawy energii elektrycznej	51
4.2.2. Dostawy detaliczne energii	53
4.2.3. Przesył energii	55
4.2.4. Dystrybucja energii	56
4.2.5. Bilansowanie systemu i usługi pomocnicze	57
4.2.6. Zarządzanie, usługi pomiarowe i przyłączeniowe	58
4.2.7. Obrót energią elektryczną	58
4.3. Wnioski	60
Rozdział V Jurysdykcja organów antymonopolowych	62
5.1. Ekstraterytorialne stosowanie prawa konkurencji	62
5.2. Podział kompetencji pomiędzy Komisję Europejską a organy ochrony konkurencji państw członkowskich	65
5.2.1. Koncentracje o wymiarze wspólnotowym (unijnym) – kompetencja Komisji Europejskiej	66
5.2.2. Koncentracje podlegające właściwości Prezesa UOKiK	72
5.2.3. System odesłań między Komisją Europejską a krajowymi organami antymonopolowymi	76
5.2.3.1. Odesłanie sprawy z Komisji Europejskiej do państw członkowskich na etapie przednotyfikacyjnym (art. 4 ust. 4 rozporządzenia 139/2004)	76
5.2.3.2. Odesłanie sprawy z Komisji Europejskiej do państw członkowskich na etapie postnotyfikacyjnym (art. 9 rozporządzenia 139/2004 - tzw. „klauzula niemiecka”)	78
5.2.3.3. Odesłanie sprawy z państwa członkowskiego do Komisji Europejskiej na etapie przednotyfikacyjnym (art. 4 ust. 5 rozporządzenia 139/2004)	84
5.2.3.4. Odesłanie sprawy z państwa członkowskiego do Komisji Europejskiej na etapie postnotyfikacyjnym (art. 22 rozporządzenia 139/2004 - „klauzula holenderska”)	85
5.3. Wnioski	87
Rozdział VI Ochrona interesów państw członkowskich w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji	89
6.1. Bezpieczeństwo publiczne	90
6.2. Inny uzasadniony interes	93
6.3. Złota akcja jako właściwy środek w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004	95
6.4. Uprawnienia regulatora krajowego w odniesieniu do koncesji przedsiębiorstw energetycznych	96
6.5. Wnioski	99
Rozdział VII Analiza poszczególnych rodzajów koncentracji	100
7.1. Ocena koncentracji	101
7.2. Czynniki uwzględniane przy ocenie koncentracji	102

7.2.1. Udziały w rynku	102
7.2.2. Poziom koncentracji rynku	103
7.2.3. Bariery wejścia na rynek	103
7.2.3.1. Pionowa integracja przedsiębiorstw	104
7.2.3.2. Dodatkowe zdolności wytwórcze	104
7.2.3.3. Kontrakty długoterminowe (KDT)	104
7.2.3.4. Sprzedawca z urzędu i usługa kompleksowa	105
7.2.3.5. Bariery regulacyjne	105
7.2.3.6. Przepustowość połączeń międzysystemowych	106
7.2.3.7. „Lojalność” odbiorców końcowych wobec operatora zasiedziatego ...	106
7.2.3.8. Koszty osierocone (<i>stranded costs</i>)	107
7.2.3.9. Problem „podwójnej oferty” (<i>dual offer</i>)	107
7.2.3.10. Stopień rozwoju rynku obrotu energią	107
7.3. Koncentracje horyzontalne	108
7.3.1. Koncentracje horyzontalne na tym samym rynku właściwym produktowo i geograficznie	108
7.3.2. Koncentracje horyzontalne dokonywane na sąsiadujących rynkach właściwych geograficznie	109
7.4. Koncentracje wertykalne	111
7.5. Koncentracje konglomeracyjne (elektryczno-gazowe)	112
7.6. Środki zaradcze	114
7.6.1. Wyzbycie się kontroli nad przedsiębiorstwami (przedsiębiorcami)	115
7.6.2. Obowiązek nabycia/zbycia energii (zdolności wytwórczych)	117
7.6.3. Udostępnienie/zbycie infrastruktury i obowiązki inwestycyjne	117
7.6.4. Rozwiązanie kontraktów długoterminowych	118
7.7. Przestanki egzoneracyjne	119
7.7.1. Przejęcie upadającej spółki (<i>failing company defence</i>)	119
7.7.2. Rozwój ekonomiczny i postęp techniczny oraz pozytywny wpływ na gospodarkę narodową (art. 20 ust. 2 u.o.k.k.)	119
7.8. Wnioski	121
Zakończenie	123
Bibliografia	126
Źródła prawa	134

Wykaz skrótów

Akty prawne:

BIT	<i>Bilateral Investment Treaty</i> (Umowa dwustronna o wzajemnym popieraniu inwestycji)
ECT	<i>Energy Charter Treaty</i> (Traktat Karty Energetycznej oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, sporządzone w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994 r., Dz.U. 2003 r. Nr 105, poz. 985)
GATT	<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i> (Układ Ogólny w sprawie Taryf Celnych i Handlu)
u.gosp.kom.	Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. 1997 Nr 9, poz. 43 ze zm.)
k.c.	Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.)
k.p.a.	Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2000 r. Nr 98 poz. 1071 ze zm.)
k.p.c.	Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 r. Nr 43 poz. 296 ze zm.)
k.s.h.	Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.)
MiFiD	Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.Urz. WE L 145 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 263)
r.obl.obr.	Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz.U. 2007 r. Nr 134, poz. 935)
u.o.k.k	Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.)
ustawa CIT	Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych oraz o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania (Dz.U. 1992 Nr 21, poz. 86 ze zm.)
ustawa PIT	Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 212 r. Nr 361 ze zm.)
pr.energ.	Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz.U. 2012 r. Nr 1059)
pr.spółdz.	Ustawa z dnia 16 września 1982 r. - Prawo spółdzielcze (Dz.U. 2003, Nr 188, poz. 1848 ze zm.)
p.z.p	Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.)
TUE	Traktat o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83 z dnia 30 marca 2010 r., s. 13-83)
TFUE	Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83 z dnia 30 marca 2010 r., s. 47-199)
u.s.d.g.	Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 r. Nr 173, poz. 1807 ze zm.)

Inne:

AS	<i>Ancillary Services</i> (usługi pomocnicze)
CfD	<i>Contracts for Differences</i> (kontrakty na różnicę kursową)
DSO	<i>Distribution System Operator</i> (Operator Systemu Dystrybucyjnego)
M&A	<i>Mergers and Acquisitions</i> (Fuzje i Przejęcia)
M&R	<i>Maintanance and Repair</i> (Konserwacja i Naprawa Sieci)
OTC	<i>over-the-counter</i> (obróć pozagiełdowy)
TSO	<i>Trasmission System Operator</i> (Operator Systemu Przesyłowego)
VPP	<i>Virtual Power Plant</i> (Elektrownia Wirtualna)

Nazwy organów i instytucji:

DG	Dyrekcja Generalna (Komisji Europejskiej)
ICSID	<i>International Center for Settlement of Investment Disputes</i> (Międzynarodowe Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych)
OECD	<i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i> (Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju)
SOKiK	Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (XVII Wydział Sądu Okręgowego w Warszawie)
SPI	Sąd Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd)
TSUE (ETS)	Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
UOKiK	Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
URE	Urząd Regulacji Energetyki
WTO	<i>World Trade Organisation</i> (Światowa Organizacja Handlu)

Praca niniejsza stanowi analizę systemu kontroli koncentracji przedsiębiorstw (przedsiębiorców) działających na rynkach związanych z energią elektryczną. Ze względu na fakt, że energetyka (w ramach Unii Europejskiej) jest sektorem regulowanym, w zaprezentowanych rozważaniach prawo konkurencji i regulacja sektorowa przenikają się wzajemnie. Bogaty dorobek praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej (oraz nieco skromniejszy polskiego organu antymonopolowego) pozwala na wskazanie pewnych tendencji w zakresie stosowania unijnych i krajowych przepisów antymonopolowych wobec koncentracji przedsiębiorstw elektro-energetycznych. Nakładanie się reżimów regulacyjnych będzie rodziło konieczność rozgraniczenia kompetencji organów antymonopolowych i regulacyjnych. Unijny system kontroli koncentracji oznacza konieczność podziału kompetencji między Komisją Europejską a krajowymi organami ochrony konkurencji. W przypadku „strategicznych” koncentracji podział ten może kształtować się inaczej niż w odniesieniu do analogicznych transakcji dokonywanych na innych rynkach.

Celem niniejszej pracy jest zidentyfikowanie najważniejszych problemów pojawiających się na polu rozstrzygania przez organy antymonopolowe spraw kontroli koncentracji przedsiębiorstw energetycznych. Wzorem amerykańskiej myśli prawniczej O.W. Holmesa, rozważania poniższe mają doprowadzić do opisanego „prawa w działaniu” (*law in action*), tj. próby odpowiedzi na pytanie, jak zachowują się organy antymonopolowe przy rozstrzyganiu spraw koncentracji z udziałem szczególnego rodzaju podmiotów.

Sama ocena poszczególnych rodzajów koncentracji ma charakter analizy ekonomicznej i wykracza poza rozważania czysto prawnicze. Jest ona jednak dokonywana w oparciu o przepisy prawa, które kształtują kompetencje i pozycję ustrojową organów antymonopolowych. Szczególnego rodzaju nacisk został jednak położony na wykładnię przepisów prawa antymonopolowego i regulacji sektorowej, mogących znaleźć zastosowanie przy rozstrzyganiu spraw koncentracji przedsiębiorstw prowadzących działalność gospodarczą związaną z energią elektryczną.

Praca ta powstawała w trakcie rozstrzygania przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o koncentracji *PGE/Energa*. Organ antymonopolowy wydał w tej sprawie decyzję zakazującą dokonania koncentracji (decyzja Prezesa UOKiK z dnia 13 stycznia 2011 r., DKK-1/2011). Wyrokiem z dnia 14 maja 2012 r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie oddalił w całości odwołanie stron (wyrok w sprawie XVII Ama 41/11), uznając za zasadne stanowisko Prezesa UOKiK. Uczestnicy transakcji nie złożyli apelacji od tego orzeczenia. Decyzja ta była jedną z wielu spraw dotyczących koncentracji polskich przedsiębiorstw energetycznych, rozstrzyganych w związku z restrukturyzacją tego sektora w Polsce. Oznacza to, że w przyszłości możemy się spodziewać kolejnych postępowań, w których ujawnią się przeanalizowane w niniejszej pracy problemy prawno-ekonomiczne. Zestawienie dorobku decyzyjnego polskiego organu antymonopolowego z dotychczasową praktyką Komisji Europejskiej (m.in. sprawami *VEBA/VIAG* i *EDP/ENI/GDP*) umożliwi bardzo szerokie spojrzenie na analizowane zagadnienie.

Rozdział I Zastosowanie prawa konkurencji w sektorze sieciowym

Działalność związana z wytwarzaniem, przesyłaniem oraz dostarczaniem energii elektrycznej zaliczana jest tradycyjnie do tzw. działalności w ramach sektorów sieciowych, zwanych zamiennie infrastrukturalnymi¹. Do sektorów tych powszechnie przyjęto zaliczać także telekomunikację, pozyskiwanie, przesyłanie i dystrybucję gazu ziemnego, dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków, transport kolejowy, transport lotniczy oraz usługi pocztowe. Mimo pozornej odmienności w zakresie charakteru i rodzaju świadczonych za pomocą tych sieci usług, działalność w każdej z tych dziedzin odbywa się według podobnego schematu i wywołuje podobne problemy ekonomiczne, a przede wszystkim prawne. Intensywny rozwój infrastruktury sieciowej związany jest immanentnie z postępem technologicznym zapoczątkowanym już w XIX wieku². Wzrastające odtąd zapotrzebowanie na dobra i usługi dostarczane za pomocą sieci przesyłowych oraz dynamiczna industrializacja poszczególnych gospodarek, uczyniły urządzenia przesyłowe nieodłącznym elementem krajobrazu poszczególnych krajów, niezależnie od położenia geograficznego i stopnia rozwoju społeczno-gospodarczego. Konieczność istnienia i prawidłowego funkcjonowania tych sektorów jest niezależna od przyjętego przez dane państwo modelu gospodarki. Tradycyjnie za sektory sieciowe przyjęto uważać energetykę, dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków, pocztę, telekomunikację, lotnictwo i transport kolejowy. W zależności od stopnia zamożności danego społeczeństwa lub organizacji gospodarki, wahać się może jedynie liczba tych sektorów - jest ona wyższa w przypadku państw rozwiniętych, niższa w przypadku państw rozwijających się.

1.1. Specyfika działalności gospodarczej w sektorze sieciowym

Dobra i usługi dostarczane za pośrednictwem sieci przesyłowych mają zazwyczaj charakter tzw. usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (pojęciem tym posługuje się TFUE w art. 106 ust. 2), usług publicznych lub usług powszechnych³. Usługi dostarczane przy użyciu sieci przesyłowych (tj. przesyłanie energii elektrycznej, gazu ziemnego, sygnałów elektronicznych, przesyłek pocztowych, transport kolejowy, lotniczy, żegluga śródlądowa) są czynnikami produkcji mającymi istotne (egzystencjalne) znaczenie dla prawidłowego funkcjonowania społeczeństwa oraz gospodarki. Z ekonomicznego punktu widzenia mają one zatem charakter tzw. dóbr podstawowych, czyli charakteryzujących się sztywnym (nieelastycznym) popytem⁴. Oznacza to, że wzrost cen tych dóbr lub usług nie wpłynie w znaczący sposób na spadek ich konsumpcji. Członkowie danej społeczności wykazują stałe zapotrzebowanie na dobra (usługi) publiczne ze względu na ich znaczenie dla zaspokojenia podstawowych potrzeb poszczególnych jednostek i tym samym społeczeństwa jako całości. Zatem prawidłowe wytwarzanie i dostarczanie tych dóbr spoczywa w interesie publicznym rozumianym jako „interes dający się potencjalnie odnieść do wielu nieindywidualizowanych adresatów traktowanych jako wspólny podmiot”⁵. Oznacza to, że państwo ma obowiązek czuwać nad właściwym funkcjonowaniem tych sektorów i organizacją dystrybucji dóbr (usług) dostarczanych za pomocą sieci przesyłowych. Natomiast z cywilistycznego punktu widzenia charakter zachowania przedsiębiorcy sieciowego, polegający na stałym dostarczaniu dóbr, będzie kwalifikowany co do zasady jako tzw. świadczenie ciągłe, tj. niedające się podzielić na samoistne świadczenia lub części świadczenia⁶.

Rozpoczęcie działalności w sektorach sieciowych wymaga znaczącego zaangażowania kapitału w budowę sieci przesyłowej. Raz zainwestowany w rozbudowę sieci kapitał nie może zostać odzyskany w krótkim czasie przez inwestora sieciowego. Zaangażowane w utworzenie i rozbudowę

¹ M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 7.

² M. Maciejewski, M. Sadowski, *Powszechna historia gospodarcza od XV do XX wieku*, Wrocław 2007, s. 78-81.

³ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op.cit., s. 126.

⁴ R. Milewski, E. Kwiatkowski (red.), *Podstawy ekonomii*, Warszawa 2005, s. 48.

⁵ J. Boć, *Pojęcie administracji* [w:] J. Boć (red.), *Prawo administracyjne*, Wrocław 2010, s. 22.

⁶ P. Machnikowski, Art. 353 [w:] E. Gniewek (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 501.

sieci czynniki produkcji wymagają zatem od inwestora sieciowego posiadania znaczących zasobów kapitałowych, co stanowi barierę uniemożliwiającą wejście na taki rynek przedsiębiorcom działającym w innych, pozasektorowych działach gospodarki⁷. Natomiast samo prowadzenie działalności gospodarczej w tym sektorze nie wymaga zaangażowania już tak znaczących kosztów, a w miarę przyłączania do sieci nowych użytkowników końcowych powstaje tzw. efekt skali, co prowadzi do spadku kosztów prowadzenia działalności w stosunku do każdorazowo uzyskiwanej jednostki przychodu⁸. Niemniej urządzenia przesyłowe stanowią istotny element tradycyjnych sektorów sieciowych (m.in. energetyki, telekomunikacji, gazownictwa) i w większości jurysdykcji mają one wyraźnie wyodrębniony status prawny - w polskim prawie cywilnym kwestie te reguluje art. 49 § 1 k.c., gdzie są one określone jako „urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne”. Z kolei w 2008 r. polski ustawodawca, nowelizując kodeks cywilny⁹, wprowadził do katalogu ograniczonych praw rzeczowych służebność przesyłu w celu uregulowania stosunków między właścicielami nieruchomości obciążonych a przedsiębiorcami sieciowymi¹⁰.

Wysoka kapitałochłonność inwestycji, jaką jest budowa sieci przesyłowych, wyklucza większość „zwykłych” uczestników gry rynkowej z możliwości prowadzenia działalności w tych sektorach. Z ekonomicznego punktu widzenia urządzenia sieciowe można zaklasyfikować do kategorii dóbr publicznych rozumianych jako dobra, których jednostka potrzebuje, ale nie ma interesu ekonomicznego w ich wytworzeniu i eksploatacji jedynie na własne potrzeby¹¹. Nawet jednostka dysponująca odpowiednią ilością czynników produkcji nie będzie skłonna zainwestować w budowę sieci przesyłowej jedynie na indywidualny użytek, gdyż będą z niej korzystać także inne jednostki. Pojawia się tu często akcentowany w teorii ekonomii problem tzw. „gapowicza” lub „wolnego jeźdźcy” (*free rider's issue*)¹². Z tego też powodu czuwanie nad utworzeniem i właściwym funkcjonowaniem sektorów infrastrukturalnych jest zadaniem podmiotu publicznoprawnego (tj. realizującego interes publiczny), jakim jest państwo. Oczywiście, jeżeli będziemy rozumieli dobra publiczne jako rzeczy należące do państwa, z których może korzystać każdy, i nie mogące być przedmiotem obrotu prawnego (*res extra commercium*), to ze względu na prawo własności przedsiębiorstw sieciowych, niezależnie od tego, czy należą one do sektora państwowego, czy prywatnego, urządzeń tych nie można zakwalifikować jako dobra publiczne¹³.

Ponadto prowadzenie działalności w sektorze sieciowym odbywa się w warunkach tzw. monopolu naturalnego. Oznacza to, że w sektorze tym może efektywnie działać tylko jeden przedsiębiorca. Przedsiębiorca sieciowy nie ma interesu w udostępnieniu nowemu podmiotowi swojej sieci w celu świadczenia usług za jej pośrednictwem, a z kolei budowa i utrzymanie konkurencyjnej sieci jest przedsięwzięciem nieoptycznym ze względów technicznych (wysokie koszty stałe). Powstanie alternatywnej sieci podwoiłoby koszty utrzymania obu sieci, jednocześnie zmniejszając przesyłowość każdej z nich¹⁴. W rezultacie działalność obu podmiotów stałaby się nieoptyczna, a konkurencja między nimi byłaby swojego rodzaju „wojną na wyczerpanie”, w wyniku której przetrwałby ekonomicznie silniejszy, który po odzyskaniu kondycji finansowej przejąłby sieć upadłego konkurenta. Zatem wejście na rynek nowego uczestnika jest dla niego przedsięwzięciem nie tylko kosztownym, jak zostało to wykazane wyżej, ale również nieoptycznym.

⁷ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op. cit., s. 55.

⁸ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Mikroekonomia*, Warszawa 2000, s. 188-196.

⁹ Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 116, poz. 731).

¹⁰ Warto nadmienić, że problem uregulowania stosunków prawnych między właścicielem nieruchomości obciążonej a właścicielem sieci przesyłowej dostrzeżono już w prawie rzymskim, wyodrębniając wśród gruntowych służebności wiejskich (*servitutes praediorum rusticorum*) służebność przechodu, tj. uprawnienie do przejścia lub przejazdu przez cudzą nieruchomość (*servitus itineris*), prawo korzystania z drogi lub ulicy należącej do innej osoby (*servitus viae*), prawo przeprowadzenia instalacji wodociągowych przez cudzy grunt (*servitus aquaeductus*), a wśród służebności miejskich (*servitutes praediorum urbanorum*) prawo ścieku, tj. odprowadzania wody z własnego gruntu na sąsiedni (*servitus stillicidii*); por. W. Osuchowski, *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962, s. 326.

¹¹ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Mikroekonomia...*, op. cit., s. 103-104.

¹² Ibidem.

¹³ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op. cit., s. 124.

¹⁴ Ibidem, s. 59.

1.2. Regulacje sektorowe

Przez dziesięciolecia kształtowane były różne modele regulowania przez państwo sytuacji prawnej sektorów sieciowych. Władze poszczególnych państw miały wiele możliwości w tym zakresie - od powierzenia funkcjonowania tych sektorów organom administracji publicznej (lokalnej) po przyzwolecie na działalność prywatnych przedsiębiorców w tych sektorach. Niezależnie jednak od przyjętego przez dane państwo modelu, sektory te ze względu na strategiczne znaczenie dla gospodarki zawsze znajdowały się pod wzmożoną kontrolą władzy publicznej, co dostrzegalne jest w „ustawach sektorowych” po dzień dzisiejszy.

Pierwszym sposobem kształtowania tego typu relacji był tzw. system koncesyjny, upowszechniony w Europie Zachodniej (głównie we Francji, Niemczech i Austrii) w XIX wieku. Konsekwentnie realizowane przez państwo idee liberalizmu gospodarczego oraz brak należytego przygotowania fachowego organów administracji do świadczenia usług użyteczności publicznej wymusiły na ustawodawcach przekazanie prowadzenia działalności w sektorach sieciowych podmiotom prywatnym. Nie oznaczało to oczywiście rezygnacji władzy publicznej z kontroli nad strategicznymi dla funkcjonowania państwa sektorami. Przeciwnie, uznawano, że państwo posiada monopol w tych sferach gospodarki, który przekazuje prywatnemu podmiotowi poprzez udzielenie koncesji¹⁵. Koncesjonariusz uzyskiwał w ten sposób szereg kompetencji władczych i mógł rozstrzygać w sposób jednostronny o sytuacji jednostek (stawał się tzw. organem administrującym)¹⁶. Niewątpliwą zaletą tego systemu było uznanie działalności sieciowej za działalność gospodarczą i przyzwolecie na działanie w tych sektorach prywatnych przedsiębiorców, kierowanych przez „niewidzialną rękę rynku”. Zachowanie podmiotów prywatnych zgodnie z zasadami ekonomii miało skutkować kształtowaniem odpowiedniego poziomu jakości świadczonych usług. Z drugiej strony, przekazanie przez państwo uprawnień wyłącznych nadawało prywatnemu przedsiębiorcy pozycję monopolistyczną na rynku, co stwarzało zagrożenie dla gospodarki i odbiorców końcowych poszczególnych dóbr i usług.

Drugim modelem, wypracowanym po II wojnie światowej w państwach europejskich (głównie RFN¹⁷, Francji¹⁸, Włoszech¹⁹ i krajach skandynawskich²⁰) było bezpośrednie prowadzenie przez państwo działalności w tych sektorach w ramach tzw. państwa socjalnego (niem. *Sozialstaat*)²¹. W przeciwieństwie do systemu koncesyjnego państwo znacjonalizowało wiele sektorów gospodarki, w tym sektory sieciowe, podejmując się samodzielnego prowadzenia działalności polegającej na dostarczaniu usług użyteczności publicznej. Z powodów ideologicznych podobne procesy miały miejsce także w państwach tzw. bloku wschodniego. Niemniej działalność przedsiębiorcy sieciowego (nawet jako podmiotu prawa publicznego) była coraz częściej postrzegana jako działalność gospodarcza, a nie wykonywanie administracji publicznej, jak to miało miejsce w systemie koncesyjnym²². Wykształcił się zatem nowy model działalności w sektorach sieciowych: przedsiębiorca będący osobą prawa publicznego miał obowiązek działania zgodnie z normami prawa prywatnego, którego podstawowym wszak założeniem jest równość stron stosunku prawnego,²³ co oczywiście nie oznacza bezwzględnej ekonomicznej równorzędności obu podmiotów²⁴. Jednakże podstawowym celem przedsiębiorstw sieciowych stała się realizacja określonych celów społecznych, a nie maksymalizacja zysku. Choć taki model w porównaniu z poprzednim systemem miał wiele zalet, to jednak podmiot prowadzący działalność gospodarczą w sektorze sieciowym nie podlegał już zasadom wolnego rynku, co mogło mieć wpływ na niską jakość świadczonych przezeń usług.

¹⁵ Ibidem, s. 64.

¹⁶ J. Boć, *Organizacja prawna administracji* [w:] J. Boć [red.], *Prawo administracyjne...*, op. cit., s. 135.

¹⁷ Art. 20 ust. 1 Ustawy Zasadniczej Republiki Federalnej Niemiec z 1949 r. (*Grundgesetz*).

¹⁸ Art. 1 Konstytucji Republiki Francuskiej z 1958 r. (*Constitution de la République française*).

¹⁹ Art. 3 Konstytucji Republiki Włoskiej z 1947 r. (*Costituzione della Repubblica italiana*).

²⁰ Art. 2 szwedzkiego Aktu o formie rządów z 1974 r. (1974 års regeringsform), art. 2 Konstytucji Republiki z 2000 r. (*Suomen perustuslaki*).

²¹ A. Sylwestrzak, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2007, s. 444-449.

²² M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op. cit., s. 66.

²³ Z. Radwański, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 2009, s. 6-7.

²⁴ Tak w polskim orzecznictwie: wyrok SN z dnia 7 sierpnia 1974 r. III CZP 47/74, OSN 1975, Nr 12, poz. 161; uchwała SN z dnia 31 stycznia 1996 r. III CZP 3/96, OSN 1996, Nr 5, poz. 66.

Specyficzny model został z kolei wypracowany w Stanach Zjednoczonych, gdzie ze względu na prorynkowe podejście władz od samego początku istnienia państwa przyzwolono na działalność podmiotów prywatnych w sektorach sieciowych. Potencjalne zagrożenia związane z powstawaniem monopolu naturalnych i nadużywaniem zdobytej w ten sposób pozycji były zwalczane przez specjalnie w tym celu powoływane komisje do spraw *public utilities*²⁵. Mimo narastającej krytyki model ten wydawał się optymalnym rozwiązaniem w stosunku do wyżej opisanych europejskich rozwiązań.

Sytuacja zaczęła ulegać zmianie w ciągu ostatnich piętnastu lat, w szczególności w Unii Europejskiej, gdy okazało się, że w sektorach sieciowych może istnieć konkurencja i w zależności od rodzaju sektora możliwe jest przełamanie monopolu naturalnego. Uwidocznili się to przede wszystkim w sektorze telekomunikacyjnym, gdzie proces ten wywołany był intensywnym rozwojem nowych technologii i postępującą konwergencją technologiczną²⁶. Okazało się bowiem, że przy użyciu jednej sieci można świadczyć wiele rodzajów usług. Pojawiać się zaczęły koncepcje wprowadzenia do sektorów sieciowych wolnej konkurencji. Stało się to jednym z założeń twórców rynku wewnętrznego, zawartym w Białej Księdze²⁷. Zwolennicy rynku wewnętrznego dążyli do rozszerzenia traktatowych swobód na sektory, które dotychczas pozostawały pod ścisłą kontrolą państwa. Problemem w realizacji tego celu były różnice w strukturze własnościowej w sektorach sieciowych poszczególnych państw - w Niemczech i Francji wiodącą rolę w prowadzeniu działalności gospodarczej w tym zakresie odgrywały przedsiębiorstwa państwowe, natomiast prywatni przedsiębiorcy dominowali w krajach Beneluksu.

W rezultacie opracowano kompromisowe rozwiązanie, wprowadzając do traktatów obecny art. 345 TFUE, który stanowi, że „traktaty nie przesądzą w niczym zasad prawa własności w państwach członkowskich”. Natomiast obecny art. 106 TFUE zakazuje państwom wprowadzania i utrzymywania środków sprzecznych z normami traktatowymi (tzw. klauzula *stand-still*²⁸) dotyczącymi niedyskryminacji ze względu na przynależność państwową i konkurencji w odniesieniu do przedsiębiorstw państwowych²⁹. *A contrario* oznacza to przyzwolenie na działalność przedsiębiorstw państwowych w sektorach sieciowych bez nakładania na państwa członkowskie obowiązku ich sprywatyzowania. Państwa mogły zatem swobodnie decydować o kształtowaniu systemu własności w tych sektorach, ale były zarazem ograniczone regułami traktatowymi. Trzeba jednakże pamiętać, że nawet w zakresie kompetencji wyłącznych, przyznanych państwom członkowskim, TSUE ma kompetencje do badania, czy uregulowanie przez państwo stosunków prawnych w danym obszarze jego działalności nie wykracza poza ramy wyjątków od ogólnych zasad prawa unijnego (m.in. zasady niedyskryminacji oraz proporcjonalności)³⁰.

W konsekwencji doszło do wykształcenia nowej funkcji państwa, jaką jest regulacja sektorowa. Polega ona podejmowaniu przez państwo określonych działań wobec sektorów sieciowych, tj. stanowienia i stosowania prawa (przeważnie implementacji sektorowych dyrektyw UE) w celu zapewnienia świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym, rozwoju rynku wewnętrznego w tych sektorach, ochronie dóbr o charakterze policyjnym oraz - przede wszystkim - wprowadzeniu konkurencji do sektorów sieciowych³¹ (o czym będzie mowa poniżej). Zaproponowana przez M. Szydło definicja regulacji sektorowej oraz wprowadzenie tak rozumianej zasady do tradycyjnego katalogu funkcji państwa wobec gospodarki zostały powszechnie przyjęte w doktrynie publicznego prawa gospodarczego³².

²⁵ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op.cit., s. 70.

²⁶ D. Adamski, *Wspólnotowe prawo mediów elektronicznych* [w:] A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo gospodarcze. Tom II*, Warszawa 2007, s. 900.

²⁷ Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council. COM(85) 310 final, Bruksela 14 czerwca 1985, pkt 158.

²⁸ V. Emmerich, *Monopole handlowe* [w:] M. A. Dausen (red.), *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Warszawa 1999, s. 873.

²⁹ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op.cit., s. 78.

³⁰ Wyroki TSUE w sprawach: C-273/97 *Angela Maria Sirdar przeciwko The Army Board & Secretary of State for Defense*, Zbiór orzeczeń 1999 r., s. 7403, pkt 26 oraz C-285/98 *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, Zbiór orzeczeń 2000 r., s. 69, pkt 23, A. Frąckowiak-Adamska, *Obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego w dziedzinach należących do kompetencji wyłącznych państw członkowskich*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 3/2005, s. 20.

³¹ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op.cit., s. 88.

³² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011, s. 159-165.

Unijnymi źródłami regulacji prawa w zakresie interesującego nas sektora energetycznego są przede wszystkim:

- TFUE: art. 14 (świadczenie usług w ogólnym interesie gospodarczym, w tym dystrybucji energii elektrycznej), art. 4 ust. 2 lit. i (energia jako kompetencja dzielona), Tytuł XXI składający się z jednego przepisu art. 194 (prowadzenie wspólnej polityki energetycznej);
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE³³;
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE³⁴;
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 714/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylające rozporządzenia (WE) nr 1228/2003³⁵;
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1775/2005³⁶;
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 713/2009 z dnia 13 lipca 2009 r. ustanawiające Agencję ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki³⁷.

Wymienione wyżej akty prawa wtórnego UE tworzą tzw. III pakiet energetyczny. Podobne instrumenty prawne przyjmowane są w ramach pozostałych sektorów sieciowych, tj. telekomunikacji, poczty i transportu kolejowego.

W prawie polskim źródłami regulacji sektorowej w zakresie energii są przede wszystkim:

- Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne³⁸ oraz rozporządzenia wykonawcze do niej;
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o gospodarce energetycznej³⁹;
- Ustawa z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych⁴⁰;
- Ustawa z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej⁴¹;
- Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w przypadku zagrożeń bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym⁴².

1.3. Doktryna *essential facilities*

Otwarcie sektorów sieciowych na konkurencję oznaczało daleko posuniętą ich reorganizację. Zmiany te wymagały przekształceń własnościowych i rezygnacji przez państwo z poszczególnych monopolii. Pierwszym remedium na antykonkurencyjne zachowania właścicieli sieci przesyłowych stała się wypracowana w orzecznictwie sądów amerykańskich doktryna urzędów kluczowych (*essential facilities doctrine*). Zapobiegała ona monopolizacji rynków niższego szczebla

³³ Dz. U. L 211/55.

³⁴ Dz. U. 2009 r. L 211/94.

³⁵ Dz. U. 2009 L 211/15.

³⁶ Dz. U. 2009 L 211/36.

³⁷ Dz. U. 2009 L 211/1.

³⁸ Dz. U. 1997 r. Nr 21, poz. 96 ze zm.

³⁹ Dz. U. Nr 21, poz. 96 ze zm.

⁴⁰ Dz. U. Nr 65, poz. 404.

⁴¹ Dz. U. Nr 130, poz. 905 ze zm.

⁴² Dz. U. Nr 52, poz. 343 ze zm.

(*downstream markets*) przez przedsiębiorstwa będące monopolistami naturalnymi ze względu na posiadanie urządzeń niezbędnych do funkcjonowania danej sieci. Po raz pierwszy została ona zastosowana w roku 1912 przez Federalny Sąd Najwyższy w orzeczeniu *Terminal Railroad*⁴³, kiedy to nakazano spółce *Terminal Railroad*, będącej właścicielem dworca kolejowego w St. Louis i dwóch mostów kolejowych na rzece Mississippi, udostępnienie tych obiektów innym spółkom, zamierzającym wejść na rynek. *Terminal Railroad* bowiem nie tylko dyktowała wysokie ceny za dostęp do sieci innym spółkom, ale także bezpodstawnie odmawiała dostępu do tych urządzeń przedsiębiorcom niebędącym jej konkurentami. Doktryna ta, choć nigdy nie została oficjalnie uznana przez judykaturę amerykańską⁴⁴, wywarła przemożny wpływ na kształtowanie się prawa konkurencji w regulacjach sektorowych, gdzie prowadzenie działalności gospodarczej odbywało się zwykle w warunkach monopolu naturalnego. Bezsporne jest, że koncepcja ta stanowi daleko idącą ingerencję w prawo własności. Zgodnie z *essential facilities doctrine*, istnieją następujące przesłanki do zaktualizowania się nakazu udostępnienia przez przedsiębiorstwo sieci przesyłowej:

- przedsiębiorstwo posiada kontrolę nad urządzeniami (nie musi być właścicielem), bez względu na charakter tych urządzeń;
- nie istnieje możliwość duplikacji urządzeń - przy czym nie chodzi tu o niewystarczający kapitał po stronie przedsiębiorstwa zamierzającego wejść na dany rynek, ale o gospodarczą nieopłacalność takiej inwestycji; dotyczy to przede wszystkim sektorów określanych mianem „wąskich gardel” (*bottlenecks*), jak np. transport kolejowy;
- urządzenia kluczowe są przedsiębiorcy niezbędne do rozpoczęcia działalności na danym rynku sąsiednim;
- odmowa udostępnienia tych urządzeń skutkuje wyeliminowaniem konkurencji na rynku sąsiednim;
- odmowa nie ma charakteru tymczasowego (wywołanego np. przyczynami obiektywnymi);
- odmowa udostępnienia urządzenia jest bezpodstawną⁴⁵.

Mimo sporów na temat obowiązywania doktryny w Stanach Zjednoczonych oraz trudności dowodowych związanych z wykazaniem powyższych przesłanek, została ona niemalże bezkrytycznie przejęta przez Komisję Europejską w obwieszczeniu o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym⁴⁶. Zgodnie z definicją, urządzenia kluczowe to takie urządzenia lub infrastruktura, które są niezbędne do dotarcia do odbiorców końcowych przez przedsiębiorców oraz do prowadzenia działalności gospodarczej przez konkurentów i które nie mogą zostać zduplikowane w rozsądny sposób⁴⁷. Jednakże na tle obecnych regulacji traktatowych nie ma potrzeby odwoływania się do amerykańskiej doktryny (nie umniejszając jej doniosłości dla kształtowania się europejskiego modelu ochrony konkurencji), bowiem do kwestii odmowy dostępu do sieci przesyłowej odnosi się art. 102 TFUE, który jako przejaw nadużywania pozycji dominującej wymienia właśnie antykonkurencyjną odmowę dostaw⁴⁸.

Zwykle rzeczywistą przyczyną leżącą u podstaw każdorazowej odmowy udostępnienia urządzeń przesyłowych przez zasiedziałego monopolistę jest jego powiązanie kapitałowe z przedsiębiorstwami działającymi na rynku sąsiednim, których działalność gospodarcza sprowadza się do korzystania z sieci. Wobec niedoskonałości mechanizmu konkurencji w większości sektorów sieciowych, m.in. w energetyce, konieczna jest interwencja podmiotu publicznoprawnego w celu przywrócenia konkurencji. Jednym ze sposobów podtrzymywania mechanizmu wolnorynkowego w tych sektorach jest rozdzielanie poszczególnych rodzajów działalności.

⁴³ U.S. Supreme Court, *United States przeciwko Terminal Railroad Association of St. Louis*, 224 U.S. 383(1912) i 236 U.S. 194(1915).

⁴⁴ M. Szydło, *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010, s. 125-126.

⁴⁵ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op. cit., s. 113-114, K. Strzyczkowski, *Prawo...*, op. cit., s. 163-164.

⁴⁶ Dz.Urz. WE C 265 z dnia 22 sierpnia 1998 r., s. 2.

⁴⁷ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, op. cit., s. 126.

⁴⁸ Ibidem, s. 66.

1.4. Rozdzielenie działalności (*unbundling*)

Podstawowym środkiem wykorzystywanym przez ustawodawcę unijnego w celu wprowadzenia konkurencji do sektorów sieciowych stało się rozdzielenie pionowo zintegrowanych przedsiębiorstw (*unbundling*). Celem *unbundlingu* jest odseparowanie działalności hurtowej od detalicznej w sektorach sieciowych. Proces taki może mieć charakter rozdzielenia:

- księgowego (rachunkowego), polegającego na prowadzeniu odrębnej księgowości dla działalności hurtowej oraz detalicznej;
- prawnego - państwo lub inny podmiot publicznoprawny wymusza utworzenie odrębnych przedsiębiorstw (uczestników obrotu prawnego), mogą być one jednak własnością lub współwłasnością tego samego podmiotu, co nie rozwiązuje problemu powiązania kapitałowego;
- funkcjonalnego - na sąsiednich rynkach funkcjonują odrębne podmioty gospodarcze, przy czym określony pakiet akcji (udziałów) przedsiębiorstwa nie może stanowić własności przedsiębiorstwa pozostającego z nim w relacji wertykalnej;
- własnościowego - następuje pełne rozdzielenie podmiotów działających na rynku hurtowym i detalicznym z wyeliminowaniem powiązań kapitałowych między tymi podmiotami⁴⁹.

Powyższe formy *unbundlingu* zostały uszeregowane od najłagodniejszej do najdalej ingerującej w prawo własności (*unbundling* własnościowy stanowi daleko posuniętą ingerencję w uprawnienia właścicielskie, która jest jednak konieczna w ustroju opartym na gospodarce wolnokonkurencyjnej).

Unijne przepisy regulacji sektorowej dają podstawę do wprowadzenia w poszczególnych sektorach różnych form *unbundlingu*. W sektorze energetycznym istnieje wymóg wprowadzenia rozdzielenia własnościowego systemów przesyłowych (art. 9 dyrektywy 2009/72/WE) i funkcjonalnego w odniesieniu do systemów dystrybucyjnych (art. 26 dyrektywy). Polski ustawodawca w art. 9d pr.energ. nakłada na przedsiębiorstwa obowiązek prawnego rozdzielenia działalności operatora systemu przesyłowego, operatora systemu dystrybucyjnego i operatora systemu połączonego, będących w strukturze przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo. Mamy tu więc do czynienia z rodzajem (niepełnym) rozdzielenia własnościowego⁵⁰.

Wprowadzenie reguł konkurencji do sektorów sieciowych stanowi cel nie tylko Unii Europejskiej, ale także m.in. Światowej Organizacji Handlu (Układ ogólny w sprawie tariff celnych i handlu - GATT oraz Porozumienie ustanawiające Światową Organizację Handlu - WTO). Znamienne postanowienia zawiera także Traktat Karty Energetycznej, który w preambule przywołuje takie wartości, jak „liberalizacja inwestycji i handlu w sektorze energii” oraz „przepisy o konkurencji dotyczące fuzji, monopolu, praktyk antykonkurencyjnych i nadużywania pozycji dominującej”. Art. 3 Traktatu stanowi natomiast, że „Umawiające się Strony będą pracować nad upowszechnieniem dostępu do międzynarodowych rynków na zasadach handlowych oraz ogólnie nad rozwojem otwartego i konkurencyjnego rynku materiałów i produktów energetycznych”. Zagadnienia związane z ochroną konkurencji w sektorze energetycznym reguluje art. 6 Traktatu - jest to jednak tzw. klauzula *opt-out*, która nie nakłada na strony obowiązku stosowania prawa konkurencji na rynkach energii elektrycznej⁵¹.

1.5. Wnioski

Sektory sieciowe, a wśród nich energetyka, w wyniku postępu technicznego oraz nowych tendencji w prawie antymonopolowym, głównie na szczeblu Unii Europejskiej, stają się coraz bardziej otwarte na konkurencję. Wprowadzenie reguł wolnego rynku jest ściśle zależne od ukształtowania przez państwo (lub inny podmiot publicznoprawny) relacji w ramach tzw. przedsiębiorstw pionowo zintegrowanych. Prawo konkurencji, dostosowane do potrzeb pozasektorowego obrotu gospodarczego, musi ulegać modyfikacjom w związku ze specyfiką działalności sektorów sieciowych. W porównaniu z sektorem telekomunikacyjnym, gdzie prawo konkurencji w naturalny sposób

⁴⁹ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, op. cit., s. 194-195.

⁵⁰ Z. Muras [w:] M. Swora, Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 642-652.

⁵¹ P. Cameron, *Competition in Energy Markets*, Oxford University Press 2007, s. 86.

wymusiło objęcie swoimi przepisami sektora łączności elektronicznej, sektor energetyczny jest technicznie inaczej ukształtowany, dlatego wprowadzenie konkurencji w interesie publicznym wymaga tu określonych działań władczych ingerujących w prawa podmiotowe, m.in. w prawo własności. Można zaryzykować stwierdzenie, że w ramach regulacji sektorowych następuje odwrócenie tradycyjnej koncepcji, głoszącej wtórność prawa względem gospodarki. W przypadku sektorów sieciowych to regulacje prawne w sztuczny sposób kształtują zachowania przedsiębiorców w celu utworzenia pożądanego modelu gospodarki na rynkach takich, jak energetyka czy transport kolejowy. Prawo zatem wyprzedza gospodarkę, w pewien sposób stymulując jej rozwój, czego wyrazem jest III pakiet energetyczny (zwany też liberalizacyjnym).

Działalność gospodarcza prowadzona przez przedsiębiorstwa w sektorach sieciowych musi ulec koniecznym modyfikacjom również ze względu na specyfikę świadczonych przez nie usług i ich fundamentalne znaczenie dla społeczeństwa. Niezależnie od stopnia liberalizacji rynków sieciowych, państwo nigdy nie będzie mogło zrezygnować z wykonywania funkcji, jaką jest regulacja sektorowa, co musi wywrzeć wpływ na stosunki prywatnoprawne na tych rynkach, zarówno te kształtowane w ramach swobody umów między podmiotami gospodarczymi, jak i te władczo narzucane przez państwo. Wartościami, które blokują pełną liberalizację tych rynków, są m.in. bezpieczeństwo energetyczne, bezpieczeństwo telekomunikacyjne, ograniczone zasoby naturalne kraju, uzależnienie od importu surowców z zagranicy, przepustowość sieci. Postępująca integracja państw na skalę lokalną (Unia Europejska, NAFTA) oraz wzrastająca współzależność ekonomiczna państw w skali globalnej (GATT/WTO, Traktat Karty Energetycznej) sprawiają, że aspekty te (wcześniej dotyczące danego państwa) muszą być rozważane z ponadnarodowej i międzynarodowej perspektywy.

Rozdział II Pojęcie koncentracji

Nieodłącznym elementem działalności gospodarczej jest występowanie zmian w strukturze rynku oraz podmiotów uczestniczących w grze sił rynkowych. Uczestnicy obrotu gospodarczego nie tylko prowadzą między sobą ciągłą wymianę dóbr lub usług, ale także sami ulegają przekształceniom. Zmiany organizacyjne w strukturze podmiotów gospodarczych są efektem określonej polityki mikroekonomicznej przedsiębiorców i konsumentów. Jedną z form tego typu przekształceń strukturalnych są (obok m.in. podziałów, zmian formy organizacyjno-prawnej, tworzenia oddziałów i filii) fuzje i przejęcia przedsiębiorstw (ang. *mergers and acquisitions*) określane w języku prawa publicznego jako koncentracje przedsiębiorców⁵².

Z ekonomicznego punktu widzenia koncentracje mogą polegać na przejęciu jednego podmiotu przez inny podmiot (tzw. przejęcie) lub połączeniu dwóch lub więcej przedsiębiorstw (tzw. fuzje). Gdy dochodzi do połączenia przedsiębiorstw działających w tej samej gałęzi gospodarki i w tej samej fazie produkcji, mamy do czynienia z koncentracją poziomą. Natomiast gdy łączą się podmioty działające w tej samej gałęzi, ale na różnych szczeblach produkcji, mówi się o koncentracji pionowej (np. połączenie przedsiębiorstw zajmujących się wydobywaniem ropy naftowej, jej rafinacją oraz produkcją benzyny, a następnie sprzedażą detaliczną). Z kolei połączenie przedsiębiorstw działających w różnych gałęziach produkcji określa się mianem konglomeratu (np. sprzedaż detaliczna samochodów i produkcja żywności)⁵³.

Z mikroekonomicznego punktu widzenia koncentracja jest na ogół zjawiskiem korzystnym dla przedsiębiorstw zainteresowanych taką formą zmiany własnej struktury organizacyjnej. Koncentracja pozioma wiąże się ze zwiększeniem tzw. efektu skali⁵⁴. W przypadku zwiększenia siły rynkowej przedsiębiorstwa i skupienia czynników produkcji w ręku jednego przedsiębiorcy dochodzi do zmniejszenia kosztów wytworzenia jednostki produkcji⁵⁵ (np. samochodu). Oznacza to, że większe przedsiębiorstwo jest w stanie wytwarzać te same dobra lub usługi przy zaangażowaniu niższych kosztów niż mniejsi uczestnicy gry rynkowej⁵⁶. Koncentracja pionowa z kolei prowadzić może do usprawnienia procesów zarządzania podmiotem powstałym w wyniku połączenia⁵⁷. Korzyści związane z obniżeniem kosztów nie dotyczą natomiast konglomeratów, ponieważ działalność odbywa się w niepowiązanych ze sobą gałęziach gospodarki⁵⁸. Zwiększenie potencjału kapitałowego przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji zwiększa ich płynność finansową, co z kolei powoduje zwiększenie ich zdolności kredytowej i umożliwia im inwestowanie w innowacyjne przedsięwzięcia (np. nowe technologie)⁵⁹. W literaturze prawniczej jako przyczynę łączenia się podmiotów gospodarczych podaje się obawę przed tzw. „wrogim przejęciem” i ratowanie słabszych majątkowo uczestników obrotu⁶⁰, a także nabycie majątku w cenie niższej od ceny odtworzeniowej⁶¹. Tak rozumiane koncentracje są zjawiskiem korzystnym także z punktu widzenia makroekonomicznego. Zmniejszenie kosztów produkcji prowadzić będzie z reguły do obniżenia cen w celu przyciągnięcia klienteli i wzmocnienia swojej pozycji wobec konkurentów. Z kolei postęp technologiczny umożliwia inwestycje w nowe dziedziny gospodarki. Zjawiska te są bez wątpienia korzystne w skali makroekonomicznej, bowiem przyczyniają się do zwiększenia zamożności społeczeństwa oraz do rozwoju gospodarczego⁶². Niewątpliwie z punktu widzenia przedsiębiorstw z tzw. „nowej

⁵² Por. art. 1 ust. 2 u.o.k.k.

⁵³ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Mikroekonomia*, op. cit., s. 543.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ A. Helin, K. Zorde, *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, Warszawa 1998, s. 139.

⁵⁶ D. Begg, S. Fischer, R. Dornbusch, *Mikroekonomia*, op. cit., s. 543.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 544.

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ A. Kidyba, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 929; I. Weiss, *Łączenie spółek kapitałowych*, PPH, nr 6, s. 1-2. Obaj autorzy prowadzą swoje rozważania w kontekście spółek handlowych, jednak uwagi dotyczące ekonomicznego uzasadnienia koncentracji zachowują swoją aktualność także wobec innych uczestników obrotu, np. spółdzielni czy przedsiębiorstw państwowych.

⁶¹ R. Pastusiak, *Fuzje i przejęcia - motywy sprzedawcy*, „Monitor Rachunkowości i Finansów” 1999, Nr 7-8, s. 26-27.

⁶² *Ibidem*.

Unii” (w tym Polski) fuzje i przejęcia z udziałem przedsiębiorstw zagranicznych są sposobem dokapitalizowania rodzimych przedsiębiorców i inwestycji zagranicznych⁶³.

2.1. Zagrożenia dla gospodarki wynikające z koncentracji

Nadmierna koncentracja czynników wytwórczych pod jednym kierownictwem stanowi też zagrożenie dla gospodarki. Łączenie niezależnych dotychczas podmiotów gospodarczych prowadzi do wzmocnienia pozycji przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji względem konkurentów. W przypadku koncentracji horyzontalnej przedsiębiorca powstały na skutek fuzji lub przejęcia jest w stanie dużo efektywniej konkurować z innymi przedsiębiorcami, obniżając ceny i oferując konsumentom korzystniejsze warunki transakcji. W efekcie konkurencji zmuszeni są zakończyć swoją działalność, ponieważ nie są w stanie stawić czoła połączonym przedsiębiorstwom w rywalizacji rynkowej. Koncentracje wertykalne z kolei prowadzić mogą do wywarcia niekorzystnego wpływu na rynki sąsiednie (hurtowy lub detaliczny), stwarzając w ten sposób zagrożenie nie dla bezpośrednich konkurentów, ale dla kontrahentów. Natomiast koncentracje konglomeratowe mogą skłaniać przedsiębiorców powstałych wskutek połączenia do stosowania praktyk antykonkurencyjnych w formie subsydiowania skośnego (tj. wprowadzania cen poniżej kosztów wytworzenia przez jedno przedsiębiorstwo, kompensując stratę zyskami z przedsiębiorstwa działającego na innym rynku, aż do znacznego umocnienia swojej pozycji na pierwszym rynku). Tego rodzaju koncentracje możemy określić jako antykonkurencyjne. W każdym przypadku przedsiębiorstwo uzyskujące pozycję monopolistyczną na danym rynku jest w stanie kształtować ceny niezależnie od mechanizmów popytu i podaży ze szkodą dla konsumentów. Monopolizacja rynku w drodze koncentracji jest zatem zjawiskiem zagrażającym konkurencji, a przez to konsumentom. Z tego też względu pożądana jest w tym zakresie interwencja podmiotów publicznych, czemu służy prawo antymonopolowe.

2.2. Koncentracje w ujęciu prywatnoprawnym

Koncentracje w przedstawionym wyżej ujęciu stanowią przejaw wolności gospodarczej (art. 20 i 22 Konstytucji) oraz swobody przedsiębiorczości w rozumieniu TFUE⁶⁴. Każdorazowe ograniczenie tej wolności przez władze publiczne powinno stanowić wyjątek od zasady nieingerencji publicznej w gospodarkę wolnorynkową. Prawo wewnętrzne oraz ponadnarodowe przewiduje możliwość łączenia się przedsiębiorców niezależnie od form, w jakich funkcjonują.

W prawie polskim podstawową formą działalności gospodarczej jest spółka handlowa (osobowa lub kapitałowa). W zakresie dotyczącym spółek handlowych przepisami regulującymi kwestie łączenia przedsiębiorców są art. 491 i n. k.s.h.⁶⁵. Zgodnie z art. 492 k.s.h., połączenie spółek może nastąpić w drodze przeniesienia całego majątku spółki przejmowanej na spółkę przejmującą za udziały lub akcje, które spółka przejmująca wydaje wspólnikom spółki przejmowanej (łączenie przez przejęcie), lub przez zawiązanie spółki kapitałowej, na którą przechodzi majątek wszystkich łączących się spółek za udziały lub akcje nowej spółki (łączenie się przez zawiązanie nowej spółki)⁶⁶. Jak widać, kodeksowa definicja połączenia spółek - odnosząca się do „przeniesienie całego majątku jednej spółki na rzecz innej spółki”⁶⁷ - oparta jest na ekonomicznym rozumieniu

⁶³ A. Szumański, [w:] S. Soltysieński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaia (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IV. Komentarz do artykułów 459-633*, Warszawa 2009, s. 177.

⁶⁴ Por. Wyrok Trybunału w sprawie C-411/03, *SEVIC Systems AG*, z 13 grudnia 2005, E.C.R. [2005], s. I-10805, pkt 19.

⁶⁵ Wyodrębnienie osobnego działu dotyczącego łączenia się spółek zostało dostrzeżone przez członków Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego na podstawie negatywnych doświadczeń braku redakcyjnego wyodrębnienia przepisów o łączeniu się spółek w Kodeksie handlowym. Autorzy k.s.h. wzorowali się na rozwiązaniach węgierskich, chorwackich, słoweńskich, włoskich oraz niemieckich (por. Uzasadnienie projektu ustawy - Kodeks spółek handlowych. Druk sejmowy nr 1687).

⁶⁶ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 509. Definicji połączenia spółek nie zawierał poprzednio obowiązujący Kodeks handlowy z 1933 r.

⁶⁷ A. Szumański, [w:] S. Soltysieński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaia (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 174.

tego procesu⁶⁸. Poza regulacją zawartą w k.s.h. dostrzega się także inne formy łączenia spółek, tj. holding (koncern), nabycie przez spółkę przedsiębiorstwa oraz konsorcjum⁶⁹.

Możliwości łączenia podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym są przewidziane także w prawie spółdzielczym⁷⁰ (art. 96-102). Należy jednak pamiętać, że zgodnie z art. 96 pr.spółdz., spółdzielnie mogą się łączyć tylko i wyłącznie między sobą. Inne regulacje ustanawiające zasady łączenia się przedsiębiorców działających w różnych formach organizacyjno-prawnych to m.in.: ustawa o przedsiębiorstwach państwowych (art. 18)⁷¹, prawo bankowe (art. 121-124a)⁷², ustawa o działalności ubezpieczeniowej (art. 176-186e)⁷³. W ramach traktatowej swobody przedsiębiorczości na obszarze UE istotną rolę odgrywa także tzw. fuzja transgraniczna (por. dyrektywa 2005/56/WE)⁷⁴. Jednakże z punktu widzenia prawa konkurencji największe praktyczne znaczenie mają koncentracje w formie połączeń spółek kapitałowych zgodnie z procedurą przewidzianą w k.s.h.⁷⁵.

2.3. Koncentracje na gruncie prawa konkurencji

Prawo publiczne (którego częścią jest prawo konkurencji w zakresie państwowej kontroli nad koncentracjami) zupełnie inaczej ujmując problemowe zagadnienie. Państwowy organ ochrony konkurencji nie jest zainteresowany formą organizacyjną przedsiębiorcy uczestniczącego w połączeniu ani procedurą, w jakiej dochodzi do koncentracji. Istotny z punktu widzenia prawa konkurencji jest wpływ, jaki koncentracja wywrze na gospodarce. Dlatego też pojęcie koncentracji w ujęciu prawa konkurencji jest dużo bardziej pojemne niż dotyczące tych samych procesów definicje przyjęte na gruncie prawa prywatnego (np. art. 492 k.s.h.). Z drugiej jednak strony, poza zakresem zainteresowania ochrony konkurencji pozostaną przekształcenia podmiotów gospodarczych, które nie prowadzą do zmian w zakresie kontroli nad przedsiębiorstwami uczestniczącymi w koncentracji, np. inkorporacja przez spółkę dominującą spółki zależnej, w której 100 proc. udziałów (akcji) stanowi własność spółki dominującej.

W międzynarodowym prawie publicznym nie występuje jednolita definicja koncentracji ze względu na różnice pomiędzy poszczególnymi kulturami prawnymi oraz zdywersyfikowany poziom rozwoju społeczno-gospodarczego, który jest nierozłącznie związany z prawem konkurencji. Współpraca państw na szczeblu międzynarodowym sprowadza się do swobodnej wymiany doświadczeń w ramach Międzynarodowej Sieci Konkurencji (*International Competition Network*), która nie ma kompetencji do autorytatywnego kształtowania zachowań przedsiębiorców z państw zrzeszonych w ramach Sieci. Definicji należy zatem poszukiwać na gruncie poszczególnych wewnętrznych (narodowych oraz ponadnarodowych) porządków prawnych.

2.3.1 Prawo unijne

W przepisach prawa pierwotnego Unii Europejskiej dotyczących ochrony konkurencji w odniesieniu do przedsiębiorstw (art. 101-109 TFUE) nie ma regulacji kontroli koncentracji. W związku z tym przed wejściem w życie rozporządzenia 4064/89⁷⁶ istniał spór co do tego, czy koncentracje mające wpływ na konkurencję w UE mogą być oceniane z punktu widzenia przepisów traktatowych. Komisja opowiadała się w takich wypadkach za stosowaniem *per analogiam* obecnego art.

⁶⁸ Należy zauważyć, że nie tylko połączenia spółek (w rozumieniu art. 492 k.s.h.) będą stanowiły koncentracje w rozumieniu prawa antymonopolowego. Koncentracje mogą bowiem obejmować również innego rodzaju modele restrukturyzacji uregulowane w k.s.h., m.in. niektóre sposoby podziału spółek, np. podział przez wydzielanie (art. 529 k.s.h.).

⁶⁹ A. Kidyba, *Prawo handlowe...*, op. cit., s. 44-47 i 235-238.

⁷⁰ Ustawa z dnia 16 września 1982 r. - Prawo spółdzielcze (Dz.U. 2003, Nr 188, poz. 1848 ze zm.).

⁷¹ Ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz.U. 2002, Nr 112, poz. 981 ze zm.).

⁷² Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz.U. 2002, Nr 72, poz. 665 ze zm.).

⁷³ Ustawa z dnia 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. 2010, Nr 11, poz. 66 ze zm.).

⁷⁴ Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dz.U. L 310 z 25.11.2005, s. 1-9).

⁷⁵ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 460.

⁷⁶ Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.U. L 395 z 30.12.1989, s. 1-12).

102 TFUE (nadużycie pozycji dominującej)⁷⁷. Takie stanowisko zostało usankcjonowane przez Trybunał w sprawie *Continental Can Co. Inc.*, gdzie orzeczono, że zniesienie konkurencji duńskiego producenta opakowań metalowych w drodze przejęcia przez amerykańską spółkę *Continental Can* stanowi nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu Traktatu⁷⁸. Istotnym mankamentem takiego stanowiska był brak możliwości prewencyjnej kontroli koncentracji, co stanowiło przyczynę przyjęcia rozporządzenia 4064/89, będącego poprzednikiem obecnie obowiązującego rozporządzenia 139/2004⁷⁹ (stanowiącego podstawowe źródło unijnego prawa kontroli koncentracji)⁸⁰. Najrozsądniejszym rozwiązaniem wydaje się uznanie, że art. 102 TFUE znajdzie zastosowanie, ale tylko w odniesieniu do koncentracji już dokonanych, tj. funkcjonując jako samodzielna podstawa prawna Komisji do stosowania środków kontroli *ex ante*.

W chwili obecnej koncentracje o wymiarze unijnym uregulowane są w prawie wtórnym UE, tj. rozporządzeniu 139/2004, które zastąpiło wcześniej obowiązujące rozporządzenie 4064/89. Zgodnie z motywem 20 rozporządzenia, należy tak ukształtować pojęcie koncentracji, „aby obejmowało ono tylko te działania, które przynoszą trwałą zmianę w kontroli zainteresowanych przedsiębiorstw, a tym samym w strukturze rynku”. Art. 3 ust. 1 rozporządzenia z kolei stanowi, że koncentracja występuje, gdy trwała zmiana kontroli wynika z:

- a) łączenia się samodzielnych przedsiębiorstw,
- b) przejęcia kontroli.

Ponadto ust. 4 rozporządzenia włącza w zakres pojęcia koncentracji utworzenie wspólnego przedsiębiorstwa (*joint venture*) pełniącego w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego. Są to tzw. kryteria jakościowe oceny koncentracji. Kryteria ilościowe objęcia danej koncentracji zakresem zastosowania unijnego prawa konkurencji uregulowane zostały w art. 1 rozporządzenia⁸¹.

Zgodnie z przywołanym wyżej art. 3 rozporządzenia 139/2004, podstawowym elementem koncentracji jest „trwała zmiana kontroli”. Negatywną definicję tego kryterium zawiera motyw 20 rozporządzenia, stanowiąc, że „[k]oniecznie jest [...] włączenie w zakres niniejszego rozporządzenia wszystkich wspólnych przedsiębiorstw pełniących, w oparciu o stałe zasady, wszystkie funkcje samodzielnych podmiotów gospodarczych. Ponadto, właściwe jest traktowanie jako pojedynczą koncentrację takich transakcji, które są ściśle powiązane ze względu na zaistniałe warunki, bądź przyjmują formę ciągu transakcji w obrocie papierami wartościowymi przeprowadzanych w stosownie krótkim okresie.” Definicja ta wynika z doświadczeń stosowania rozporządzenia 4064/89, którego przepisy były umiejętnie omijane przez przedsiębiorstwa tworzące tzw. *joint ventures* oraz zawierające ze sobą ciągi umów jednorazowych, stanowiących w rzeczywistości przejaw trwałej współpracy.

Rozporządzenie wyłącza spoza zakresu swojego zastosowania koncentracje dokonywane w ramach działalności inwestycyjnej instytucji kredytowych i innych instytucji finansowych. Nabycie praw udziałowych w drodze tego rodzaju transakcji nie jest uznawane za koncentrację, jeżeli instytucja finansowa nabywa określone prawa udziałowe w przedsiębiorstwie w celu ich dalszej odsprzedaży. Taka instytucja powinna się również powstrzymać od wykonywania prawa głosu z praw udziałowych w przedsiębiorstwie za wyjątkiem sytuacji, gdy wykonanie prawa głosu jest niezbędne do przygotowania zbycia przejętego przedsiębiorstwa. Tego rodzaju przejęcie ma charakter tymczasowy (dopuszczalny okres „zamrożenia” instrumentów finansowych wynosi 1 rok i może być on przedłużony za zgodą Komisji).

Kolejne wyłączenie obejmuje koncentracje dokonywane w wyniku przejęcia kontroli przez osobę upoważnioną przez władze publiczne, zgodnie z przepisami krajowymi dotyczącymi likwidacji, upadłości, niewypłacalności, umorzenia długów lub analogicznych postępowań.

⁷⁷ A. Cieśliński, T. Korbutowicz, *Prawo konkurencji* [w:] A. Cieśliński (red.), *Wspólnotowe prawo...*, op. cit., s. 636.

⁷⁸ Wyrok Trybunału w sprawie 6/72, *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, z dnia 21 lutego 1973 r., E.C.R. [1973], s. 215, pkt 30.

⁷⁹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz. Urz. WE L 24 z dnia 29 stycznia 2004, s. 1-22).

⁸⁰ S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010, s. 25.

⁸¹ Por. rozdział IV, pkt 2.1.

Ostatni wyjątek od obowiązku prewencyjnego zgłoszenia dotyczy sytuacji przejęcia przedsiębiorstwa przez holdingi finansowe. Podobnie jak w przypadku tymczasowego przejęcia przez instytucje finansowe, holdingi mają obowiązek powstrzymania się od wykonywania prawa głosu w zakresie wykraczającym poza czynności niezbędne do zachowania pełnej wartości inwestycji.

2.3.2. Prawo polskie

Polska ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów w przeciwieństwie do regulacji unijnych nie zawiera legalnej definicji koncentracji (wymienia jedynie enumeratywnie sytuacje będące koncentracjami podlegającymi kontroli Prezesa UOKiK). Jednakże wydaje się, że nie ma potrzeby tworzenia odrębnej definicji koncentracji w prawie krajowym. Stanowisko to jest uzasadnione ze względu na obowiązek stosowania przepisów rozporządzenia (w tym m.in. definicji legalnych) bezpośrednio i w całości w porządku prawnym państw członkowskich (art. 288 TFUE) oraz uznanie ustanowienia reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego za wyłączną kompetencję Unii (art. 3 ust. 1 pkt b TFUE). Ponadto doprecyzowanie przepisów rozporządzenia mogłoby prowadzić do przeregulowania krajowego porządku i ewentualnych rozbieżności między przepisami krajowymi a unijnymi.

Polska ustawa antymonopolowa za koncentracje podlegające kontroli Prezesa UOKiK (tj. mogące stanowić potencjalne zagrożenie dla funkcjonowania gospodarki) uznaje w art. 13 ust. 2:

- a) połączenia samodzielnych przedsiębiorców (*mergers*),
- b) przejęcia kontroli (bezpośredniej lub pośredniej) nad jednym lub większą liczbą przedsiębiorców w drodze nabycia lub objęcia udziałów, akcji lub innych papierów wartościowych (*acquisitions*),
- c) utworzenie wspólnego przedsiębiorcy (*joint venture*),
- d) nabycie części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55¹ k.c.) - wówczas obrót z takiego mienia dokonywany na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej musi przekraczać równowartość 10 mln euro w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających rok dokonania zgłoszenia.

Powyższe zestawienie ukazuje, że jedyną formą koncentracji niepodlegającą jurysdykcji Komisji Europejskiej (rozporządzenie 139/2004) jest nabycie znacznej części mienia.

Jeżeli chodzi o wyłączenia jakościowe spod obowiązku zgłoszenia koncentracji Prezesowi UOKiK, ustawa wymienia (wzorem rozporządzenia 139/2004) następujące sytuacje:

- czasowe nabycie lub objęcie przez instytucję finansową akcji lub udziałów w celu ich odsprzedaży, z zastrzeżeniem zakazu wykonywania jakichkolwiek praw udziałowych (z wyjątkiem dywidendy) w celu innym niż przygotowanie odsprzedaży tych praw udziałowych,
- czasowe nabycie lub objęcie udziałów lub akcji w celu zabezpieczenia wierzytelności, z zastrzeżeniem zakazu wykonywania praw udziałowych (z wyjątkiem sprzedaży),
- koncentracja w wyniku postępowania upadłościowego (nie dotyczy to przejęcia konkurenta lub przedsiębiorcy należącego do grupy kapitałowej, w której konkurenci uczestniczą),
- koncentracja w ramach grupy kapitałowej.

Oczywiście, w razie wątpliwości co do objęcia transakcji którymś z powyższych wyłączeń, przedsiębiorcy i tak mogą złożyć wniosek na formularzu WID i wszcząć postępowanie przed Prezesem UOKiK. Jeżeli okaże się, że koncentracja nie podlega obowiązkowi zgłoszenia, Prezes UOKiK umorzy postępowanie. Zaleca się jednak ostrożne stosowanie tego rozwiązania ze względu na koszty, jakich wymaga prawidłowe przygotowanie formularza WID.

2.4. Wnioski

Koncentracje stanowią jeden z aspektów traktatowej swobody przedsiębiorczości oraz konstytucyjnie zagwarantowanej wolności na polu działalności gospodarczej (*freedom to merge*). Zarówno prawo unijne, jak i krajowe zawierają wiele przepisów stymulujących połączenia i przejęcia przedsiębiorców. Jest to również jeden z czynników integracji w ramach rynku wewnętrznego.

Władze publiczne mogą zatem ingerować i ograniczać tę swobodę tylko w sytuacjach wyjątkowych, w celu ochrony interesu publicznego. W skład tak rozumianego interesu publicznego wchodzi w szczególności ochrona konkurencji na rynku. W odniesieniu do przedsiębiorstw energetycznych interes ten może także obejmować bezpieczeństwo narodowe (w tym bezpieczeństwo dostaw energii).

Prawo konkurencji nakazuje przyjmowanie jak najszerzej definicji koncentracji (ujęcie funkcjonalne), co pozwala objąć zakresem zastosowania wiele rodzajów transakcji. Na rynkach energii elektrycznej będą występować w szczególności koncentracje prowadzące do przejęcia kontroli, tu bowiem przedsiębiorstwa wykazują naturalne tendencje do pionowej integracji. W ten sposób każda koncentracja mogąca mieć wpływ na sektor energetyczny zostanie poddana pod rozstrzygnięcie organów antymonopolowych (unijnych lub krajowych).

Rozdział III Uczestnicy koncentracji w sektorze energii elektrycznej

3.1. Pojęcie przedsiębiorstwa w unijnym prawie ochrony konkurencji

Prawo konkurencji zwykle szerzej niż inne gałęzie prawa definiuje przedsiębiorcę. Jest to uzasadnione ze względu na skuteczne osiągnięcie celów regulacji antymonopolowej⁸². Prawo antymonopolowe dla swojej skuteczności musi objąć swoim zakresem zastosowania możliwie najszerszy krąg uczestników obrotu gospodarczego⁸³.

Art. 54 TFUE zawiera bardzo szeroką definicję pojęcia „spółka” (*company*), które w zamierzeniu ustawodawcy unijnego obejmuje: spółki prawa cywilnego lub handlowego, a także spółdzielnie oraz inne osoby prawne prawa publicznego lub prywatnego, z wyjątkiem spółek, których działalność nie jest nastawiona na osiąganie zysków. Definicja ta sformułowana została w kontekście traktatowej zasady swobody przedsiębiorczości. Z kolei art. 101 i 102 TFUE posługują się pojęciem przedsiębiorstwa (*undertaking*), które to pojęcie posiada szerszy zakres podmiotowy niż „spółka” w rozumieniu art. 54 TFUE.

Jak już zostało wspomniane, dla celów prawa konkurencji pożądane jest jak najszersze ujęcie definicji przedsiębiorcy, aby zapewnić efektywną konkurencję w interesie publicznym. Dlatego też przepisy prawa UE, zarówno pierwotnego (art. 101 i n. TFUE), jak i wtórnego (rozporządzenia 139/2004, 1/2003, 2006/2004), z pewnością obejmują podmiotowym zakresem zastosowania przedsiębiorstwa wymienione w art. 54 TFUE⁸⁴. Jednakże prawo konkurencji UE szerzej ujmuje definicję przedsiębiorstwa niż traktatowe przepisy o swobodzie przedsiębiorczości. Przedsiębiorstwem w rozumieniu przepisów prawa konkurencji UE będzie „każda jednostka bez względu na formę prawną i sposób finansowania, stawiająca sobie cele gospodarcze, a nie prywatną konsumpcję”⁸⁵. Działalność prowadzona przez tak rozumiane przedsiębiorstwo powinna mieć charakter zarobkowy i być prowadzona w sposób samodzielny, a nie w ramach większej całości gospodarczej⁸⁶. Forma organizacyjno-prawna nie ma większego znaczenia przy ocenie, czy dany podmiot jest przedsiębiorcą według unijnego prawa antymonopolowego, czy też nie⁸⁷. Bez znaczenia pozostaje też sposób finansowania działalności tego podmiotu⁸⁸. Komisja Europejska, sprawdzając, czy dany podmiot jest przedsiębiorcą w rozumieniu unijnych przepisów antymonopolowych, bada przede wszystkim aspekt funkcjonalny, tzn. czy dana jednostka prowadzi działalność gospodarczą⁸⁹. Nie jest także istotne to, czy dana jednostka należy do sektora prywatnego, czy publicznego⁹⁰. Art. 106 ust. 1 TFUE (patrz uwagi niżej) nakazuje wręcz stosować unijne prawo konkurencji wobec przedsiębiorstw publicznych, zezwalając tym samym na ich istnienie. Definicja przedsiębiorstwa

⁸² K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 86.

⁸³ E. Stawicki [w:] A. Stawicki, E. Stawicki, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 79-80.

⁸⁴ A. Cieśliński, T. Korbutowicz, *Prawo konkurencji...*, op. cit., s. 581.

⁸⁵ Ibidem, s. 582.

⁸⁶ Ibidem. Ponadto autorzy wyszczególniają jako przykłady przedsiębiorców w rozumieniu prawa konkurencji UE: spółki w rozumieniu art. 54 TFUE, osoby fizyczne prowadzące działalność gospodarczą, stowarzyszenia zawodowe, związki producentów, samodzielnych sportowców zawodowych, spółki rewidentów księgowych, wynalazców, artystów, organizacje zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, stowarzyszenia kulturalne i społeczne oraz związki zawodowe prowadzące działalność zarobkową. Por. np. wyrok Trybunału w sprawie C-475/99, *Ambulanz Glöckner v. Landkreis Südwestpfalz*, z dnia 25 października 2001 r., E.C.R. [2001], s. I-08089, pkt 19.

⁸⁷ Wyrok Trybunału w połączonych sprawach C-159/91 i C-160/91, *Christian Poucet v. Assurances Générales de France (AGF) i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) i Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Vieillesse des Artisans (Cancava)*, z dnia 17 lutego 1993 r., E.C.R. [1993], s. I-00637, pkt 17.

⁸⁸ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009, s. 119.

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem, s. 117.

publicznego została rozwinięta w dyrektywie Komisji 2006/111/WE⁹¹ - jest ona jednak stworzona jedynie na potrzeby tego aktu prawnego. Zgodnie z tą dyrektywą, przedsiębiorstwem publicznym jest każde przedsiębiorstwo, na które władze publiczne mogą, bezpośrednio lub pośrednio, wywierać dominujący wpływ z racji bycia jego właścicielem, posiadania w nim udziału kapitałowego lub ze względu na zasady, które nim rządzą. Tak rozumiana kontrola państwa może być sprawowana zarówno poprzez np. prawa większościowe w kapitale spółki, jak i przywileje przyznane jedynie państwu, takie jak tzw. „złota akcja”⁹². Wreszcie, przedsiębiorcą w tym znaczeniu może być także państwo i *stationes fisci*⁹³, a także jednostki samorządu terytorialnego⁹⁴ (lub władze krajów związkowych w państwach federalnych). Jedynym wymogiem w stosunku do podmiotów prawa publicznego jest brak realizacji uprawnień władczych (*imperium*) i niewykonywanie zadań publicznych⁹⁵. Nie stanowią naruszenia tego wymogu obowiązki wynikające z przepisów, m.in. prawa zamówień publicznych (dyrektywy: 2004/17/WE⁹⁶ i 2004/18/WE⁹⁷ oraz p.z.p.)⁹⁸.

Pojęcie działalności gospodarczej na gruncie prawa unijnego jest niezależne od ustawodawstw państw członkowskich. Nie zostało ono zdefiniowane w traktatach, a jego definicja została ukształtowana przez praktykę orzeczniczą Trybunału Sprawiedliwości. TSUE zdefiniował działalność gospodarczą jako „oferowanie towarów lub świadczenie usług na rynku właściwym”⁹⁹. Odpłatność nie jest warunkiem koniecznym do uznania określonych czynności za działalność gospodarczą¹⁰⁰. Podobnie nabywanie usług i towarów może być kwalifikowane jako działalność gospodarcza, o ile dokonywane jest na potrzeby działalności rynkowej, a nie konsumpcji lub realizacji uprawnień władczych¹⁰¹.

Istotna z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej w sektorze sieciowym, do którego niewątpliwie należy rynek energii elektrycznej, jest treść art. 106 TFUE. Oprócz wcześniej wskazanej kategorii przedsiębiorstw publicznych artykuł ten wprowadza pojęcie przedsiębiorstw, którym przyznano prawa wyłączne lub specjalne, przedsiębiorstw zarządzających usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym oraz przedsiębiorstw o charakterze monopolu skarbowego.

Odrębną kategorię jurystyczną stanowią przedsiębiorstwa, którym przyznano prawa specjalne lub wyłączne. Mimo początkowego utożsamiania przez Komisję obu tych rodzajów praw¹⁰², należy odróżniać te dwa pojęcia. W obu przypadkach chodzi o przyzwoleństwo władz publicznych na działanie przez dane przedsiębiorstwo w warunkach monopolu, który nie jest uzyskiwany w drodze gry rynkowej, ale w wyniku autorytatywnej decyzji organów państwowych.

Pod pojęciem praw wyłącznych należy rozumieć „prawa przyznane przez państwo członkowskie jednemu przedsiębiorstwu za pomocą jakiegokolwiek instrumentu legislacyjnego, regulacyjnego czy administracyjnego, zastrzegające temu przedsiębiorstwu prawo do prowadzenia działalności

⁹¹ Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.U. L 318 z 17.11.2006, s. 17-25).

⁹² M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007.

⁹³ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, op. cit., s. 126.

⁹⁴ Wyrok Trybunału w sprawie C-393/92, *Commune d'Almelo i inni przeciwko NV Energiebedrijf IJsselmij*, z dnia 27 kwietnia 1994 r., E.C.R. [1994], s. I-01477, pkt 31.

⁹⁵ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, op. cit., s. 127.

⁹⁶ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. WE L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 1-113).

⁹⁷ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. WE L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 114-240).

⁹⁸ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.).

⁹⁹ Wyrok Trybunału w sprawie C-35/96, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, z dnia 8 czerwca 1998 r., E.C.R. [1998], s. I-3851, pkt 36.

¹⁰⁰ D. Adamski, *Pojęcie usługi w systemie prawa rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1-2, s. 32.

¹⁰¹ Wyrok Trybunału w sprawie C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich i Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, z dnia 26 marca 2009 r., E.C.R. [2009], s. I-02207, pkt 102.

¹⁰² Dyrektywa Komisji 90/388/EEC z dnia 28 czerwca 1990 r. o konkurencji na rynkach usług telekomunikacyjnych (Dz. Urz. EWG L 192 z dnia 24 lipca 1990, s. 10-16).

na określonym terytorium”¹⁰³. Przyjmuje się, że prawa wyłączne powinny dotyczyć jednego przedsiębiorcy - mieć charakter monopolu prawnego¹⁰⁴.

Prawa specjalne natomiast, mogą mieć dwojaki charakter:

- a) ograniczenie liczby przedsiębiorstw działających na danym rynku do co najmniej dwóch podmiotów,
- b) przyznanie pewnym przedsiębiorstwom określonego rodzaju korzyści w stosunku do innych podmiotów aktywnych na rynku w postaci uprawnień lub kompetencji władczych¹⁰⁵.

Aby stwierdzić, czy dane prawo ma charakter „specjalny”, konieczna jest ocena sposobu doboru przez władze publiczne beneficjanta tego prawa. Jeśli przedsiębiorstwo zostało wyposażone w takie uprawnienia lub kompetencje w sposób obiektywny, na niedyskryminujących i proporcjonalnych warunkach (np. procedura przyznania koncesji), to nie zostanie spełniony warunek z art. 106 TFUE¹⁰⁶. Dopiero arbitralny sposób wyboru przez władze publiczne przedsiębiorstwa korzystającego z tych praw pozwala mówić o przedsiębiorstwie wyposażonym w prawa specjalne¹⁰⁷.

Użyte w art. 106 TFUE sformułowanie „usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym” przysparzało wielu problemów interpretacyjnych¹⁰⁸. Zostało ono oficjalnie (choć w sposób niewiążący) zdefiniowane w Komunikacie Komisji „Usługi użyteczności publicznej w Europie”¹⁰⁹. Zgodnie z załącznikiem nr II do Komunikatu, pod tym pojęciem należy rozumieć usługi rynkowe, które państwa członkowskie poddają szczególnym obowiązkom świadczenia usług publicznych na podstawie kryterium interesu ogólnego - usługi te mogą obejmować m.in. sieci transportowe, energetykę i łączność. To właśnie przedsiębiorstwa energetyczne mogą w pierwszej kolejności korzystać z wyłączeń z obowiązku przestrzegania unijnego prawa konkurencji, a świadczenia ze strony państwa na rzecz tych przedsiębiorstw na pokrycie ich działalności w zakresie dotyczącym świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym nie będzie stanowiło zakazanej formy pomocy publicznej. Przykładem tego jest chociażby instytucja sprzedawcy z urzędu (*supplier of last resort*)¹¹⁰.

Z kolei przedsiębiorstwa działające w warunkach monopolu skarbowego to przedsiębiorstwa utworzone przez państwo w celu generowania dochodów na rzecz Skarbu Państwa¹¹¹. Przedsiębiorstwo takie może także świadczyć usługi w ogólnym interesie gospodarczym¹¹². Obecnie podnosi się jednak, że tak rozumiany monopol skarbowy jest sprzeczny z traktatowymi swobodami i nie może być „konwalidowany” nawet przez art. 106 ust. 2 TFUE.

W odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych oraz przedsiębiorstw, którym przyznano prawa specjalne lub wyłączne, Traktat nakazuje stosowanie unijnego prawa konkurencji (art. 101-109 TFUE) oraz zakazuje dyskryminacji (art. 18 TFUE). Z kolei przedsiębiorstwa świadczące usługi w ogólnym interesie gospodarczym oraz działające w warunkach monopolu skarbowego co do zasady podlegają unijnemu prawu antymonopolowemu, jednakże nie może to stanowić faktycznej lub prawnej przeszkody w wykonywaniu poszczególnych zadań im powierzonych. Kategorie wyszczególnione w art. 106 TFUE będą w szczególności dotyczyć przedsiębiorstw aktywnych w sektorach sieciowych, zwłaszcza na rynku energii elektrycznej.

3.2. Pojęcie przedsiębiorcy w polskim prawie konkurencji

W polskim prawie funkcjonuje wiele definicji przedsiębiorcy tworzonych na potrzeby odrębnych ustaw, co jest niekorzystne z punktu widzenia stosowania prawa i przejrzystości systemu

¹⁰³ M. Szydło, *Regulacja sektorów...*, op. cit., s. 108.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ Ibidem.

¹⁰⁶ Ibidem.

¹⁰⁷ Ibidem, s. 109.

¹⁰⁸ Ibidem, s. 133-143.

¹⁰⁹ Komunikat Komisji - Usługi użyteczności publicznej w Europie (2001/C 17/04) (Dz.Urz. WE C 017, 19/01/2001 s. 4-23).

¹¹⁰ Por. pkt. 5 niniejszego rozdziału.

¹¹¹ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, op. cit., s. 142.

¹¹² S. Dudzik, *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002, s. 380.

prawnego¹¹³. Przyjmuje się jednak, że definicja o charakterze uniwersalnym zawarta jest w art. 43¹ k.c. Zgodnie z tym przepisem, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, prawna i jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, prowadząca we własnym imieniu działalność gospodarczą lub zawodową. Podobną definicję zawiera art. 4 ust. 1 u.s.d.g.¹¹⁴ (poza brakiem odniesienia do „działalności zawodowej”).

Zgodnie z k.c. oraz u.s.d.g., polskie ustawodawstwo definiuje kategorię przedsiębiorcy poprzez odniesienie do pojęcia „działalności gospodarczej”, które zostało zdefiniowane w art. 2 u.s.d.g. Zgodnie z tym przepisem, działalnością gospodarczą jest zarobkowa działalność wytwórcza, budowlana, handlowa, usługowa oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i wydobywanie kopalin ze złóż, a także działalność zawodowa, wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Nie odnosząc się do poszczególnych elementów działalności gospodarczej¹¹⁵, należy stwierdzić, że działalność w sektorze energii elektrycznej także jest formą prowadzenia działalności gospodarczej.

Jak już zostało wspomniane, poszczególne ustawy zawierają własne definicje pojęcia przedsiębiorcy, co jest uwarunkowane specyfiką danego aktu prawnego i gałęzi prawa, do której dany akt prawny przynależy. W celu ustanowienia efektywnego nadzoru nad rynkiem ustawa antymonopolowa przyjmuje swoistą, szeroką definicję przedsiębiorcy (będącą regulacją o charakterze szczególnym w stosunku do u.s.d.g.)¹¹⁶. Art. 4 pkt 1 u.o.k.k., poza przedsiębiorcami w rozumieniu u.s.d.g., obejmuje tym pojęciem także:

- a) osoby fizyczne, osoby prawne, a także jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, organizujące lub świadczące usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej;
- b) osoby fizyczne wykonujące zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzące działalność w ramach wykonywania takiego zawodu;
- c) osoby fizyczne, które posiadają kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziły działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmują dalsze działania podlegające kontroli koncentracji;
- d) związki przedsiębiorców (izby, zrzeszenia i inne organizacje zrzeszające przedsiębiorców oraz związki tych organizacji) na potrzeby przepisów dotyczących praktyk ograniczających konkurencję oraz praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów.

Z punktu widzenia koncentracji w sektorze energii elektrycznej najistotniejsze znaczenie będą mieli przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 u.s.d.g. oraz podmioty wyszczególnione w art. 4 pkt 1 lit. a i c.

Podmiotami działającymi w sferze użyteczności publicznej, będącymi przedsiębiorcami w rozumieniu lit. a komentowanego przepisu, są m.in. jednostki samorządu terytorialnego oraz komunalne osoby prawne, realizujące zadania własne jednostek samorządu terytorialnego¹¹⁷. Zadania takie polegają na zaspokojeniu potrzeb własnych wspólnoty, w szczególności takich, jak zaopatrzenie w energię elektryczną (art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym)¹¹⁸ oraz utrzymanie urządzeń użyteczności publicznej (art. 4 ust. 1 pkt 19 ustawy o samorządzie powiatowym)¹¹⁹. Ze względu na brak osobowości prawnej oraz zdolności prawnej nie będą przedsiębiorcami w rozumieniu prawa antymonopolowego jednostki pomocnicze gminy¹²⁰. Należy zaznaczyć, że działalność jednostek samorządu terytorialnego w sferze użyteczności publicznej, której celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokojenie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej stanowi tzw. gospodarkę komunalną (art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce

¹¹³ A. Kidyba, *Prawo handlowe*, Warszawa 2010, s. 21-33.

¹¹⁴ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 nr 173 poz. 1807 ze zm.).

¹¹⁵ Obecnie obie ustawy uznaje się za zharmonizowane (K. Strzykowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 228), co wydaje się jednak stwierdzeniem nazbyt optymistycznym. Problem tzw. „działalności zawodowej” dotyczył wolnych zawodów.

¹¹⁶ K. Strzykowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 390.

¹¹⁷ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, op. cit., s. 92.

¹¹⁸ Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 1990 nr 16 poz. 95 ze zm.).

¹¹⁹ Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. 1998 nr 91 poz. 578 ze zm.).

¹²⁰ Wyrok NSA z 26 maja 1992 r., SA/Wr 1248/91, Legalis.

komunalnej)¹²¹ i może być ona realizowana zgodnie z art. 2 tej ustawy, w szczególności formie samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego (może ona przybierać także inne formy, np. jednostki budżetowej). Zakresem podmiotowym ustawy antymonopolowej zostaną zatem objęte spółki handlowe z udziałem jednostek samorządu terytorialnego. Niejasna jest natomiast antymonopolowa kwalifikacja samorządowych zakładów budżetowych, w formie których - zgodnie z ustawą o finansach publicznych¹²² (art. 14 pkt 3) - mogą być realizowane zadania własne jednostek samorządu terytorialnego w zakresie zaopatrzenia w energię elektryczną. Zasadniczym problemem jest tutaj brak podmiotowości prawnej samorządowych zakładów budżetowych, która jest wymagana przez u.o.k.k.¹²³. Wydaje się, że w razie naruszenia prawa konkurencji przez tę jednostkę organizacyjną sektora finansów publicznych przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy będzie właściwa jednostka samorządu terytorialnego¹²⁴.

Ponadto ze względu na możliwość powierzenia wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego osobom niepublicznym w formie partnerstwa publiczno-prywatnego (art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej) należy za przedsiębiorców w rozumieniu ustawy uznać także te podmioty. W zakresie działalności związanej z energią elektryczną świadczenie usług użyteczności publicznej można powierzyć tylko i wyłącznie podmiotowi posiadającemu zezwolenie wymagane przepisami (ust. 2), w tym wypadku koncesję. Poza tym, w polskim prawie antymonopolowym przyjmuje się, że zadania z zakresu użyteczności publicznej mogą być wykonywane także w drodze decyzji administracyjnych i aktów prawa miejscowego stanowionych przez organy jednostki samorządu terytorialnego¹²⁵. Oznacza to uznanie podmiotów realizujących uprawnienia władcze (sfera imperium) za przedsiębiorców w rozumieniu prawa ochrony konkurencji (odmiennie od przepisów UE)¹²⁶.

Trzecią kategorią podmiotów podlegających przepisom polskiego prawa antymonopolowego w zakresie kontroli koncentracji są osoby fizyczne nieprowadzące działalności gospodarczej, posiadające kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą (co do pojęcia kontroli - por. uwagi dotyczące procedur koncentracji) oraz podejmujące czynności stanowiące zamiar koncentracji w rozumieniu art. 13 u.o.k.k. Ograniczenie tej kategorii tylko do osób fizycznych budzi zastrzeżenia ze względu na powszechną praktykę przeprowadzania tego typu działań przez jednostki organizacyjne, które nie prowadzą działalności gospodarczej¹²⁷. Rozwiązanie przyjęte przez polskiego ustawodawcę jest tym bardziej niezrozumiałe ze względu na brak analogicznego wyłączenia na gruncie prawa unijnego¹²⁸.

Jednakże ze względu na kapitałochłonność działalności gospodarczej w sektorze energetyki pojęcie przedsiębiorcy energetycznego dotyczyć będzie najczęściej spółek kapitałowych¹²⁹ (zwykle akcyjnych) będących w stanie zgromadzić duże ilości kapitału w celu sfinansowania inwestycji, czyli przedsiębiorców w rozumieniu przepisów u.s.d.g. i k.c.

Ustawa antymonopolowa nie zawiera wyłączeń będących odpowiednikami regulacji art. 106 TFUE. Taki zabieg ustawodawcy należy uznać za słuszny, ponieważ zakresem zastosowania prawa antymonopolowego został objęty bardzo szeroki katalog podmiotów, bez dokonywania rozróżnień między jednostkami sektora prywatnego a publicznego¹³⁰. Nie oznacza to oczywiście, że polskie

¹²¹ Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. 1997 nr 9 poz. 43 ze zm.).

¹²² Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2009 nr 157 poz. 1240 ze zm.).

¹²³ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, op. cit., s. 93.

¹²⁴ Wyrok SOKiK z dnia 5 marca 2003 r., XVII Ama 40/02, Dz.Urz. UOKiK z 2004 r. Nr 3, poz. 310. Przeciwnie stanowisko: wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 stycznia 2008 r., VI Aca 481/07, niepubl.

¹²⁵ Szereg nowych orzeczeń przyznaje jednostkom samorządu terytorialnego status przedsiębiorców w rozumieniu prawa antymonopolowego, por.: wyrok Sądu Antymonopolowego z 18 listopada 1998 r. XVII Ama 54/98, Wokanda rok 2000, Nr 2, s. 53; wyrok SOKiK 26 listopada 2003 r. XVII Ama 8/03, Wokanda rok 2004, Nr 12, str. 55; wyrok SN z 20 listopada 2008 r. III SK 12/08, Legalis. Istnieje również linia orzecznicza kategorycznie odrzucająca ten pogląd: wyrok SOKiK 7 lipca 2004 r. XVII Ama 65/03, Wokanda rok 2005, Nr 9, s. 53; wyrok Sądu Antymonopolowego z 8 września 1999 r. XVII Ama 27/99, Wokanda rok 2001, Nr 1, s. 55; postanowienie Sądu Antymonopolowego z 16 grudnia 1998 r. XVII Ama 88/98, Wokanda rok 2000, Nr 5, s. 56.

¹²⁶ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, op. cit., s. 100-103, 156.

¹²⁷ Ibidem, s. 107.

¹²⁸ Ibidem, s. 108.

¹²⁹ A. Bělohlávek, *Międzynarodowa ochrona prawna inwestycji energetyce*, Warszawa 2011, s. 119.

¹³⁰ G. Materna, *Pojęcie przedsiębiorcy...*, op. cit., s. 159.

prawo nie przewiduje wyłączeń sektorowych przewidzianych w prawie pierwotnym UE. Wyłączenia tego rodzaju znajdują się w innych ustawach, np. w zakresie przedsiębiorstw publicznych są to ustawy: o przedsiębiorstwach państwowych, o komercjalizacji i prywatyzacji¹³¹, o złotej akcji i o gospodarce komunalnej. Usługi użyteczności publicznej uregulowane są z kolei w ustawach z zakresu regulacji sektorowych, m.in. prawo energetyczne, prawo telekomunikacyjne¹³², prawo pocztowe¹³³, ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i odprowadzaniu ścieków¹³⁴, ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach¹³⁵.

3.3. Pojęcie przedsiębiorstwa energetycznego w prawie unijnym

Dla celów rozważań niniejszej pracy należy zawęzić pojęcie przedsiębiorcy do podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w sektorze energii elektrycznej. Dyrektywa 2009/72/WE określa w art. 2 pkt 35 przedsiębiorstwo energetyczne, jako każdą osobę fizyczną lub prawną, która prowadzi przynajmniej jedną z następujących działalności:

- w zakresie wytwarzania energii elektrycznej (art. 2 pkt 1);
- przesyłową, tj. transport energii elektrycznej przez wzajemnie połączony system najwyższego napięcia i wysokiego napięcia w celu dostarczenia jej do odbiorców końcowych lub do dystrybutorów, bez dostaw (art. 2 pkt 3);
- dystrybucyjną, tj. transport energii elektrycznej systemami dystrybucyjnymi wysokiego, średniego i niskiego napięcia w celu dostarczenia jej do odbiorców, bez dostaw (art. 2 pkt 5);
- w zakresie dostaw, tj. sprzedaży, w tym również odsprzedaży energii elektrycznej odbiorcom (art. 2 pkt 19);
- w zakresie zakupu energii elektrycznej.

Poza prowadzeniem którejs z powyższych działalności odpowiada ona za dotyczące tej działalności zadania handlowe, techniczne lub w zakresie utrzymania, z wyjątkiem odbiorców końcowych. W doktrynie dostrzega się niefortunne użycie przez polskiego ustawodawcę pojęcia „przedsiębiorstwo” zamiast „przedsiębiorca” na określenie podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w sektorach energetycznych¹³⁶. Zabieg taki wynika najprawdopodobniej z bezpośredniego przejęcia do ustawy definicji z dyrektyw unijnych I pakietu energetycznego, gdzie pojęcie „przedsiębiorstwo” (*undertaking*) zostało użyte w znaczeniu podmiotowym (por. art. 2 pkt 35 dyrektywy elektrycznej - „każda osoba fizyczna lub prawna”)¹³⁷.

Dyrektywa ponadto definiuje określone kategorie przedsiębiorców (w rozumieniu art. 54 TFUE) prowadzących działalność w sektorze energii elektrycznej. Są to:

- producent - osoba fizyczna lub prawna wytwarzająca energię elektryczną (art. 2 pkt 2);
- operator systemu przesyłowego (*transmission system operator, TSO*) - osoba fizyczna lub prawna odpowiedzialna za eksploatację, zapewnienie utrzymania i - w razie konieczności - rozbudowę systemu przesyłowego na danym obszarze, a także, w stosownych przypadkach, za jego wzajemne połączenia z innymi systemami oraz zapewnienie długoterminowej zdolności systemu do zaspokajania uzasadnionych potrzeb w zakresie przesyłania energii elektrycznej (art. 2 pkt 4);
- operator systemu dystrybucyjnego (*distribution system operator, DSO*) - osoba fizyczna lub prawna odpowiedzialna za eksploatację, utrzymanie i - w razie konieczności - rozbudowę systemu dystrybucyjnego na danym obszarze, a także, w stosownych przypadkach, za jego wzajemne połączenia z innymi systemami oraz za zapewnianie długoterminowej zdolności

¹³¹ Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz.U. 1996 nr 118 poz. 561 ze zm.).

¹³² Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 nr 171 poz. 1800 ze zm.).

¹³³ Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. 2008 nr 189 poz. 1159 ze zm.).

¹³⁴ Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. 2001 nr 72 poz. 747 ze zm.).

¹³⁵ Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 1996 nr 132 poz. 622 ze zm.).

¹³⁶ M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 23-24.

¹³⁷ Pojęcie przedsiębiorstwa energetycznego jako kategorii podmiotowej pojawiło się dopiero w III pakiecie liberalizacyjnym.

systemu do zaspokajania uzasadnionych potrzeb w zakresie dystrybucji energii elektrycznej (art. 2 pkt 6);

- odbiorca hurtowy - osoba fizyczna lub prawna, która dokonuje zakupu energii elektrycznej w celu jej odsprzedaży wewnątrz lub na zewnątrz systemu, w którym działa (art. 2 pkt 8).

Dla celów unbundlingu w dyrektywie elektrycznej znajdują się także regulacje odnoszące się do grup przedsiębiorstw łączących niektóre lub wszystkie wymienione powyżej działalności. Istotne z punktu widzenia prawa konkurencji będą następujące pojęcia:

- przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo (*vertically integrated undertaking, VIU*) - przedsiębiorstwo energetyczne lub grupa przedsiębiorstw, w których te same osoby są uprawnione, bezpośrednio lub pośrednio, do sprawowania kontroli (poprzez prawa, umowy lub inne środki dające możliwość wywierania wpływu na przedsiębiorstwo poprzez prawa rzeczowe do określonych aktywów przedsiębiorstwa lub przyznanie decydującego wpływu na skład, głosowanie lub decyzje organów przedsiębiorstwa - art. 2 pkt 34), a dane przedsiębiorstwo (lub grupa) prowadzi działalność:
 - przesyłową lub dystrybucyjnąoraz
 - w zakresie wytwarzania lub dostaw energii elektrycznej;
- przedsiębiorstwa zależne w rozumieniu unijnych przepisów o skonsolidowanych sprawozdaniach finansowych, tj.:
 - przedsiębiorstwa powiązane - gdy jednostka dominująca posiada większość głosów w jednostce zależnej, ma prawo powoływania lub odwoływania większości członków organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego jednostki zależnej, będąc jednocześnie udziałowcem lub akcjonariuszem tej jednostki oraz akcjonariuszem lub udziałowcem jednostki zależnej, zgodnie z umową z innymi akcjonariuszami lub udziałowcami, sprawuje samodzielną kontrolę nad większością praw głosu akcjonariuszy i udziałowców (art. 1 ust. 1 lit. a, b i d pkt bb dyrektywy 83/349/EWG)¹³⁸;
 - przedsiębiorstwa stowarzyszone - gdy jedno przedsiębiorstwo wywiera znaczny wpływ na bieżącą działalność i politykę finansową przedsiębiorstwa zależnego, w którym posiada udział kapitałowy oraz co najmniej 20 proc. głosów w walnym zgromadzeniu akcjonariuszy lub udziałowców (art. 33 ust. 1 dyrektywy 83/349/EWG);
- przedsiębiorstwa zintegrowane poziomo, tj. prowadzące działalność:
 - przesyłową lub dystrybucyjną, lub w zakresie wytwarzania na sprzedaż, lub w zakresie dostaw energii elektrycznejoraz
 - inną, niezwiązaną z energią elektryczną.

3.4. Przedsiębiorstwo energetyczne w polskim prawie regulacji sektorowej

Prawo energetyczne, będące implementacją III pakietu energetycznego, w art. 3 pkt 12 definiuje przedsiębiorstwo energetyczne jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji paliw albo energii lub obrotu nimi. Tak szerokie ujęcie podmiotowe w porównaniu z dyrektywą elektryczną spowodowane jest tym, że polska ustawa normuje prowadzenie działalności nie tylko w sektorze energii elektrycznej, ale w ogólności paliw i energii, w tym m.in. gazu ziemnego (ustawa stanowi także transpozycję dyrektywy gazowej 2009/73/WE, która zawiera własną definicję przedsiębiorstwa gazowego w art. 2 pkt 1). Podkreśla się, że poszczególne rodzaje działalności wymienione w tym przepisie nie muszą być prowadzone łącznie przez jeden i ten sam podmiot¹³⁹. W odniesieniu do przedsiębiorstw

¹³⁸ Siódma dyrektywa Rady z dnia 13 czerwca 1983 r. wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) Traktatu w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych (Dz.Urz. WE L 193 z dnia 18 lipca 1983, s. 1-17).

¹³⁹ K. Strzykowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 552.

prowadzących działalność związaną z energią elektryczną poszczególne rodzaje działalności należy rozumieć jako:

- wytwarzanie,
- przetwarzanie,
- magazynowanie (nie dotyczy energii elektrycznej),
- przesyłanie - transport energii elektrycznej sieciami przesyłowymi w celu ich dostarczania do sieci dystrybucyjnych lub odbiorcom końcowym przyłączonym do sieci przesyłowych, z wyłączeniem sprzedaży tej energii (art. 3 pkt 4 lit a),
- dystrybucja - transport energii elektrycznej sieciami dystrybucyjnymi w celu ich dostarczania odbiorcom, z wyłączeniem sprzedaży tej energii (art. 3 pkt 5 lit. a),
- obrót - działalność gospodarcza polegająca na handlu hurtowym albo detalicznym paliwami lub energią (art. 3 pkt 6).

Należy pamiętać, że działalność gospodarcza w zakresie wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią jest działalnością koncesjonowaną w rozumieniu przepisów u.s.d.g. (art. 46 ust. 1 pkt 3). Przepisy ustawy w zakresie dotyczącym działalności koncesjonowanej stanowią *lex generalis* w stosunku do regulacji szczegółowych prawa energetycznego (art. 32 i n.). Ustawa bowiem przewiduje szereg wyłączeń z obowiązku uzyskania koncesji przez niektóre podmioty wyszczególnione w art. 46 u.s.d.g. Ogólna zasada jednak nakazuje przedsiębiorstwom energetycznym uzyskanie koncesji¹⁴⁰. Wyjątki od tej zasady dotyczą działalności w zakresie:

- wytwarzania energii elektrycznej w źródłach o łącznej mocy zainstalowanej elektrycznej nieprzekraczającej 50 MW, niezaliczanych do odnawialnych źródeł energii lub do źródeł wytwarzających energię elektryczną w kogeneracji oraz z wyłączeniem wytwarzania energii elektrycznej z biogazu rolniczego;
- obrotu energią elektryczną za pomocą instalacji o napięciu poniżej 1 kV będącej własnością odbiorcy;
- obrotu energią elektryczną na giełdzie towarowej lub rynku regulowanym dokonywanego przez upoważniony podmiot.

Z kolei przepis art. 32 ust. 1 pr.energ. nie nakłada obowiązku uzyskania koncesji na przedsiębiorstwa prowadzące działalność w zakresie przetwarzania energii elektrycznej¹⁴¹.

Trzeba pamiętać, że wymagane są odrębne koncesje na każdy przedmiot działalności przedsiębiorstwa energetycznego. Koncesja na wytwarzanie energii nie obejmuje ani jej przesyłu, ani dystrybucji - w tym zakresie wymagane jest uzyskanie odrębnych koncesji¹⁴². Wyjątek stanowi uzyskanie przez przedsiębiorstwo energetyczne statusu sprzedawcy z urzędu (*supplier of last resort*) w wyniku wygrania przetargu lub wyznaczenia w drodze decyzji Prezesa URE (art. 9i ust. 11 pr.energ.)¹⁴³.

Większość wyłączeń spod obowiązku uzyskania koncesji, jakie przewiduje ustawa, nie dotyczy przedsiębiorstw prowadzących działalność w sektorze energii elektrycznej, tylko na rynkach gazu ziemnego, ciepła, paliw oraz innych rodzajów energii.

Prawo energetyczne co prawda nie nakłada żadnych szczególnych wymogów co do formy prawnej przedsiębiorstwa energetycznego (np. spółka kapitałowa). Jednakże pośrednio, przez wymogi dotyczące podmiotu ubiegającego się o wydanie koncesji, znacznie ogranicza krąg podmiotów mogących prowadzić działalność na rynku energii elektrycznej. O wydanie koncesji przez Prezesa URE (Urząd Regulacji Energetyki - organ koncesyjny w rozumieniu u.s.d.g.) mogą ubiegać się wnioskodawcy, którzy:

- mają siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego

¹⁴⁰ M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne...*, op. cit., s. 425.

¹⁴¹ M. Spyra, *Koncesje w prawie energetycznym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego”, nr 6 (600) 1998, s. 4.

¹⁴² Wyrok Sądu Antymonopolowego z 12 września 2001 r. XVII Ame 65/00, Wok. 2003, Nr 1, poz. 44.

¹⁴³ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 583.

Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym; należy jednak pamiętać, że obowiązkiem koncesyjnymemu według prawa polskiego będzie podlegał tylko przedsiębiorca prowadzący działalność koncesjonowaną choćby częściowo na terytorium Polski (ustawa nie precyzuje zakresu terytorialnego obowiązku)¹⁴⁴;

- dysponują środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź są w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania;
- mają możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności;
- zapewnią zatrudnienie osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych;
- uzyskali decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu albo o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej - przesłanka ta dotyczy jedynie wnioskodawców pragnących uruchomić przedsiębiorstwo energetyczne, wykorzystując nową infrastrukturę i zmieniając przy tym zagospodarowanie terenu.¹⁴⁵

Ponadto nie może uzyskać koncesji wnioskodawca:

- który znajduje się w stanie upadłości¹⁴⁶ lub likwidacji,
- któremu w ciągu ostatnich trzech lat cofnięto koncesję lub wykreślono go z rejestru działalności regulowanej na podstawie przepisów u.s.d.g.,
- który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo pozostające w związku z przedmiotem działalności gospodarczej.

O każdej odmowie wydania koncesji Prezes URE jest zobowiązany poinformować Komisję Europejską. W przypadku koncentracji przedsiębiorstw energetycznych Prezes URE posiada daleko idące uprawnienia dotyczące koncesji¹⁴⁷.

Ustawa, wzorem dyrektyw III pakietu liberalizacyjnego, kategoryzuje poszczególne przedsiębiorstwa energetyczne oraz definiuje poszczególne rodzaje działalności w zakresie gospodarki paliwami i energią. Zgodnie z dyrektywą, szczególne kategorie przedsiębiorstw w odniesieniu do energii elektrycznej to:

- operator systemu przesyłowego - przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się przesyłaniem energii elektrycznej, odpowiedzialne za ruch sieciowy w systemie przesyłowym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci przesyłowej, w tym połączeń z innymi systemami elektroenergetycznymi (art. 3 pkt 24);
- operator systemu dystrybucyjnego - przedsiębiorstwo energetyczne zajmujące się dystrybucją energii elektrycznej, odpowiedzialne za ruch sieciowy w systemie dystrybucyjnym elektroenergetycznym, bieżące i długookresowe bezpieczeństwo funkcjonowania tego systemu, eksploatację, konserwację, remonty oraz niezbędną rozbudowę sieci dystrybucyjnej, w tym połączeń z innymi systemami elektroenergetycznymi (art. 3 pkt 25);
- operator systemu połączonego - przedsiębiorstwo energetyczne zarządzające systemami połączonymi elektroenergetycznymi, w tym systemem przesyłowym i dystrybucyjnym albo systemem przesyłowym, dystrybucyjnym (art. 3 pkt 26).

3.5. Sprzedawca z urzędu (*supplier of last resort*)

Niezwykle istotną kategorią przedsiębiorstw energetycznych jest instytucja sprzedawcy z urzędu (*supplier of last resort*). Jest to przedsiębiorstwo energetyczne posiadające koncesję na obrót energią elektryczną, świadczące usługi kompleksowe (łączenie sprzedaży z przesyłaniem lub dystrybucją na podstawie umowy) odbiorcom energii elektrycznej w gospodarstwach domowych, niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy (art. 3 pkt 29 pr.energ.). Instytucja ta wprowadzona

¹⁴⁴ Ibidem, s. 435.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem, s. 436.

¹⁴⁷ Rozdział VI, pkt 4.

została do polskiego prawa energetycznego w 2005 r.¹⁴⁸ w celu dostosowania polskich rozwiązań do prawa UE wynikającego z II pakietu liberalizacyjnego (dyrektywy 2003/54/WE¹⁴⁹ i 2003/55/WE¹⁵⁰). Sprzedawca z urzędu ma za zadanie dostarczenie energii elektrycznej odbiorcom wrażliwym (*vulnerable customers*), którzy (zwykle z przyczyn faktycznych) nie mają wyboru innego sprzedawcy. Odbiorcy należący do tej kategorii to zazwyczaj mieszkańcy terenów, w których nie jest opłacalne prowadzenie działalności sieciowej (np. tereny góryste lub wyspiarskie). W związku z ponoszeniem strat przez takie przedsiębiorstwo, sprzedawca z urzędu może nie tylko łączyć poszczególne rodzaje działalności w sektorze sieciowym, ale także otrzymuje określonego rodzaju uprawnienia związane ze świadczeniem usługi użyteczności publicznej, m.in. rekompensatę od państwa na pokrycie strat za świadczenie usługi kompleksowej¹⁵¹. Rekompensata tego rodzaju nie jest uznawana za pomoc publiczną¹⁵². Sprzedawca z urzędu wyłaniany jest bądź to w drodze przetargu organizowanego przez Prezesa URE na podstawie art. 9i pr.energ., bądź - w przypadku braku oferentów - w drodze decyzji Prezesa URE, na okres 12 miesięcy. Ustanowienie tej kategorii przedsiębiorstw energetycznych jest wyjątkiem od zasady wyrażonej w art. 1 ust. 2 pr.energ., tj. rozwoju konkurencji i przeciwdziałania negatywnym skutkom naturalnych monopolii. Dlatego też sprzedawcy z urzędu powinni być traktowani ze szczególną ostrożnością przez prawo antymonopolowe, zwłaszcza w zakresie kontroli nad koncentracjami.

3.6. Pionowa i pozioma integracja przedsiębiorstw energetycznych

W zakresie możliwych relacji zachodzących pomiędzy przedsiębiorstwami energetycznymi prawo energetyczne wyróżnia jedynie przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo, tj. podmioty łączące w sposób bezpośredni lub pośredni działalność dystrybucyjną z działalnością sieciową poprzez sprawowanie kontroli nad innymi przedsiębiorcami. W tym zakresie ustawa odsyła do art. 3 ust. 2 rozporządzenia 139/2004 (wcześniej art. 3 ust. 3 rozporządzenia 4064/89). Przyjmuje się, że za przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo (w sektorze energii elektrycznej) uznawać należy następujące podmioty:

- prowadzące działalność gospodarczą w zakresie wytwarzania energii elektrycznej oraz
- realizujące działalność sieciową w zakresie tej samej struktury prawnej lub
- prowadzące działalność gospodarczą w zakresie sprzedaży lub wytwarzania energii elektrycznej, kontrolujące (poprzez prawa rzeczowe do aktywów przedsiębiorstwa, prawo obsadzania organów lub głosowania w organach) przedsiębiorstwo sieciowe mimo jego prawnej odrębności¹⁵³.

Stosunkowo wąskie ujęcie „kontroli” może okazać się niewystarczające przy wdrażaniu polityki unbundlingu (może także prowadzić do obejścia przepisów o zakazie antykonkurencyjnych koncentracji - por. uwagi dotyczące pojęcia „kontrola”). Rzeczywiste sprawowanie kontroli może dotyczyć także mniejszościowego udziałowca lub akcjonariusza, w przypadku gdy pozostałe udziały lub akcje są rozproszone albo zostały zawarte umowy inne niż wyszczególnione w art. 3 ust. 2 rozporządzenia 139/2004¹⁵⁴.

¹⁴⁸ Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. 2005 r., Nr 62, poz. 552).

¹⁴⁹ Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz.U. L 176 z 15.7.2003, s. 37-56).

¹⁵⁰ Dyrektywa 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz.U. L 176 z dnia 15 lipca 2003 r., s. 57-78).

¹⁵¹ K. Janiszewska, *Po co i komu jest potrzebny sprzedawca z urzędu - rozwiązania krajowe i doświadczenia innych państw*, Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki, Nr 5(43) 2005, s. 25.

¹⁵² Wyrok Trybunału w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, przy udziale *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, z dnia 24 lipca 2003 r., E.C.R. [2003], s. I-07747.

¹⁵³ M. Czarnecka, T. Oglódek, *Prawo energetyczne...*, op. cit., s. 25.

¹⁵⁴ Notatka Dyrekcji Generalnej Komisji Europejskiej ds. Energetyki i Transportu z dnia 16 stycznia 2004 r. dotycząca dyrektyw 2003/54/WE i 2003/55/WE o wewnętrznym rynku energii elektrycznej i gazu.

Przedsiębiorstwa zintegrowane poziomo (prowadzące działalność gospodarczą poza sektorem energii elektrycznej i gazu ziemnego) nie zostały wyszczególnione w pr.energ., jednak praktyka i doktryna, idąc za wzorem dyrektywy elektrycznej, wyróżniają taką kategorię jurejdyyczną¹⁵⁵. Przedsiębiorstwa energetyczne mogą występować w obrocie zarówno jako przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo, jak i przedsiębiorstwa sieciowe¹⁵⁶.

Same natomiast przedsiębiorstwa działające w warunkach monopolu naturalnego, tj. zajmujące się przesyłaniem oraz dystrybucją energii elektrycznej, przyjęto określać zbiorczym mianem przedsiębiorstw sieciowych¹⁵⁷.

3.7. Wnioski

Dokładna analiza zakresu podmiotowego prawa antymonopolowego i regulacji sektorowych (zarówno unijnych, jak i krajowych) pozwala zauważyć rozbieżności terminologiczne pomiędzy poszczególnymi gałęziami i systemami prawnymi. Problem terminologiczny pojawia się już na samym początku określenia zakresu przedmiotowego badanego problemu. Akty prawa unijnego (rozporządzenie 139/2004 oraz dyrektywa 2009/72/WE) posługują się pojęciem „przedsiębiorstwa” (*undertaking*). Polskie prawo antymonopolowe wzorem innych ustaw (m.in. k.c. i u.s.d.g.) stosuje natomiast pojęcie „przedsiębiorcy”. Polskie prawo gospodarcze przeciwstawia bowiem pojęcie „przedsiębiorcy” (ujęcie podmiotowe) pojęciu „przedsiębiorstwa” (ujęcie przedmiotowe). Dokonując transpozycji kolejnych dyrektyw elektrycznych, polski ustawodawca wprowadził do krajowych przepisów prawa regulacji sektorowej pojęcie „przedsiębiorstwa” (energetycznego), nadając temu terminowi wymiar podmiotowy. Konieczność zastosowania takiego zabiegu budzi wątpliwości, gdyż wprowadza to chaos do krajowego porządku prawnego i może prowadzić do wielu nieścisłości terminologicznych, zwłaszcza na tle stosowania prawa konkurencji w sektorze energii elektrycznej.

Niewątpliwą zaletą prawa antymonopolowego jest tendencja do jak najszerszego ujmowania przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy). W szczególności w sektorze świadczenia usług użyteczności publicznej pozwala to objąć zakresem zastosowania rozporządzenia i ustawy wiele jednostek sektora publicznego. Dotyczy to zwłaszcza spółek Skarbu Państwa, samorządowych zakładów budżetowych, organizacji zrzeszających przedsiębiorców, a nawet jednostek samorządu terytorialnego. Gwarantuje to pożądaną stan konkurencji na rynku i zapewnia niedyskryminacyjne traktowanie wszelkiego rodzaju podmiotów aktywnych w różnych dziedzinach życia gospodarczego.

Jeżeli chodzi o przedsiębiorców (przedsiębiorstwa) aktywnych w sektorze energii elektrycznej, należy pamiętać, że sposób prawnego ukształtowania ich pozycji na rynku często prowadzi do zniekształcenia konkurencji. Sam Traktat pozwala na odstępstwa od stosowania unijnego prawa konkurencji na rzecz przedsiębiorstw świadczących usługi w ogólnym interesie gospodarczym (art. 106 ust. 2 TFUE). Jest to uzasadnione strategicznym dla bezpieczeństwa publicznego charakterem tego rodzaju usług. Uprzywilejowana pozycja niektórych przedsiębiorstw energetycznych (np. sprzedawcy z urzędu) nie stanowi sama w sobie naruszenia prawa antymonopolowego - w pozostałym („niewyłączonym”) zakresie przedsiębiorstwa te wciąż podlegają prawu antymonopolowemu. Podmioty te nie tracą w ten sposób statusu przedsiębiorstwa (rozporządzenie 139/2004) lub przedsiębiorcy (u.o.k.k.).

¹⁵⁵ A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 22.

¹⁵⁶ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 553.

¹⁵⁷ T. Skoczny, *Stan i tendencje rozwojowe prawa administracji regulacyjnej w Polsce [w:] Ius Publicum Europaeum. Dwunaste Polsko-Niemieckie Kolokwium Prawników Administratywistów*, Warszawa 20-22 września 2001 r., H. Bauer, P.M. Huber, Z. Niewiadomski (red.), Warszawa 2003, s. 102.

Rozdział IV Rynki właściwe w sektorze energii elektrycznej

Jednym z podstawowych pojęć prawa konkurencji (zarówno unijnego, jak i krajowego oraz pozaunijnych systemów prawnych) jest pojęcie rynku właściwego (*the relevant market*). Każde bowiem zachowanie przedsiębiorstw mające znaczenie z punktu widzenia prawa antymonopolowego dokonuje się na określonym rynku. Prawidłowe określenie rynku właściwego pozwala organowi antymonopolowemu na objęcie zakresem kontroli jedynie pewnej sztucznie wyodrębnionej części życia gospodarczego. Rynek właściwy stanowi punkt odniesienia dla organów stosujących prawo konkurencji (m.in. w sprawach dotyczących nadużywania pozycji dominującej, zawierania porozumień antykonkurencyjnych, a także koncentracji przedsiębiorców). Pojęcie to nie pojawia ani w traktatach, ani w rozporządzeniu 139/2004. Art. 2 rozporządzenia mówi jedynie o konieczności dokonania oceny danej koncentracji na tle wspólnego rynku. Warunkiem *sine qua non* przeprowadzenia takiej analizy w sposób prawidłowy jest ustalenie punktu odniesienia, tj. rynku właściwego (w celu ustalenia, czy dana koncentracja doprowadzi np. do powstania pozycji dominującej)¹⁵⁸.

Na poziomie UE sposób ustalania rynku właściwego został szczegółowo określony w obwieszczeniu Komisji Europejskiej z dnia 9 grudnia 1997 r.¹⁵⁹ Komisja na potrzeby prowadzonych przez siebie postępowań wyróżniła rynek właściwy:

- asortymentowo (produktowo) - rynek składający się z wszystkich tych produktów i/lub usług, które uważane są przez konsumenta za zamienne lub za substytuty, ze względu na właściwości produktów, ich ceny i ich zamierzone stosowanie;
- terytorialnie (geograficznie) - rynek obejmujący obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty i usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią.

Ponadto, postuluje się również wyodrębnienie rynku właściwego czasowo w sytuacji, gdy substytucyjność popytu i podaży ulega znaczącym zmianom w określonych przedziałach czasowych (np. w zależności od pory roku)¹⁶⁰. To kryterium może mieć również znaczenie na rynkach właściwych sektora energii elektrycznej ze względu na zróżnicowane zapotrzebowanie w zależności od pory dnia lub pory roku¹⁶¹.

Pojęcie rynku właściwego znajduje się również w polskiej ustawie antymonopolowej (art. 4 pkt 9) - jest ono podobne do definicji stosowanej przez organy unijne, dzięki czemu nie ma rozbieżności między stosowaniem prawa konkurencji przez Komisję i Prezesa UOKiK. Z punktu widzenia ochrony konkurencji w sektorze energii elektrycznej niewątpliwą zaletą polskiej regulacji jest natomiast wyeksponowanie kryteriów służących wyodrębnieniu rynku właściwego, takich jak „bariery dostępu do rynku”, „różnice cen”, „koszty transportu” i „zbliżone warunki konkurencji”.

Zgodnie z Obwieszczeniem Komisji, granice rynku właściwego (produktowo i geograficznie) wyznaczane są poprzez odniesienie do trzech czynników. Są nimi:

- substytucyjność popytu - czy niewielki (5-10 proc.), ale stały wzrost cen względnych sprawi, że konsumenci zaczną nabywać inny (konkurencyjny) produkt od dostawcy sprzedającego swoje produkty w innym miejscu;
- substytucyjność podaży - czy dostawcy są w stanie przestawić produkcję w przypadku wzrostu cen zakupu danego (konkurencyjnego) towaru/usługi lub zmienić źródło zaopatrzenia;
- potencjalna konkurencja.

¹⁵⁸ K. Kohutek, *Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, stan prawny na: 1 listopada 2004 r., LEX.

¹⁵⁹ Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03), Dz.Urz. WE C 372/5 z 9 grudnia 1997 r., s. 155).

¹⁶⁰ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 192-193; K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 393.

¹⁶¹ Zob. pkt. 2.1. niniejszego rozdziału.

Jeśli chodzi o rynek właściwy produktowo, to precyzyjne określenie jego zasięgu wymaga podjęcia czasochłonnnych i kosztownych analiz ekonomicznych. Jednakże na ogół (zwłaszcza w sprawach dotyczących kontroli koncentracji, gdzie zwykle dochodzi do wydania decyzji zezwalającej¹⁶²) nie ma potrzeby precyzyjnego i jednoznacznego wyznaczania rynków właściwych, na których działa określone przedsiębiorstwo. Dlatego też organy antymonopolowe w sprawach kontroli nad koncentracjami ograniczają się jedynie do zbadania wpływu danej koncentracji na konkurencję na rynkach właściwych wyodrębnionych w sposób alternatywny. Na podstawie wstępnych analiz organ antymonopolowy tworzy kilka możliwości wyodrębnienia rynków właściwych, a następnie bada, czy w którymkolwiek z zakładanych przypadków pojawi się obawa dotycząca konkurencji (*competition concern*). Jeśli nie powstanie się w żadnym z nich, oznacza to że niezależnie od tego, który z podziałów jest odpowiedni, koncentracja jest zgodna z rynkiem wewnętrznym i może zostać dokonana (co jest zasadą). W razie gdy przy którymkolwiek z założeń wyłoni się zagrożenie dla konkurencji, organ musi precyzyjnie określić rynek właściwy i wybrać jedną z wcześniej zaproponowanych koncepcji.

Zazwyczaj więcej trudności przysparza ustalenie rynku właściwego geograficznie. Należy w tym celu zbadać zasięg terytorialny rynku na podstawie zasięgu udziałów oraz ustalenia różnic cen na poziomie regionalnym, krajowym, unijnym i globalnym. Konieczne jest zbadanie przyczyn różnic cen, sprawdzenie możliwości przestawienia się odbiorców danego towaru lub usługi (zarówno konsumentów, jak i przedsiębiorców) na dostawcę zlokalizowanego w innym miejscu w przypadku nieznacznych zmian popytu lub podaży, oraz ustalenie, jakie mogą być ewentualne bariery wejścia na rynek – faktyczne (np. monopol naturalny, wysokie koszty produkcji, konieczność budowy sieci dystrybucyjnej) oraz prawne (koncesje, taryfy, monopole prawne, prawa wyłączne lub specjalne przyznane na podstawie art. 106 TFUE).

Czynnikiem mającym maksymalnie usprawnić postępowanie przed Komisją jest wymóg przedstawienia przez uczestników koncentracji „rynkowego wymiaru koncentracji” na etapie przednotyfikacyjnym, „możliwie najwcześniej” – wynika to z Dobrych Praktyk Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji w sprawie koncentracji przedsiębiorstw¹⁶³. Obowiązek ten z pewnością ułatwia specyficzne postępowanie dowodowe i pozwala na szybkie rozstrzygnięcie sprawy w krótkich terminach określonych w rozporządzeniu 139/2004.

Ponadto Komisja nakazuje brać pod uwagę również dodatkowy czynnik, jakim jest integracja rynku w Unii. Punkt 32 Obwieszczenia stanowi, że „[s]ytuacja, gdy rynki krajowe zostały w sztuczny sposób odizolowane od siebie ze względu na istnienie przeszkód natury prawnej, które obecnie zostały usunięte, w zasadzie prowadzi do uważnych ocen wcześniejszych dowodów dotyczących cen, udziałów w rynku lub modelu handlu”. Należy wziąć zatem pod uwagę, zwłaszcza przy określaniu rynku właściwego geograficznie na potrzeby kontroli koncentracji, przyszłej integracji gospodarczej i poszerzenia terytorialnego zasięgu rynków. Ten punkt Obwieszczenia dotyczy w szczególności sektorów sieciowych, które są stopniowo otwierane na konkurencję, a przyszły terytorialny zasięg rynków właściwych pozostaje kwestią otwartą.

Wejście w życie I pakietu liberalizacyjnego uwidoczniło różnorodność rynków właściwych w związku z działalnością gospodarczą w sektorze energii elektrycznej. Już w pierwszych sprawach (*nota bene* dotyczących koncentracji przedsiębiorstw)¹⁶⁴ uczestnicy koncentracji (głównie dawni monopolści) deklarowali, że prowadzą działalność gospodarczą na kilku rynkach, co było akceptowane przez Komisję. Począwszy od roku 1998, w wyniku decyzji Komisji i krajowych organów ochrony konkurencji państw członkowskich doszło do segmentacji sektora energii elektrycznej na poszczególne rynki właściwe produktowo i geograficznie. Analizując poszczególne koncentracje (oraz inne zachowania relewantne z punktu widzenia prawa antymonopolowego), Komisja uwzględniła normy regulacji sektorowych, za każdym razem wyróżniając w sektorze energii elektrycznej poszczególne rodzaje

¹⁶² <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>.

¹⁶³ DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, z dnia 20 stycznia 2004 r., pkt 17.

¹⁶⁴ Np. decyzje Komisji w sprawach: *EDF/ESTAG*, COMP IV/M.1107 z dnia 17 marca 1998 r., Dz.Urz. WE C 142, 7 maja 1998 r., s. 15; *EDF/GRANINGE*, COMP IV/M.1169 z dnia 25 maja 1998 r., Dz.Urz. WE C 186, 16 czerwca 1998 r., s. 6.

działalności (wytworzenie, przesyłanie, dystrybucję, dostawy oraz obrót energią)¹⁶⁵. Ze względu na różny stopień otwarcia i konkurencyjności rynków poszczególnych państw, czego przejawem jest chociażby działalność przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo (dawnych monopolistów), określenie rynku właściwego w tych dwóch aspektach będzie różne dla różnych części rynku wewnętrznego, także wewnątrz poszczególnych państw członkowskich.

Polski organ antymonopolowy niejednokrotnie miał okazję dokonać delimitacji rynków właściwych w sektorze energii elektrycznej przy okazji wydawania decyzji w zakresie prewencyjnej kontroli nad koncentracjami. Rozstrzygnięcia te odwołują się do obowiązującego w danym okresie stopnia regulacji sektora. Dostosowanie prawa energetycznego do kolejnych pakietów liberalizacyjnych oznaczało zupełną zmianę funkcjonującego jeszcze w połowie lat 90. modelu sektora. Znaczącym momentem na drodze do liberalizacji było z pewnością skorzystanie przez Prezesa URE z kompetencji przewidzianej w art. 49 ust. 2 pr.energ, dnia 30 czerwca 2000 r., kiedy to organ regulacyjny uznał niezmopolizowane rynki energii elektrycznej za konkurencyjne i zwolnił przedsiębiorstwa energetyczne z obowiązku przedstawiania taryf do zatwierdzania¹⁶⁶. Prezes URE zaznaczył, że nie oznacza to wycofania się organu z regulacji sektora, w którym wciąż mogą pojawić się zagrożenia dla konkurencji. Niski stopień liberalizacji sektora u progu XXI w. został potwierdzony przez UOKiK (przyczyną takiego stanu rzeczy były m.in. kontrakty długoterminowe)¹⁶⁷.

4.1. Rynek właściwy produktowo

Już w pierwszych decyzjach, jeszcze przed wejściem w życie I pakietu liberalizacyjnego, Komisja stwierdziła, że energia elektryczna nie może zastąpić innych form energii (m.in. gazu ziemnego i paliw ciekłych), jeśli jest wykorzystywana do zasilania urządzeń elektrycznych¹⁶⁸. Nie ulega zatem wątpliwości, że działalność gospodarcza w sektorze energii elektrycznej odbywa się na innym rynku właściwym niż działalność w sektorze gazu i paliw ciekłych¹⁶⁹. W związku z tym energia elektryczna nie będzie również produktem konkurencyjnym w stosunku do ciepła, ze względu na ograniczoną substytucyjność popytu i wysokie koszty związane z dostosowaniem urządzeń odbierających ciepło (np. wymiana kaloryfera na piecyk elektryczny i *vice versa*). Dlatego też przedsiębiorstwo prowadzące działalność gospodarczą w zakresie kogeneracji będzie aktywne na co najmniej dwóch rynkach właściwych - energii elektrycznej i ciepła (oczywiście istnieje niebezpieczeństwo stosowania przez taki podmiot subsydiowania skośnego).

Przyjęcie dyrektywy 92/96/WE¹⁷⁰ i wprowadzanie coraz to dalej idących form unbundlingu zmusiło Komisję oraz krajowe organy ochrony konkurencji do wyróżniania w sektorze energii elektrycznej rynków właściwych produktowo, które w dużej mierze odpowiadały segmentacji sektora wprowadzonej przez I dyrektywę elektryczną. Zostało to znacząco podkreślone przez Dochodzenie Sektorowe 2005/2006. Niemniej Komisja wielokrotnie zaznaczała, że dążąc do wyodrębnienia rynków właściwych na danym obszarze (zazwyczaj na terenie danego państwa), należy uwzględnić rzeczywisty stopień liberalizacji sektora energetycznego¹⁷¹. Zatem ze względu na różny stopień liberalizacji poszczególnych rynków (państwa „nowej” i „starej” Unii) oraz uwarunkowania geograficzne (kraje wyspiarskie) i historyczne (Skandynawia, Czechy i Słowacja),

¹⁶⁵ Por. np. decyzja Komisji w połączonych sprawach: *ECS/Intercommunale IVEKA*, COMP IV/M.3075, *ECS/Intercommunale IGAO*, COMP IV/M.3076, *ECS/Intercommunale INTEGREM*, COMP IV/M.3077, *ECS/Intercommunale GASELWEST*, COMP IV/M.3078, *ECS/Intercommunale IMEWO*, COMP IV/M.3079, *ECS/Intercommunale IVERLEK*, COMP IV/M.3080 z dnia 13 lutego 2003 r., C(2003) 582, par. 11.

¹⁶⁶ *Stanowisko w sprawie kryteriów uznania rynku energii elektrycznej za rynek konkurencyjny*, Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki, Nr 4 (12) 2000, s. 2-3.

¹⁶⁷ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DDI-107/02 z dnia 13 grudnia 2002 r.

¹⁶⁸ Decyzja Komisji w sprawach: *Viag/Bayernwerk*, COMP IV/M.417 z dnia 5 maja 1994 r., Dz.Urz. WE C 168, 21 czerwca 1994 r., s. 11, pkt 8, 11; *Neste/IVO*, COMP IV/M.931 z dnia 2 czerwca 1998 r., Dz.Urz. WE C 218 z 14 lipca 1998 r., s. 4, pkt 21; *EDF/ESTAG*, pkt 9.

¹⁶⁹ E. Cabau, *The definition of the relevant market* [w:] C. W. Jones (red.), *EU Energy Law. Volume II - EU Competition Law and Energy Markets*, Leuven 2005, s. 9.

¹⁷⁰ Dyrektywa 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.Urz. WE L 27 z dnia 30 stycznia 1997, s. 20-29).

¹⁷¹ Np. decyzja Komisji w sprawie *EDF/Louis Dreyfus*, COMP IV/M.1557 z dnia 28 września 1999 r., Dz.Urz. WE C 323 z dnia 11 listopada 1999 r., s. 11., par. 32.

rynki właściwe produktowo będą kształtowały się odmiennie w zależności od terytorium, na którym są one wyróżniane. Niemniej jednak wprowadzanie swobód rynku wewnętrznego do sektorów infrastrukturalnych skutkować będzie wykrystalizowaniem się jednolitego podziału sektora energii elektrycznej na rynki właściwe.

4.1.1. Wytwarzanie i hurtowe dostawy energii elektrycznej (*generation and wholesale supply of electricity*)

Rynek ten obejmuje wprowadzanie energii elektrycznej do obrotu gospodarczego - można go uznać za pierwotny rynek energii elektrycznej. Wyszczególnienie tego rynku nie budzi wątpliwości w praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych¹⁷². Jak sama nazwa wskazuje, składa się on zasadniczo z dwóch „pod-rynków” (*submakrets*), które należy omówić oddzielnie ze względu na odmienne uwarunkowania dotyczące wytwarzania oraz hurtowych dostaw energii elektrycznej.

4.1.1.1. Wytwarzanie energii elektrycznej

Wytwarzanie energii elektrycznej jest jednym z podstawowych pojęć dyrektywy 2009/72/WE (art. 2 pkt 1) oraz pr.energ. (brak definicji ustawowej). Z punktu widzenia praktyki decyzyjnej Komisji Europejskiej bez znaczenia pozostaje sposób wytworzenia energii (elektrownie atomowe, gazowe, wodne, farmy wiatrowe)¹⁷³. Odmienne założenie przyjmuje polski organ antymonopolowy, który konsekwentnie wyodrębnia dwa rynki właściwe w ramach omawianej działalności:

- wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu energii konwencjonalnej,
- wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu energii ze źródeł odnawialnych, które pr.energ. (art. 3 pkt 20) określa jako: źródła wykorzystujące w procesie przetwarzania energię wiatru, promieniowania słonecznego, geotermalną, fal, prądów, pływów morskich, spadów rzek oraz energię pozyskiwaną z biomasy¹⁷⁴, biogazu wysypiskowego, a także biogazu powstałego w procesach odprowadzania lub oczyszczania ścieków albo rozkładu składowanych szczątków roślinnych i zwierzęcych¹⁷⁵,

UOKiK uzasadnia taki podział rynku wyższymi kosztami wytworzenia energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych w stosunku do energii konwencjonalnej oraz prawnym obowiązkiem zakupu tak wytworzonej energii (wcześniej na podstawie rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 30 maja 2003 r. „w sprawie szczegółowego zakresu obowiązku zakupu energii elektrycznej i ciepła z odnawialnych źródeł energii oraz energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła”¹⁷⁶, obecnie zastąpionego przez system świadectw pochodzenia energii i opłat zastępczych - por. rynek obrotu derywatami elektrycznymi). Co ciekawe, UOKiK nie dostrzegł potrzeby dzielenia rynku wytwarzania i hurtowych dostaw (wprowadzania do obrotu) pod względem rodzaju źródła wytwarzania energii w innych sprawach, w tym przy zakazie koncentracji *PGE/Energa*¹⁷⁷.

Niezależnie od wprowadzenia wewnętrznej fragmentaryzacji tego rynku, w ramach działalności regulacyjnej i polityki ochrony środowiska dopuszczalne jest uprzywilejowanie wytwarzania energii

¹⁷² Por. np. decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: RLO-16/2005 z dnia 6 maja 2005 r.; DKK-13/2007 z dnia 27 sierpnia 2007 r.

¹⁷³ K. Kloc-Evison, D. Koška, *Kontrola koncentracji + regulacja = LIBERALIZACJA* [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010, s. 481.

¹⁷⁴ Zgodnie z ustawą z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011 r., Nr 152, poz. 897), zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z odpadów selektywnie zebranych mają być przez odbiorcę odpadów (wyłonionego przez gminę w drodze przetargu) dostarczane do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów (wskazanej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami, również wyłonionej w drodze przetargu). Niedopełnienie tego obowiązku może skutkować wykreśleniem z rejestru działalności regulowanej, co oznacza zakaz dostarczania tych odpadów jakimkolwiek innemu podmiotowi. Przepisy te weszły w życie 1 stycznia 2012 r., ale wymagają przyjęcia przez jednostki samorządu terytorialnego odpowiednich aktów prawa miejscowego oraz wojewódzkich planów gospodarki odpadami (w praktyce przepisy zaczęły funkcjonować dopiero w 2013 r.). Ogranicza to możliwości pozyskiwania surowców przez wytwórców energii ze źródeł odnawialnych.

¹⁷⁵ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-58/2004 z dnia 12 lipca 2004; DOK-163/2006 z dnia 22 grudnia 2006 r.; DOK-19/2007 z dnia 16 lutego 2007 r.; DOK-29/2007 z dnia 8 marca 2007 r.

¹⁷⁶ Dz. U. z 2003 r. Nr 104 poz. 971.

¹⁷⁷ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DKK-32/2007 z dnia 28 września 2007 r.; DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

ze źródeł odnawialnych, np. poprzez zwolnienie z obowiązku podatkowego (art. 30 ust. 1 ustawy o podatku akcyzowym)¹⁷⁸ lub przyznanie nabywcy takiej energii zwolnień z określonych świadczeń publicznoprawnych (np. opłaty zastępczej zgodnie z art. 9e pr.energ.).¹⁷⁹ Może mieć to oczywiście wpływ na kształtowanie się innych rynków - rynek wytwarzania i hurtowych dostaw jest zasadniczo „jednorodny” i „niepodzielny” jako rynek pierwotny.

Innego rodzaju segmentacji analizowanego rynku można dokonać ze względu na wpływ mocy źródła wytwarzania. W sprawie *ENEL/Acciona/Endesa* Komisja nie zanegowała możliwości istnienia na terytorium kontynentalnej Hiszpanii odrębnego rynku wytwarzania energii elektrycznej podlegającej „specjalnemu reżimowi”, tj. o mocy źródła poniżej 50 MW¹⁸⁰. W późniejszej decyzji w sprawie *GDF Suez/International Power* Komisja zanegowała jednak potrzebę segmentacji rynku portugalskiego na wytwarzanie energii elektrycznej w „ogólnym reżimie” (*produção de electricidade em regime ordinário*) i wytwarzanie w „reżimie specjalnym” (*produção de electricidade em regime especial*)¹⁸¹. Oprócz wytwarzania energii w elektrowniach, omawiany rynek obejmuje także import energii elektrycznej, dokonywany za pośrednictwem połączeń wzajemnych (*interconnectors*) między systemami sieciowymi¹⁸².

Podmiotami aktywnymi na tym rynku będą producenci oraz importerzy energii elektrycznej¹⁸³. W uzasadnieniach decyzji w sprawach antymonopolowych dotyczących sektora energii elektrycznej, Komisja, wyszczególniając rodzaje działalności gospodarczej w tym sektorze, jako pierwszy z nich podaje rynek wytwarzania energii¹⁸⁴. Niemniej, gdy sprawy dotyczyły podmiotów wytwarzających energię elektryczną, za rynek właściwy asortymentowo uznawano, oprócz wytwarzania, także hurtowe dostawy energii. W sprawie *Sydkraft/Graininge* uczestnicy koncentracji twierdzili, że istnieje potrzeba dokonania wyodrębnienia rynku wytwarzania energii elektrycznej od rynku asortymentowego hurtowej sprzedaży tej energii¹⁸⁵. Sydkraft podtrzymywał, że wytwarzanie energii w elektrowniach stanowi pierwsze ogniwo łańcucha całego procesu (*value chain*) i dokonywane jest w ramach innego podmiotu niż dostarczanie energii użytkownikom końcowym¹⁸⁶. Komisja jednak, konsekwentnie stosując utrwaloną praktykę decyzyjną, uznała wytwarzanie i hurtową sprzedaż energii za ten sam rynek właściwy, niewymagający dalszej segmentacji¹⁸⁷. Kwestia rozgraniczenia obu rynków pozostaje nierozstrzygnięta. Wydaje się, że decydującym momentem oceny, czy należy oddzielić samo wytwarzanie energii jako odrębny rynek właściwy produktowo, powinno zależeć nie od faktu fizycznego wytworzenia energii, ale od momentu wprowadzenia jej na rynek, tj. udostępnienia odbiorcom. Takie rozumowanie znajduje odzwierciedlenie w decyzjach Komisji¹⁸⁸.

4.1.1.2. Hurtowe dostawy energii elektrycznej

Hurtowe dostawy energii elektrycznej z kolei obejmują zasadniczo dostarczanie energii sprzedawcom i dystrybutorom¹⁸⁹. Zgodnie z praktyką decyzyjną Komisji, nie stanowią one same w sobie odrębnego rynku właściwego asortymentowo¹⁹⁰, ale część rynku wytwarzania (*generation and wholesale of electricity*). Oczywiście na potrzeby danej sprawy istnieje możliwość zawężenia badanego obszaru życia gospodarczego poprzez wyodrębnienie rynku właściwego

¹⁷⁸ Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. z 2011 r. Nr 108, poz. 626, ze zm.).

¹⁷⁹ Zob. pkt. 1.4.2. niniejszego rozdziału.

¹⁸⁰ Decyzja Komisji w sprawie *ENEL/Acciona/Endesa*, COMP IV/M.4685 z dnia 5 lipca 2007 r., Dz.Urz. WE C 212 z dnia 11 września 2007 r., s. 2, par. 15.

¹⁸¹ Decyzja Komisji w sprawie *GDF Suez/International Power*, COMP IV/M.5978 z dnia 26 stycznia 2011 r., Dz.Urz. UE C 60 z dnia 25 lutego 2011 r., s. 9, par. 22.

¹⁸² Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, COMP IV/M.3440 z dnia 9 grudnia 2004 r., Dz.Urz. WE L 302 z dnia 19 listopada 2005 r., s. 69, par. 49.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Zob. przypis 164.

¹⁸⁵ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Graininge*, COMP IV/M.3268 z dnia 30 października 2003 r., Dz.Urz. WE C 297 z dnia 9 grudnia 2003 r., s. 22, par. 15.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ Ibidem, par. 19.

¹⁸⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, COMP IV/M.2947 z dnia 11 czerwca 2003 r., Dz.Urz. WE L 92 z dnia 30 marca 2004 r., s. 91, par. 27.

¹⁸⁹ E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 12.

¹⁹⁰ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*, COMP IV/M.3696 z dnia 21 grudnia 2005 r., Dz.Urz. WE L 253 z dnia 16 września 2006, s. 20, par. 223.

hurtowych dostaw energii elektrycznej, jak to miało miejsce w odniesieniu do portugalskiego sektora energetycznego w sprawie *EDP/ENI/GDP* (jedyne dotychczas zakazu koncentracji przedsiębiorstw energetycznych)¹⁹¹. Niezależnie jednak od szczególnych uwarunkowań i założeń przyjętych na potrzeby badanej koncentracji (lub porozumienia przedsiębiorstw, lub nadużycia pozycji dominującej), na zliberalizowanym rynku energii elektrycznej konieczne jest odróżnienie rynku hurtowych dostaw energii od obrotu energią (*electricity trading*)¹⁹².

Na innym stanowisku stoi polski UOKiK, który wyraźnie dokonuje wyróżnienia rynku obrotu hurtowego energią elektryczną, definiowanego jako „całkowitą sprzedaż energii elektrycznej wyprodukowanej przez wytwórców, pomniejszoną o wielkość sprzedaży dokonywanej przez wytwórców bezpośrednio odbiorcom końcowym”¹⁹³. W tym zakresie mieści się również energia importowana przy wykorzystaniu połączeń międzysystemowych (co ma obecnie marginalne znaczenie). Praktyka polskiego UOKiK jest konsekwentna w aż tak daleko idącym podziale rynków, jednak wydaje się ona nieuzasadniona, biorąc pod uwagę tożsamość podmiotów po stronie popytu i podaży zarówno w przypadku wytwarzania i wprowadzania do obrotu, jak i obrotu hurtowego (w rozumieniu polskiego orzecznictwa antymonopolowego), a także tożsamość uwarunkowań rynkowych.

W ramach hurtowych dostaw energii elektrycznej wyróżnia się nabywanie energii na giełdzie towarowej (jest to odrębny rynek właściwy w stosunku do fizycznego nabywania energii - por. rynek właściwy detaliczny), a także nabywanie energii w drodze umów dwustronnych między wytwórcami/importerami a odbiorcami (hurtowymi lub końcowymi)¹⁹⁴. Wyniki Dochodzenia Sektorowego zanegowały potrzebę wyodrębniania osobnych rynków w zależności od rynku giełdowego, na którym energia jest nabywana - rynek bieżący (*day ahead*) i terminowy (*one year forward*) stanowią formy obrotu energią elektryczną w ramach giełdy towarowej, tj. rynku właściwego wytwarzania i hurtowych dostaw energii¹⁹⁵.

Organy antymonopolowe, a w szczególności Komisja Europejska, zmagają się z problemem dotyczącym zakwalifikowania dużych odbiorców końcowych (*large end customers*), jeżeli są oni podłączeni do systemu za pomocą linii bezpośredniej (wysokiego napięcia), do rynku hurtowych dostaw energii. W zależności od specyfiki danej sprawy i przedmiotu działalności uczestników koncentracji Komisja dzieli sektor energii elektrycznej na dwa sposoby:

- wyróżniając rynek wytwarzania i dostaw hurtowych oraz rynek dostaw energii elektrycznej odbiorcom końcowym, niezależnie od wielkości odbiorcy (relacja: sprzedawca-kupujący) - wówczas duzi odbiorcy kwalifikowani są jako uczestnicy drugiego z wymienionych rynków¹⁹⁶, o ile oczywiście nabywają energię na własne potrzeby (są odbiorcami końcowymi w rozumieniu dyrektywy elektrycznej);
- wyróżniając rynek dostaw hurtowych i detalicznych - w takim wypadku duzi odbiorcy muszą zostać zakwalifikowani jako uczestnicy rynku pierwotnego (dostaw hurtowych)¹⁹⁷.

Kryterium mogącym zdecydować o przynależności danej działalności do rynku właściwego dostaw hurtowych energii elektrycznej jest obszar geograficzny, w obrębie którego dokonywana jest dostawa. Może się to wiązać z potrzebą segmentacji rynku dostaw energii elektrycznej na odrębne rynki właściwe. Problem ten jest zauważalny w szczególności w państwach federalnych (Austria i Niemcy), gdzie działają dostawcy na poziomie *Länder*, zaopatrując lokalne przedsiębiorstwa komunalne. Wówczas dostawcy działający na poziomie regionalnym są uważani za dostawców hurtowych (pierwotnych). W sprawach *Verbund/Energie Allianz* i *VEBA/VIAG* Komisja uznała

¹⁹¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 37-38.

¹⁹² E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 11.

¹⁹³ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.; DOK-19/07 z dnia 16 lutego 2007 r.; DOK-29/07 z dnia 8 marca 2007 r.

¹⁹⁴ Decyzja Komisji w sprawie *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico*, COMP IV/M.2684 z dnia 19 marca 2002 r., Dz. Urz. WE C 114 z dnia 15 maja 2002 r., s. 23, par. 22.

¹⁹⁵ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, 10 stycznia 2007, SEC(2006) 1724, First Phase (Electricity), s. 131, par. 399.

¹⁹⁶ E. Cabau, *The relevant...*, op. cit., s. 12

¹⁹⁷ Ibidem.

możliwość podziału rynków produktowych według wielkości obszaru geograficznego, na który dostarczana jest energia.

Na tle postępującej implementacji dyrektywy 2009/72/WE pozostaje kwestią sporną zaliczenie do rynku hurtowych dostaw (i wytwarzania) energii elektrycznej świadczenia usług bilansowania systemu w przypadku przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, tradycyjnie zaliczanych do omawianego rynku właściwego¹⁹⁸.

4.1.2. Dostawy detaliczne energii elektrycznej (*retail supply*)

Rynek detaliczny energii elektrycznej można z całą pewnością uznać za odrębny rynek w stosunku do wytwarzania i hurtowych dostaw energii. Obejmuje on dostarczanie energii elektrycznej odbiorcom końcowym¹⁹⁹. Czynnikiem decydującym o tym, czy dany podmiot dokonuje hurtowych, czy detalicznych dostaw energii elektrycznej, będzie rodzaj linii przesyłowych, za pomocą których dostarczana jest energia – muszą to być linie bardzo wysokiego lub wysokiego napięcia²⁰⁰. Odbiorcami energii dostarczanej za pomocą linii bezpośrednich będą m.in. regionalni dystrybutorzy, większe komunalne przedsiębiorstwa energetyczne, duzi sprzedawcy energii i niektórzy duzi odbiorcy przemysłowi²⁰¹. Pojęcie detalicznych dostaw energii jest zbiorczą kategorią zwykle obejmującą kilka rynków w zależności od uwarunkowań na danym obszarze geograficznym. W przypadku niskiego stopnia liberalizacji sektora detaliczne dostawy energii mogą stanowić jeden rynek właściwy, bez dokonywania wewnętrznych podziałów (jest to widoczne zwłaszcza we wcześniejszych decyzjach Komisji, wydanych na tle implementowania I i II pakietu energetycznego)²⁰².

4.1.2.1. Dostarczanie energii małym i dużym odbiorcom

Postępowania przed Komisją wykazały, że wielkość odbiorcy ma znaczenie dla prawidłowego zdefiniowania rynku właściwego, a odbiorcy przemysłowi i gospodarstwa domowe działają na różnych rynkach właściwych w rozumieniu prawa antymonopolowego²⁰³. W sprawie *Verbund/Energie Allianz* Komisja nie wykluczyła jednoznacznie koncepcji wyodrębnienia bardzo dużych odbiorców (np. krajowego przewoźnika kolejowego ÖBB) jako odrębnego rynku, jednak stwierdzono, że dodatkowe podziały byłyby antymonopolowo irrelevantne²⁰⁴. W sprawie *EDP/ENI/GDP* Komisja w zakresie dostaw detalicznych wyodrębniła dwa rynki właściwe, mianowicie dostawy energii do dużych odbiorców i dostawy energii do małych odbiorców przemysłowych i komercyjnych oraz gospodarstw domowych²⁰⁵, co zostało zaakceptowane przez Sąd Pierwszej Instancji w postępowaniu odwoławczym²⁰⁶. Precyzyjna delimitacja rynków właściwych będzie jednak zależna przede wszystkim od specyficznych uwarunkowań historycznych, geograficznych, a także prawnych obowiązujących na danym obszarze (np. zróżnicowane wysokości taryf w zależności od zużycia energii)²⁰⁷. Potrzebę dokonania podziału na rynki dostaw detalicznych ze względu na kryterium wielkości odbiorców dostrzegł również polski UOKiK, rozstrzygając m.in. o zakazie koncentracji *PGE/Energa* (podział na odbiorców dużych – przemysłowych i instytucjonalnych – oraz na małych – przede wszystkim gospodarstwa domowe).²⁰⁸

¹⁹⁸ Zob. pkt 1.3.5 niniejszego rozdziału.

¹⁹⁹ E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 14.

²⁰⁰ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, COMP IV/M.1673 z dnia 13 czerwca 2000 r., Dz.Urz. WE L 188 z dnia 10 lipca 2001 r., s. 1, par. 19.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Decyzje Komisji w sprawach: *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, COMP IV/M.2434 z dnia 26 września 2001 r., Dz.Urz. WE L 48 z dnia 18 lutego 2004 r., s. 86, par. 23; *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*, par. 22.

²⁰³ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 35.

²⁰⁴ Ibidem (przypis 13 do treści Decyzji).

²⁰⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par 73.

²⁰⁶ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (druga izba) w sprawie T-87/05, *EDP - Energias de Portugal S.A. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, z dnia 21 września 2005 r., E.C.R. [2005], s. II-3753, par. 24.

²⁰⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 34.

²⁰⁸ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r. Polski organ antymonopolowy określa ten rynek mianem rynku sprzedaży detalicznej energii elektrycznej (decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-163/2006 z dnia 22 grudnia 2006 r.; DOK-19/2007 z dnia 16 lutego 2007 r.; DOK-29/07 z dnia 8 marca 2007 r.; DOK-32/07 z dnia 28 września 2007 r.).

Ciekawym sposobem podziału rynków dostaw energii elektrycznej w Austrii i Bawarii w sprawie *Verbund/Energie Allianz* było zaproponowane przez uczestników koncentracji odwołanie do kryterium zachowań odbiorców energii. Zgodnie z tą koncepcją, więksi odbiorcy mieli kształtować swoje zachowania rynkowe jedynie w oparciu o cenę energii (*preisorientierten Kunden*), a mniejsi oprócz ceny zainteresowani byli dodatkowymi usługami towarzyszącymi nabywaniu energii, tj. pełną dostawą, zarządzaniem, bilansowaniem (*serviceorientierten Kunden*)²⁰⁹. Po pewnych modyfikacjach koncepcja ta została zaakceptowana przez Komisję²¹⁰.

4.1.2.2. Stopień liberalizacji rynku

Innym sposobem dyferencjacji uczestników obrotu gospodarczego według ich zachowań rynkowych, a tym samym delimitacji rynków właściwych w sektorze energii elektrycznej jest podział według stopnia liberalizacji rynku. II pakiet liberalizacyjny wprowadził pojęcie „dostawcy awaryjnego” (*supplier of last resort*) - por. motyw 27 i art. 3 ust. 3 dyrektywy 2003/54/WE (w polskim prawie energetycznym funkcjonujący jako „sprzedawca z urzędu”)²¹¹. Jest to przedsiębiorstwo energetyczne mające za zadanie dostarczanie energii elektrycznej podmiotom działającym na nieliberalizowanej jeszcze części rynku, tj. nie korzystającym z prawa wyboru dostawcy. Zgodnie bowiem z praktyką decyzyjną Komisji, dostawy energii elektrycznej dokonywane są na różnych rynkach właściwych w zależności od tego, czy odbiorcy energii korzystają z prawa wyboru dostawcy (*les clients éligibles*), czy nie korzystają (*les clients non éligibles*)²¹². Do klientów korzystających z takiego prawa należeć będą więksi odbiorcy, mniejsi zaś są w początkowej fazie liberalizacji co do zasady „związani” z tzw. operatorem zasiedziałym (*incumbent*)²¹³.

Potrzebę dokonania podziału rynku detalicznych dostaw energii według stopnia liberalizacji sektora dostrzegł także polski organ antymonopolowy. W kilku decyzjach dokonano podziału rynku dostaw detalicznych (określonego w tych decyzjach jako obrót energią) na dostarczanie energii odbiorcom uprawnionym do TPA (*Third Party Access*), tj. korzystającym z prawa wyboru sprzedawcy, oraz dostarczanie energii odbiorcom indywidualnym, nieuprawnionym do TPA²¹⁴. Z kolei w decyzji zakazującej koncentracji *PGE/Energa* Prezes UOKiK wskazał, że analizowaną działalność należy podzielić na dostarczanie energii klientom taryfowym, tj. nie korzystającym z prawa wyboru sprzedawcy (należącym do tzw. grupy G, na których rzecz świadczona jest tzw. usługa kompleksowa) oraz pozostałym odbiorcom²¹⁵. Podział ten pokrywa się z przedstawionym w poprzednim punkcie podziałem według wielkości odbiorcy (zazwyczaj duzi odbiorcy końcowi korzystają z prawa wyboru dostawcy, mali natomiast zależni są od lokalnych spółek dystrybucyjnych).

4.1.3. Rynki związane z działalnością sieciową

Jak już zostało zauważone, specyfika prowadzenia działalności w sektorze infrastrukturalnym, takim jak energetyka, telekomunikacja czy transport kolejowy, polega na korzystaniu z sieci przesyłowej (infrastruktury sieciowej), która przez wiele lat stanowiła przyczynę monopolizacji tych sektorów. W wyniku polityki unbundlingu doszło do wyodrębnienia poszczególnych rodzajów działalności związanych z siecią przesyłową i dystrybucyjną, co ma znaczenie zarówno dla prawa regulacji sektorowych (w omawianym przypadku prawa energetycznego), jak i prawa antymonopolowego, i stanowi podstawę wyodrębnienia poszczególnych rynków właściwych w zakresie działalności związanej z utrzymaniem sieci. Co do zasady są to sektory, w których ze względu na ekonomię skali można prowadzić działalność gospodarczą tylko i wyłącznie w warunkach monopolu naturalnego. Co więcej, wszelkiego rodzaju sieci (zwłaszcza przesyłowe) mają strategiczne

²⁰⁹ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 29.

²¹⁰ Ibidem, par. 32.

²¹¹ K. Janiszewska, *Po co i komu...*, op. cit., s. 25.

²¹² Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Louis Dreyfus*, par. 23.

²¹³ Decyzje Komisji w sprawach: *EDF/EnBW*, COMP IV/M.1853 z dnia 7 lutego 2001 r., Dz.Urz. WE L 59 z dnia 28 lutego 2002 r., s. 1, par. 19; *Compart/Falck (II)*, COMP IV/M.2179 z dnia 3 listopada 2001 r., Dz.Urz. WE C 374 z dnia 28 grudnia 2001 r., s. 11, par. 11.

²¹⁴ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-37/04 z dnia 18 maja 2004 r.; DOK-58/04 z dnia 12 lipca 2004 r.; DOK-70/04 z dnia 28 lipca 2004 r.

²¹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie 1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

znaczenie dla gospodarek poszczególnych państw członkowskich (systemy zaopatrzenia w energię stanowią tzw. infrastrukturę krytyczną w rozumieniu art. 3 pkt 2 Ustawy z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym²¹⁶).

4.1.3.1. Przesył energii elektrycznej (*transmission*)

Przesył energii elektrycznej jest jednym z podstawowych pojęć unijnego i krajowego prawa energetycznego, które zostało wprowadzone już w I pakiecie liberalizacyjnym (art. 2 pkt 5 dyrektywy 96/92/WE) i było przejmowane przez kolejne pakiety. Zgodnie z art. 2 pkt 3 dyrektywy 2009/72/WE, przesył oznacza transport energii elektrycznej przez wzajemnie połączony system najwyższego i wysokiego napięcia w celu dostarczenia jej do odbiorców końcowych (bezpośrednio przyłączonych do sieci przesyłowej)²¹⁷ lub do dystrybutorów, przy czym pojęcie to nie obejmuje dostaw (dostawy zostały wyraźnie wyłączone przez II dyrektywę elektryczną)²¹⁸. Definicja ta odpowiada ukształtowanej praktyce Komisji, która utożsamia rynek przesyłu energii elektrycznej z definicją z dyrektywy (Komisja, wyodrębniając rynki właściwe w sektorze energii elektrycznej, zwykle odwołuje się do regulacji sektorowych)²¹⁹.

Działalność ta wykonywana jest w warunkach monopolu naturalnego²²⁰, a rola władzy publicznej może sprowadzać się jedynie do zapewnienia niedyskryminacyjnego dostępu stronom trzecim, zgodnie z III pakietem liberalizacyjnym, oraz dostępności za pomocą połączeń międzysystemowych²²¹. Zadanie to spoczywa na organie regulacyjnym i jest to jedna z jego nielicznych kompetencji w zakresie stosowania prawa antymonopolowego (które co do zasady pozostaje „w gestii” organów antymonopolowych)²²². TSO jest zatem naturalnym monopolistą - jedynym przedsiębiorstwem działającym na tym rynku. Między różnymi operatorami systemu przesyłowego nie zachodzi stosunek konkurencyjności ze względu na inny obszar działania poszczególnych przedsiębiorstw (por. uwagi dotyczące rynku właściwego geograficznie).

W decyzjach Komisji postuluje się wyodrębnienie w ramach przesyłu energii elektrycznej rynku właściwego połączeń międzysystemowych (*operating of interconnectors*)²²³. Rynki takie stanowiłyby również monopole naturalne, a ich antykonkurencyjne skutki byłyby łagodzone bezpośrednim stosowaniem rozporządzenia nr 714/2009. Z uwagi na brak zakłóceń konkurencji w Unii Komisja nie rozstrzygnęła kwestii istnienia takiego rynku właściwego. Ze względu na monopolizację działalności sieciowej (zazwyczaj przez państwo) koncentracje na rynku przesyłu (połączeń międzysystemowych) należą do rzadkości, więc ewentualny wewnętrzny podział tego rynku na przesył i połączenia międzysystemowe wciąż pozostaje kwestią nierozstrzygniętą.

Rynek przesyłu energii elektrycznej został również wyodrębniony jako rynek właściwy przez Prezesa UOKiK w szeregu decyzji w sprawach dotyczących kontroli koncentracji²²⁴. Z tego względu rozstrzygnięcia polskiego organu antymonopolowego nie różnią się znacząco od praktyki decyzyjnej Komisji; rozbieżności mogą dotyczyć jedynie określenia rynku właściwego terytorialnie dla działalności przesyłowej (por. uwagi dotyczące rynku właściwego geograficznie). W przypadku Polski TSO jest spółką akcyjną, której jedynym akcjonariuszem jest Skarb Państwa (art. 9k pr.energ.). TSO jest wyznaczany w drodze decyzji Prezesa URE na wniosek właściciela sieci przesyłowej (art. 9h ust. 1 pr.energ.). W Polsce funkcję TSO pełni PSE - Operator S.A., który dzierżawi sieci przesyłowe od Polskich Sieci Elektroenergetycznych S.A.²²⁵.

²¹⁶ Dz.U. 2007 r., Nr 89, poz. 590 ze zm.

²¹⁷ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DOK-163/2006 z dnia 22 grudnia 2006 r.

²¹⁸ Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning rules for the internal markets in electricity and natural gas (presented by the Commission pursuant to Article 250 (2) of the EC-Treaty) (COM(2002)0304), Dz.Urz. WE C 227E z dnia 24 września 2002, s. 393-439.

²¹⁹ Zob. decyzja Komisji w sprawie *Compart/Falck (II)*, par. 13 (wydana pod rządami dyrektywy 96/92/WE).

²²⁰ Decyzje Komisji w sprawach: *Sydkraft/Grange*, par. 73; *EDP/ENI/GDP*, par. 34-35.

²²¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 36.

²²² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 623.

²²³ Decyzje Komisji w sprawach: *TenneT/E.ON*, COMP IV/M.5707, z dnia 4 lutego 2010 r., Dz.Urz. UE C 60 z dnia 11 marca 2010 r., s. 1, par. 8; *EMCC*, COMP IV/M.4922 z dnia 22 sierpnia 2008 r., Dz.Urz. WE C 288 z dnia 11 listopada 2008 r., s. 1, par. 14.

²²⁴ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-37/2004 z dnia 18 maja 2004 r.; DOK-58/2004 z dnia 12 lipca 2004 r.; DOK-70/2004 z dnia 23 lipca 2004 r.; RWR-11/2005 z dnia 28 lutego 2005 r.; DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.

²²⁵ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.

4.1.3.2. Dystrybucja energii elektrycznej (*distribution*)

Praktyka decyzyjna organów antymonopolowych nie pozostawia cienia wątpliwości co do istnienia odrębnego rynku właściwego dystrybucji energii elektrycznej i wyraźnie odróżnia go od rynku przesyłu energii²²⁶. Kryterium pozwalającym na wyznaczenie wyraźnej granicy między przesyłaniem a dystrybucją energii elektrycznej jest wysokość napięcia na linii przesyłowej i rozmiar obszaru dostaw energii. Zgodnie z definicją zawartą w dyrektywie 2009/72/WE, dystrybucja obejmuje transport energii elektrycznej systemami dystrybucyjnymi wysokiego, średniego i niskiego napięcia w celu dostarczenia jej do odbiorców (art. 2 pkt 5). Podobnie jak w przypadku przesyłu, działalność ta nie obejmuje dostaw. Rynek właściwy dystrybucji energii będzie obejmował zazwyczaj mniejszy geograficznie obszar niż przesył²²⁷. Dystrybucja, będąc działalnością sieciową podlegającą (podobnie jak przesył) ekonomii skali, odbywa się w warunkach monopolu naturalnego i w tym zakresie podlega nadzorowi organów regulacyjnych - nie ma bowiem innego sposobu dostarczenia energii odbiorcom końcowym²²⁸. Podmiotem aktywnym na tym rynku będzie DSO (Operator Systemu Dystrybucyjnego).

Potrzebę wyodrębnienia rynku dystrybucji energii elektrycznej wskazuje również polski organ antymonopolowy w szeregu wydanych decyzji²²⁹. Rynek taki będzie stanowił monopol naturalny, gdzie jedynym uczestnikiem obrotu będzie DSO, w odniesieniu do którego nie jest już wymagana szczególna forma organizacyjno-prawna (jak ma to miejsce w przypadku TSO). Nad działalnością DSO nadzór sprawuje Prezes URE, co ma zapobiegać nadużyciom wynikającym z monopolistycznej pozycji tych przedsiębiorców.

Podobnie jak w przypadku przesyłu, można zastanawiać się nad wyodrębnieniem rynku połączeń międzysystemowych w odniesieniu do dystrybucji energii elektrycznej²³⁰. Odnośnie zasięgu geograficznego aktualne są tutaj uwagi zawarte w poprzednim punkcie - w przypadku wyodrębnienia takiego rynku właściwego ograniczy się on do zasięgu terytorialnego monopolu naturalnego danego połączenia międzysystemowego.

4.1.3.3. Zarządzanie siecią (*network management*)

Przepisy prawa, zarówno unijnego (np. art. 12 dyrektywy 2009/72/WE), jak i krajowego (np. art. 4 ust. 1 pr.energ.), nakładają na TSO i DSO szereg obowiązków związanych z utrzymaniem należytego stanu urządzeń, instalacji i sieci przesyłowych lub dystrybucyjnych. Powinności te mają charakter publiczny, związany ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym (art. 106 ust. 2 TFUE). Obowiązki te (podobnie jak inne świadczone w interesie publicznym przez przedsiębiorstwa sieciowe)²³¹ generują znaczne koszty po stronie operatorów systemów, stanowiąc ograniczenie swobody przedsiębiorczości (w tym przypadku uzasadnione i zgodne z traktatową zasadą proporcjonalności). TSO i DSO, chcąc maksymalnie zmniejszyć te koszty, zlecają świadczenie tych usług podmiotom zewnętrznym. Okazuje się, że możliwe, a nawet konieczne jest dokonanie rozróżnienia między własnością systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego, a jego utrzymaniem²³².

²²⁶ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-37/2004 z dnia 18 maja 2004 r.; DOK-58/2004 z dnia 12 lipca 2004 r.; DOK-70/2004 z dnia 23 lipca 2004 r.; RWR-11/2005 z dnia 28 lutego 2005 r.; DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.

²²⁷ Zob. pkt 2 niniejszego rozdziału.

²²⁸ Decyzja Komisji w sprawie *CE/Yorkshire Electric*, COMP IV/M.2586 z dnia 17 września 2001 r., Dz.Urz. WE C 364 z dnia 20 grudnia 2001 r., s. 13, par. 9.

²²⁹ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DDI-108/02 z dnia 13 grudnia 2002 r.; DDI-107/02 z dnia 11 grudnia 2002 r.; DDI-30/02 z dnia 18 marca 2002 r.; DOK-70/04 z dnia 23 lipca 2004 r.; DKK-32/07 z dnia 28 września 2007 r.; DOK-58/04 z dnia 12 lipca 2004 r.; DOK-37/04 z dnia 18 maja 2004 r.; DOK-19/07 z dnia 16 lutego 2007 r.; DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.; DOK-29/07 z dnia 8 marca 2007 r..

²³⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Daklia CZ/NWR Energy*, COMP IV/M.5793 z dnia 12 maja 2010 r., Dz.Urz. WE C 171 z dnia 30 czerwca 2010 r., s. 1, par. 34.

²³¹ Obowiązki te dotyczą nie tylko sektora energetycznego, ale także innych regulacji sektorowych, np. retencji danych w telekomunikacji (por. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/24/WE z dnia 15 marca 2006 r. sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE, Dz.Urz. WE L 105 z dnia 13 kwietnia 2006, s. 54-63).

²³² Decyzja Komisji w sprawie *EDF/TXU Europe/West Burton Power Station*, COMP IV/M.2675 z dnia 20 grudnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 43 z dnia 16 lutego 2002 r., s. 21, par. 14.

Powstaje zatem pytanie, czy taką formę outsourcingu, tj. usługi konserwacyjne i inne związane z utrzymaniem sieci, można uznać za odrębny rynek właściwy.

W sprawie *TXU Europe/EDF London Investments* Komisja pozostawiła otwartą kwestię możliwości wyodrębnienia osobnego rynku zarządzania siecią²³³. Potrzeba wyodrębnienia takiego rynku została zanegowana w przypadku świadczenia tych usług przez spółki zależne (*in-house services*)²³⁴. W najnowszej decyzji, w sprawie *IPO/EnBW/Praha/PT*, gdzie Komisja analizowała usługi zarządzania i naprawy sieci (*maintenance and repair - M&R*) jako potencjalny odrębny rynek właściwy, jednoznaczna odpowiedź na to pytanie nie została w dalszym ciągu udzielona, chociaż dopuszczono możliwość istnienia takiego rynku²³⁵. Należy uznać, że w przypadku, gdy usługi M&R będą świadczone przez podmiot inny niż DSO lub TSO, możemy mówić o odrębnym rynku właściwym. Operatorzy systemów (zwłaszcza przesyłowych) są zwykle spółkami Skarbu Państwa, które mają obowiązek stosować przepisy dotyczące zamówień publicznych w celu wyłonienia podmiotu świadczącego usługi M&R (będą to wówczas tzw. zamówienia sektorowe w rozumieniu dyrektywy 2004/17/WE oraz art. 132 PZP). W przypadku jednak świadczenia tych usług przez podmiot zależny (np. spółkę-córkę), konieczne jest stosowanie ograniczeń wynikających z zasad udzielania zamówień *in-house* i doktryny *Teckal*²³⁶. Zatem prawo konkurencji *sensu stricto* nie jest tutaj jedynym reżimem, jakiemu podlegają usługi M&R.

Na tle rozstrzygania poszczególnych spraw dotyczących ewentualnego określenia rynku właściwego M&R pojawiła się kwestia ustalenia, czy w razie wyodrębnienia takiego rynku miałby on obejmować tylko i wyłącznie utrzymanie i naprawę infrastruktury elektroenergetycznej, czy też stanowi on część szerszego rynku usług outsourcingowych na rzecz operatorów innych sieci, tj. telekomunikacyjnych, wodno-kanalizacyjnych, gazowych, kolejowych. W sprawie *TXU Europe/EDF London Investments* Komisja wskazała z jednej strony na podobny rodzaj usług składających się na zarządzanie oraz podobny reżim regulacyjny narzucany przez organy regulacyjne, z drugiej jednak nakazywała wzięcie pod uwagę specyficznego rodzaju danej działalności odrębnej dla każdego sektora²³⁷. Wyodrębnienie osobnych rynków M&R dla każdego sektora wydaje się bardziej zasadne – innego bowiem rodzaju kwalifikacje wymagane są do dokonania prawidłowego przeglądu sieci elektroenergetycznej, a innego dla infrastruktury gazowej. Wysokie koszty przekwalifikowania pracowników świadczą o braku substytucyjności podaży i istnieniu odrębnych rynków. Biorąc jednak pod uwagę postępującą konwergencję części sektorów sieciowych (np. telekomunikacji i elektroenergetyki), można przyjąć, że granice tych rynków właściwych nie będą przypisane jednoznacznie do danego sektora, ale będą wykraczały poza jego obszar. Przykładowo, przedsiębiorstwo dokonujące tylko i wyłącznie konserwacji sieci bardzo wysokiego i wysokiego napięcia będzie w stanie świadczyć usługi M&R na rzecz zarządcy infrastruktury kolejowej²³⁸ przy naprawie przewodów trakcyjnych (lecz nie będzie już w stanie dokonać konserwacji torowiska).

4.1.3.4. Usługi przyłączeniowe (connection services)

Do innych obowiązków o charakterze publicznym, wynikających z kolejnych pakietów liberalizacyjnych, jest zapewnienie niedyskryminacyjnego dostępu do sieci odbiorcom końcowym oraz hurtowym (*TPA*). Zapewnienie powszechnego dostępu do sieci infrastrukturalnych w oparciu

²³³ Decyzja Komisji w sprawie *TXU Europe/EDF London Investments*, COMP/JV.36 z dnia 3 lutego 2000 r., Dz.Urz. WE C 49 z dnia 22 lutego 2000 r., s. 4, par. 22-24.

²³⁴ Decyzje Komisji w sprawach: *EDF/TXU Europe/24 Seven*, COMP IV/M.2679 z dnia 20 grudnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 43 z dnia 16 lutego 2002 r., s. 21, par. 14; *EDF/Seeboard*, COMP IV/M.2890 z dnia 25 lutego 2002 r., Dz.Urz. WE C 200 z dnia 23 sierpnia 2002 r., s. 7, par. 21.

²³⁵ Decyzja Komisji w sprawie *IPO/EnBW/Praha/PT*, COMP IV/M.5365 z dnia 16 października 2009 r., Dz.Urz. WE C 266 z dnia 7 listopada 2009 r., s. 1, par. 24-27.

²³⁶ Wyrok Trybunału (piąta izba) w sprawie C-107/98, *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, z dnia 18 listopada 1999 r., E.C.R. [1999], s. I-08121.

²³⁷ Decyzja Komisji w sprawie *TXU Europe/EDF London Investments*, par. 23.

²³⁸ W rozumieniu art. 3 lit. b dyrektywy 2004/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie bezpieczeństwa kolei wspólnotowych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 95/18/WE w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym, oraz dyrektywę 2001/14/WE w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz certyfikację w zakresie bezpieczeństwa (Dyrektywa w sprawie bezpieczeństwa kolei) (Dz.Urz. WE L 164 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 44–113). Dyrektywa ta należy do tzw. II pakietu kolejowego.

o zasady prawa konkurencji wynika nie tylko z dyrektyw energetycznych, ale także z prawa pierwotnego Unii, dotyczącego sieci transeuropejskich (*Trans-European Networks - TEN*; art. 170-172 TFUE)²³⁹ i postanowień TFUE wprowadzonych traktatem lizbońskim²⁴⁰ dotyczących energetyki (art. 194 ust. 1 lit. d TFUE nakładają na Unię obowiązek wspierania wzajemnych połączeń między sieciami energii w ramach ustanawiania lub funkcjonowania rynku wewnętrznego). Zadośćuczynienie takiemu obowiązkowi wymaga zaangażowania znacznych środków i wybudowania kosztownej infrastruktury, co wiąże się z dodatkowymi kosztami operatora. Usługi przyłączeniowe obejmują również usunięcie infrastruktury w razie takiej potrzeby, jej wymianę oraz ponowne podłączenie odbiorców po usunięciu awarii systemu. Obowiązek ten spoczywa na TSO i DSO, jednak (podobnie jak M&R) nie ma on charakteru osobistego, a jego wykonanie może być również w formie outsourcingu powierzone podmiotom zewnętrznym.

Komisja kilkakrotnie miała możliwość rozważania istnienia odrębnego rynku usług przyłączeniowych, jednak kwestia ta pozostała otwarta, ponieważ zamierzone koncentracje nie wywoływały antykonkurencyjnych skutków²⁴¹. W sprawie *EDF/Seeboard* Komisja uznała możliwość istnienia takiego rynku w odniesieniu do duńskiego sektora energii elektrycznej, jednak rynek taki (w ocenie Komisji) nie był zauważalny w fazie rozstrzygania sprawy, a jego wyodrębnienie nie miałoby większego wpływu na wynik prowadzonego postępowania²⁴².

Mimo że Komisja nie dokonała jeszcze wyraźnego wyodrębnienia rynku usług przyłączeniowych, sytuacja jest tutaj podobna do rynku M&R. Nie ma zatem przeszkód, aby idąc za głosem przedstawicieli doktryny dokonać wyodrębnienia takiego rynku²⁴³. W takim przypadku aktualne pozostaną ograniczenia wynikające z prawa zamówień publicznych²⁴⁴.

4.1.3.5. Usługi pomocnicze (*ancillary services*) oraz bilansowanie systemu (*balancing energy*)

W związku ze zróżnicowanym zapotrzebowaniem na energię w zależności od pory dnia lub pory roku (por. uwagi dotyczące rynku czasowego) konieczne jest utrzymanie stałej mocy linii przesyłowych (lub dystrybucyjnych)²⁴⁵, tak aby wyrównać różnice między zamówionym a rzeczywistym zapotrzebowaniem na energię elektryczną (bilansowanie systemu)²⁴⁶. Niezbędne jest także utrzymanie mocy rezerwowej (*reserve capacity*) w razie zwiększonego zapotrzebowania na energię elektryczną, którego nie można zaspokoić przy wykorzystaniu dostępnych źródeł mocy oraz zarządzanie ograniczeniami systemowymi (*congestion management services*) lub technicznymi (*market for technical restrictions*). Usługi te przyjęto określać zbiorczym pojęciem usług pomocniczych (*ancillary services - AS*)²⁴⁷. Zgodnie z art. 2 pkt 17 dyrektywy 2009/72/WE, usługa pomocnicza to usługa niezbędna do działania systemu przesyłowego lub dystrybucyjnego. UOKiK w swoich decyzjach posługuje się pojęciem usług systemowych w celu określenia tej kategorii²⁴⁸, nie uważając za konieczne dokonanie jej podziału (niezależnie od jej nazwy) na osobne rynki właściwe produktowo (co wynika z przyjętego modelu regulacji sektorowej).

Usługi pomocnicze są zwykle świadczone przez wytwórców energii, a odbiorcami takich usług są TSO lub DSO²⁴⁹. W przypadku wprowadzenia dalej idących form unbundlingu, bilansowanie oraz inne usługi pomocnicze stają się świadczoną przez podmiot zewnętrzny usługą, na którą zapotrzebowanie wykazuje operator. Dokona on wyboru, kierując się „niewidzialną ręką” rynku,

²³⁹ A. Resiak, *Sieci transeuropejskie* [w:] Z. Brodecki (red.), *Infrastruktura*, Warszawa 2004, s. 283.

²⁴⁰ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.Urz. WE C 306 z dnia 17 grudnia 2007 r., s. 1).

²⁴¹ Decyzje Komisji w sprawach: *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, COMP IV/M.1949 z dnia 14 lipca 2000 r., Dz.Urz. WE C 261 z dnia 12 września 2000 r., s. 6, par. 14; *CE/Yorkshire Electric*, par. 10; *TXU Europe/EDF London Investments*, par. 24.

²⁴² Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Seeboard*, par. 24.

²⁴³ E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 30.

²⁴⁴ Zob. pkt 1.3.3 niniejszego rozdziału.

²⁴⁵ E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 27.

²⁴⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Tennet/E.ON*, , par. 9.

²⁴⁷ Decyzje Komisji w sprawach: *Vattenfall/Elsam and E2 Assets*, COMP IV/M.3867 z dnia 22 grudnia 2005 r., Dz.Urz. WE C 184 z dnia 8 sierpnia 2006 r., s. 8, par. 18; *ENEL/Acciona/Endesa*, par. 16 i 18.

²⁴⁸ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.; DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

²⁴⁹ Ibidem.

np. organizując przetarg (o ile oczywiście nie wystąpią powiązania kapitałowe lub personalne między tymi podmiotami).

Problem istnienia rynku właściwego AS pojawił się m.in. w sprawie *EDP/ENI/GDP*, gdzie dopuszczono możliwość wyodrębnienia rynku bilansowania energii oraz innych usług pomocniczych w Portugalii po wypowiedzeniu przez uczestników (zakazanej) koncentracji długoterminowych umów zakupu energii (*Power Purchase Agreements - PPAs*)²⁵⁰. Co ciekawe, na potrzeby postępowania odwoławczego w tej sprawie Sąd Pierwszej Instancji bezkrytycznie przyjął istnienie rynku bilansowania i usług pomocniczych w odniesieniu do analizowanej koncentracji²⁵¹. W sprawie *Gaz de France/Suez* już wyraźnie podkreślono istnienie odrębnego rynku AS²⁵².

Wreszcie, rozstrzygając sprawę *E.ON/MOL* dotyczącą koncentracji na rynku węgierskim, Komisja na potrzeby prowadzonego postępowania dopuściła możliwość istnienia rynku właściwego bilansowania systemu²⁵³. Jednakże w sprawie *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône* uznano z kolei bilansowanie i usługi pomocnicze (*le marché du courant d'ajustement et des services auxiliaires*) za kategorię zbiorczą jako jeden rynek właściwy²⁵⁴.

Jeśli chodzi o dalej idące podziały rynku AS, to w sprawie *Sydkraft/Graininge* Komisja rozważyła nawet możliwość podziału potencjalnego rynku bilansowania energii na bilansowanie pierwotne (*primary regulation*), polegające na automatycznym dostosowaniu mocy źródła do aktualnego zapotrzebowania, oraz bilansowanie wtórne (*secondary regulation*), będące wymianą energii między przedsiębiorstwami świadczącymi usługi bilansujące w sytuacji, gdy bilansowanie pierwotne okaże się niewystarczające²⁵⁵. W związku z brakiem antykonkurencyjnych skutków związanych z działalnością bilansowania energii na rynku szwedzkim tak dogłębną analizę rynku uznano za zbędną (dopuszczając jednak możliwość istnienia rynku właściwego bilansowania systemu, odrębnego od rynku wytwarzania i dostaw hurtowych).²⁵⁶

Istnienie potrzeby wyodrębnienia osobnego rynku usług pomocniczych oraz jego dalszej segmentacji będzie uzależnione od przyjętego modelu regulacji sektora energetycznego oraz modelu unbundlingu. Zgodnie z ustawodawstwem polskim, za bilansowanie systemu (por. art. 3 pkt 23a pr.energ.) odpowiedzialni są operatorzy systemu przesyłowego i dystrybucyjnego²⁵⁷. Z tym obowiązkiem sprzężona jest powinność przedsiębiorstwa wytwarzającego energię elektryczną do utrzymania rezerw mocy wytwórczych lub zapewnienia innych usług systemowych (art. 9j ust. 1 pkt 2 pr.energ.). Co prawda, odpowiedzialność za bilansowanie systemu spoczywa na operatorach TSO i DSO, ale podmiotami aktywnymi na tym rynku właściwym będą w prawie polskim (co do zasady) wytwórcy energii elektrycznej²⁵⁸.

Polski organ antymonopolowy poszedł w kierunku wyodrębnienia zbiorczej kategorii usług systemowych świadczonych na rzecz TSO, obejmujących rezerwę operacyjną, regulację pierwotną i wtórną oraz automatyczną regulację mocy i napięcia²⁵⁹. Nie została dokonana jednak segmentacja tych działalności (podobnie zachowała się Komisja Europejska rozstrzygając podobne sprawy)²⁶⁰.

4.1.3.6. Usługi pomiarowe (*metering services*)

Nieodłącznym elementem działalności operatorów systemów przesyłowych i dystrybucyjnych jest pomiar dostarczonej energii. Czynności pomiarowe polegają na montażu oraz konserwacji urządzeń pomiarowych, a także dokonywaniu pomiarów i zarządzanie danymi uzyskanymi w wyniku

²⁵⁰ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 55.

²⁵¹ Wyrok w sprawie T-87/05, par. 24.

²⁵² Decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Suez*, COMP IV/M.4180 z dnia 14 listopada 2006 r., Dz.Urz. WE L 88 z dnia 29 marca 2007 r., s. 47, par. 932.

²⁵³ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*, par. 222.

²⁵⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, COMP IV/M.4994 z dnia 29 kwietnia 2008 r., Dz.Urz. WE C 141 z dnia 7 czerwca 2008 r., s. 11, par. 22.

²⁵⁵ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Graininge*, par. 48-49.

²⁵⁶ Ibidem, par. 51.

²⁵⁷ R. Gawin [w:] Z. Muras, M. Swora, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 261.

²⁵⁸ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie 163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.

²⁵⁹ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

²⁶⁰ Decyzje Komisji w sprawach: *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, par. 17; *CE/Yorkshire Electric*, par. 10; *TXU Europe/EDF London Investments*, par. 24.

tych czynności²⁶¹. W przeciwieństwie do usług M&R oraz przyłączeniowych potrzeba dokonywania pomiarów nie jest obowiązkiem publicznoprawnym, ale wynika z gospodarczych potrzeb przedsiębiorstwa energetycznego i umożliwia racjonalne prowadzenie działalności gospodarczej poprzez dostosowanie mocy wytwórczych do popytu na energię elektryczną. Usługi pomiarowe jednak same w sobie są objęte ograniczeniami publicznoprawnymi związanymi z ochroną danych osobowych (szczególnie w kontekście tzw. „inteligentnych liczników energii” - *smart grids*)²⁶². W dotychczas wydanych decyzjach Komisja nie wypowiedziała się kategorycznie co do istnienia odrębnego rynku usług pomiarowych, pozostawiając tę kwestię otwartą²⁶³. Biorąc pod uwagę stopień wiedzy fachowej niezbędnej do wykonania czynności pomiarowych, należy opowiedzieć się za istnieniem takiego rynku. Nie należy oczywiście zapominać o specyfice prawa zamówień publicznych w odniesieniu do świadczenia usług *in-house*.

W rozpatrywanych przez komisję sprawach, przy okazji których pojawiły się propozycje wyodrębnienia rynku usług pomiarowych, uczestnicy koncentracji zapewniali o możliwości dokonania wewnętrznych podziałów potencjalnego rynku. W sprawie *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, dotyczącej koncentracji na rynku brytyjskim, pojawiła się koncepcja podzielenia rynku według modelu konsumpcji energii - wyróżniono by wówczas rynek czynników półgodzinnych (*half-hourly meters*) i pozostałych (*without half-hourly meters*)²⁶⁴. Z kolei w sprawie *EDF/Seeboard* wysunięto koncepcję podziału tego rynku na (1) usługi montażu i konserwacji czynników oraz (2) dokonywania pomiarów i przetwarzania danych²⁶⁵. Jest to rozumowanie przekonujące, ponieważ inne kwalifikacje pracowników są wymagane do świadczenia obu rodzajów usług. Przy takim założeniu pierwszy rodzaj działalności mógłby stanowić część rynku M&R, drugi natomiast byłby odrębnym rynkiem właściwym *sui generis*.

4.1.4. Obrót energią elektryczną (*electricity trading*)

W piśmiennictwie wskazuje się na konieczność odróżnienia dostaw od obrotu energią elektryczną w odniesieniu do zliberalizowanych sektorów sieciowych²⁶⁶. Odrębny w stosunku do dostaw rynek właściwy obrotu energią elektryczną jest nieodłącznym elementem konkurencyjnych sektorów energetycznych²⁶⁷. Dochodzenie Komisji w sprawie *EDF/Louis Dreyfus* wykazało szereg odrębności cechujących obrót energią elektryczną w przeciwieństwie do dostaw tej energii, m.in.:

- i) w przypadku każdego z tych rodzajów działalności wymagana jest inna wiedza specjalistyczna (*know-how, savoir-faire*),
- ii) w przeciwieństwie do dostaw, obrót odbywa się w oparciu o kontrakty krótkoterminowe,
- iii) obrót co do zasady nie dotyczy odbiorców końcowych²⁶⁸.

W tej sprawie Komisja uznała istnienie rynku obrotu energią elektryczną (*négoce de produits liés à l'énergie*), pozostawiając otwartą kwestię określenia dokładnego zakresu tego rynku²⁶⁹. Pojęcie obrotu zostało doprecyzowane w decyzji wydanej w sprawie *VEBA/VIAG*, gdzie uznano, że działalność ta obejmuje „nabywanie i sprzedaż energii elektrycznej na własne ryzyko i na własny rachunek”; obrót jest niezależny od napięcia, pod jakim energia jest dostarczana²⁷⁰. Zakwalifikowanie obrotu energią jako osobnego rynku Komisja potwierdziła w kolejnych

²⁶¹ Decyzja Komisji w sprawie *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, par. 15.

²⁶² Opinia 12/2011 Grupy Roboczej ds. Ochrony Danych Osobowych ustanowiona na mocy art. 29 na temat inteligentnego pomiaru zużycia (*smart metering*), przyjęta w dniu 4 kwietnia 2011 r. (00671/11/PL WP 183).

²⁶³ Decyzje Komisji w sprawach: *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, par. 17; *EDF/TXU Europe/24 Seven*, par. 22; *EDF/Seeboard*, par. 29.

²⁶⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, par. 16.

²⁶⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Seeboard*, par. 25-26.

²⁶⁶ E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 21.

²⁶⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 45.

²⁶⁸ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Louis Dreyfus*, par. 16.

²⁶⁹ Ibidem, par. 18.

²⁷⁰ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par. 18.

decyzjach²⁷¹. W sprawie *Verbund/Energie Allianz* uznano, że podmiotami aktywnymi na tym rynku (po stronie podaży, a także w pewnym zakresie popytu) są, oprócz sprzedawców niebędących producentami energii elektrycznej, także jej producenci, dystrybutorzy i importerzy²⁷². W tej samej sprawie Komisja wyróżniła trzy rodzaje działalności w zakresie obrotu energią (w odniesieniu do austriackiego sektora energii elektrycznej):

- i) obrót pozagiełdowy (*over-the-counter trading - OTC; der OTC Handel*),
- ii) obrót energią elektryczną na giełdzie towarowej (*der Handel mit physischen Stromprodukten über die Börsen*),
- iii) obrót derywatami energetycznymi (*der Handel mit nicht physischen Finanzderivaten*).²⁷³

W decyzji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, a także przy rozstrzyganiu o losach kolejnych koncentracji, pojawiło się pytanie o potrzebę segmentacji obrotu energią elektryczną na rynki właściwe asortymentowo według powyższego podziału.

4.1.4.1. Obrót pozagiełdowy (OTC) i obrót na giełdzie towarowej (pool)

Działalność obejmująca giełdowy i pozagiełdowy obrót energią elektryczną zwana jest zamiennie „fizycznym” obrotem (*physical electricity trading*), ponieważ przedmiotem transakcji (umowy sprzedaży) jest energia jako towar (w odróżnieniu od obrotu derywatami energetycznymi, które są instrumentami finansowymi)²⁷⁴. Działalność ta obejmuje zawieranie umów dwustronnych negocjowanych przez strony oraz nabywanie energii na giełdach towarowych²⁷⁵. Pośrednictwo giełdy towarowej w obrocie energią stymuluje rozwój handlu transgranicznego w ramach Unii Europejskiej i stanowi jeden z czynników integracji - z tego też względu obrót giełdowy ma w niektórych przypadkach charakter obligatoryjny (por. art. 49a ust. 1 pr.energ., który nakłada na przedsiębiorstwa wytwarzające energię elektryczną obowiązek sprzedaży co najmniej 15 proc. wytwarzanej energii na giełdzie towarowej).

Umowy sprzedaży energii mogą być zawierane osobiście, przez pośrednika (*broker*) lub przy w drodze przetargu, jak to miało miejsce w przypadku koncentracji *Gaz de France/Suez*²⁷⁶. Komisja uznała jednak, że OTC ma marginalne znaczenie w odniesieniu do belgijskiego sektora energetycznego i w danej sprawie nie stanowi podstawy do aż tak daleko posuniętej fragmentaryzacji rynku²⁷⁷. Niemniej we wcześniej rozstrzyganej sprawie *Sydkraft/Graininge*, będącej podstawą omawianego podziału, Komisja nie zgodziła się z twierdzeniami uczestników koncentracji, że istnieje jeden wspólny rynek właściwy obrotu energią elektryczną, i stwierdziła istnienie odrębnych rynków obrotu „fizycznego” i derywatów energetycznych, zaznaczając przy tym, że są one ze sobą mocno powiązane z powodu odniesienia do ceny rynkowej²⁷⁸.

Trzeba zatem przyjąć, że wyróżnienie rynku OTC i giełdy towarowej będzie zależne od znaczenia tego rodzaju obrotów na rynku energii elektrycznej i uwarunkowań regulacji sektorowej w danym państwie. W sprawie *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône* Komisja z założenia przyjęła istnienie we Francji odrębnych rynków „fizycznego” i „finansowego” w zakresie obrotu energią elektryczną²⁷⁹. Z kolei uczestnicy koncentracji w belgijsko-holenderskim sektorze energii elektrycznej *Telnet/Elia/Gasunie/APX-Endex* utrzymywali, że takiego rozróżnienia wymaga

²⁷¹ Decyzje Komisji w sprawach: *Electrabel/EPON*, COMP IV/M.1803 z dnia 7 lutego 2000 r., Dz.Urz. WE C 101 z dnia 8 kwietnia 2000 r., s. 13, par. 13; *E.ON/Powergen*, COMP IV/M.2443 z dnia 23 listopada 2001 r., Dz.Urz. WE C 364 z dnia 20 grudnia 2001 r., s. 15, par. 7; *ENEL/Viesgo*, COMP IV/M.2620 z dnia 20 listopada 2001 r., Dz.Urz. WE C 364 z dnia 20 grudnia 2001 r., s. 14, par. 7; *Vattenfall/BEWAG*, COMP IV/M.2701 z dnia 4 lutego 2002 r., Dz.Urz. WE C 66 z dnia 15 marca 2002 r., s. 15, par. 7; *RWE/Innogy*, COMP IV/M.2801 z dnia 17 maja 2002 r., Dz.Urz. WE C 133 z dnia 5 czerwca 2002 r., s. 6, par. 13-14; *ECS/IEH*, COMP IV/M.2857 z dnia 23 grudnia 2002 r., Dz.Urz. WE C 286 z dnia 22 listopada 2002 r., s. 17, par. 11.

²⁷² Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 46.

²⁷³ Ibidem, par. 47.

²⁷⁴ Warto zauważyć, że za towar w rozumieniu prawa unijnego energia elektryczna została uznana już w słynnym wyroku Trybunału w sprawie 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, z dnia 15 lipca 1964 r., E.C.R. [1964] (specjalne wydanie włoskie), s. 1129.

²⁷⁵ E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 24-25.

²⁷⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Suez*, par. 679.

²⁷⁷ Ibidem, par. 682.

²⁷⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Graininge*, par. 64-65.

²⁷⁹ Decyzja Komisji w sprawie *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, par. 22.

dyrektywa MiFID²⁸⁰ (do której odsyła art. 2 pkt 33 dyrektywy 2009/72/WE)²⁸¹, jednak Komisja konsekwentnie stoi na stanowisku, że w krajach Beneluksu nie ma potrzeby dokonywania takiego rozróżnienia²⁸².

Rozszczepianie rynku „fizycznego” obrotu energią na pozagiełdowy i dokonywany na giełdzie towarowej wydaje się niezasadny, ponieważ uwarunkowania decydujące o substytucyjności popytu i podaży są tożsame. Polski UOKiK również nie dostrzega potrzeby wewnętrznego dzielenia tego rynku (hurtowy obrót energią elektryczną)²⁸³. Obrót energią elektryczną na giełdzie towarowej jako forma publicznego obrotu (o charakterze powszechnym) może mieć wpływ na wyznaczenie rynków właściwych geograficznie - jako szerszych od OTC. Przykładem takiej giełdy może być Nord Pool²⁸⁴.

4.1.4.2. Obrót derywatami elektroenergetycznymi (*financial electricity trading*)

Pojęcie derywatu (*derivate*) odnosi się do obrotu instrumentami finansowymi i oznacza „konstrukcję cywilnoprawną uzależniającą wartość świadczenia od wartości instrumentu bazowego, które [...] mieszczą się zarówno w kategorii papierów wartościowych (prawa pochodne), jak i kategorii instrumentów finansowych (opcje i transakcje terminowe niebędące papierami wartościowymi)”²⁸⁵. Definicja legalna derywatu elektroenergetycznego z art. 2 pkt 33 dyrektywy elektrycznej odsyła do katalogu instrumentów finansowych wyszczególnionych w załączniku do dyrektywy MiFID. Instrumentami stanowiącymi przedmiot obrotu na tym rynku właściwym będą transakcje opcyjne, transakcje typu *futures*, *swaps*, umowy terminowe na stopę procentową oraz inne kontrakty na instrumenty pochodne odnoszące się do energii elektrycznej, które:

- należy rozliczać w środkach pieniężnych lub środkach pieniężnych z opcją jednej ze stron, lub:
- można materialnie rozliczać pod warunkiem, że podlegają one obrotowi na rynku regulowanym i/lub MTF (*Multilateral Trading Facility*), lub:
- można materialnie rozliczać, jeżeli odnoszą się do instrumentów towarowych niewymienione w punkcie poprzednim i nieprzeznaczonych do celów handlowych, pod warunkiem, że instrumenty te wykazują właściwości innych pochodnych instrumentów finansowych, uwzględniając m.in. czy są one rozliczane przez izby rozrachunkowe lub podlegają regularnym spekulacyjnym transakcjom różnicowym.

Istnienie w ramach obrotu instrumentami finansowymi odrębnego rynku obrotu derywatami Komisja dostrzegła już przy koncentracji *Kreditbank/Cera Bank (handel in derivaten)*²⁸⁶. W odniesieniu do sektora energii elektrycznej problem pojawił się po raz pierwszy w sprawie *Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading*, jednak ze względu na krótkotrwały charakter planowanego *joint venture*, Komisja nie dopatrzyła się zagrożeń dla konkurencji i nie zweryfikowała podziału rynków zaproponowanego przez uczestników-założycieli wspólnego przedsięwzięcia²⁸⁷. Podział ten jednak został prawnie usankcjonowany przez Komisję we wspomnianej już sprawie *Sydkraft/Graininge*²⁸⁸.

Pojęcie derywatów elektroenergetycznych jest kategorią zbiorczą, obejmującą wiele rodzajów instrumentów finansowych. Bazując na szczególnych zasadach obrotu kontraktami na różnicę

²⁸⁰ Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.Urz. WE L 145 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 263).

²⁸¹ Zob. pkt. 1.4.2 niniejszego rozdziału.

²⁸² Decyzja Komisji w sprawie *Telnet/Elia/Gasunie/APX-Endex*, COMP IV/M.5911 z dnia 15 września 2010 r., Dz.Urz. WE C 275 z dnia 12 października 2010 r., s. 3, par. 37.

²⁸³ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

²⁸⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Fortum/Birka Energi*, COMP IV/M.2659 z dnia 10 stycznia 2002 r., Dz.Urz. WE C 43 z dnia 16 lutego 2002 r., s. 23, par. 10.

²⁸⁵ A. Chłopecki [w:] A. Szumański (red.), *System prawa prywatnego. Tom 19. Prawo papierów wartościowych*, Warszawa 2006, s. 842-843.

²⁸⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Kreditbank/Cera Bank*, COMP IV/M.1122 z dnia 18 maja 1998 r., Dz.Urz. WE C 212 z dnia 8 lipca 1998 r., s. 5, par. 8.

²⁸⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading*, COMP/JV.28 z dnia 30 listopada 1999 r., Dz.Urz. WE C 78 z dnia 10 marca 2001 r., s. 22, par. 15-20.

²⁸⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Graininge*, par. 48-49.

(*contracts for differences - CfDs*)²⁸⁹, Komisja, rozstrzygając o koncentracji *DONG/Elsam/Energi 2*, pozostawiła otwartą kwestię możliwości wyodrębnienia osobnego rynku dla tego szczególnego rodzaju instrumentów finansowych²⁹⁰.

Szczególnego rodzaju rynkiem, w zakresie rynków obrotu derywatami elektroenergetycznymi, „sztucznie” wykreowanym przez organy regulacyjne, jest rynek świadectw pochodzenia energii elektrycznej ze źródeł odnawialnych. Zgodnie z art. 9e ust. 1 pr.energ., świadectwo pochodzenia jest potwierdzeniem wytworzenia energii elektrycznej w odnawialnym źródle energii (por. art. 3 pkt 20 pr.energ.). Świadectwa takie (tzw. zielone certyfikaty) wydawane są producentom energii elektrycznej przez Prezesa URE w przypadku wytworzenia energii ze źródeł odnawialnych. Określoną ilość takich certyfikatów nabywają dostawcy detaliczni, którzy po przedłożeniu ich Prezesowi URE zwalniani są z obowiązku uiszczania opłaty zastępczej. Zatem zielony certyfikat stanowi z jednej strony zaświadczenie wydane zgodnie z przepisami k.p.a., z drugiej natomiast inkorporuje prawo majątkowe, stając się towarem giełdowym²⁹¹. Biorąc pod uwagę szczególnego rodzaju uwarunkowania narodowych sektorów energetycznych, w krajach o małym udziale energii odnawialnej popyt na zielone certyfikaty zawsze będzie przewyższał podaż, dlatego ich cena będzie oscylowała na poziomie wartości opłaty zastępczej²⁹². Rozstrzygając o zakazie koncentracji w sprawie *PGE/Energa*, Prezes UOKiK wyodrębnił rynek właściwy obrotu certyfikatami zielonymi oraz czerwonymi (energii wytwarzanej w kogeneracji), a także osobne rynki właściwe dla różnego rodzaju innych certyfikatów (białych, żółtych, czerwonych)²⁹³.

* * *

W polskim prawie energetycznym istnieje definicja ustawowa obrotu energią elektryczną, zgodnie z którą pojęcie to oznacza działalność gospodarczą polegającą na handlu hurtowym albo detalicznym paliwami gazowymi lub energią (art. 3 pkt 6 pr.energ.). Definicja ta uwidacznia problemy, z jakimi muszą się zmagać organy antymonopolowe, rozstrzygając sprawy dotyczące sektora energii elektrycznej, wymagające rozróżnienia dostaw i obrotu energią.

Po pierwsze, praktyka decyzyjna Komisji i rozmaite uwarunkowania w różnych częściach EOG prowadzą do zacierania się granicy między tymi pojęciami²⁹⁴. Jak już zostało podkreślone, stopień tego zróżnicowania świadczy o poziomie liberalizacji sektora. Innymi czynnikami pomagającymi odróżnić obrót od dostaw jest przewaga kontraktów krótkoterminowych przy obrocie oraz wielokrotność transakcji stanowiąca element rynku wtórnego (tj. obrotu)²⁹⁵.

Po drugie, wysuwana jest koncepcja traktowania rynku (rynków) obrotu energią jako części większego rynku (rynków) obrotu innymi towarami podobnymi (ropą, gazem, biogazem rolniczym)²⁹⁶. Wprowadzenie takiego ujęcia w życie wydaje się jednak mało prawdopodobne ze względu na specyfikę każdego z tych towarów oraz wskazówki zawarte w Obwieszczeniu Komisji dotyczącym definicji rynku właściwego, a także z uwagi na tendencję organów antymonopolowych do maksymalnego zawężania badanego wycinka rzeczywistości gospodarczej.

²⁸⁹ Istnieją różne oficjalne tłumaczenia angielskiej nazwy „contract for difference” - polska wersja dyrektywy MIFiD posługuje się pojęciem „kontraktów finansowych na tranakcje różnicowe”; na potrzeby niniejszej pracy przyjęty został jednak zwrot „kontrakt na różnicę” użyty w polskiej ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. 2010 r. Nr 211, poz. 1384 ze zm.) [art. 2 ust. 1 pkt 2 lit. h].

²⁹⁰ Decyzja Komisji w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*, COMP IV/M.3868 z dnia 14 marca 2006 r., Dz.Urz. WE L 143 z dnia 25 maja 2007 r., s. 24, par. 246.

²⁹¹ M. Czarnecka, T. Oglódek, *Prawo energetyczne...*, op. cit., s. 261-262.

²⁹² Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

²⁹³ Ibidem.

²⁹⁴ E. Cabau, *The definition...*, op. cit., s. 24.

²⁹⁵ Ibidem.

²⁹⁶ Ibidem, s. 26.

4.2. Rynek właściwy geograficznie

Działalność gospodarcza w sektorze elektroenergetycznym, przez długi czas prowadzona przez podmioty publicznoprawne (operatorów zasiedziały - *incumbents*), została powiązana z określonym obszarem geograficznym, najczęściej zamkniętym w granicach państwa, kraju związkowego lub jednostki podziału administracyjnego. Oprócz monopolu państwowego, czynnikiem uniemożliwiającym przedsiębiorstwom energetycznym przekroczenie wyznaczonych im w sposób władczy obszarów działalności były zróżnicowane reżimy fiskalne (jedna z podstawowych barier dla swobodnego przepływu towarów). Znaczącą przeszkodą są także systemy udzielania koncesji i zezwoleń na prowadzenie działalności w sektorze sieciowym oraz przepustowość połączeń wzajemnych (*interconnection capacity*). Ma to wpływ na definiowanie rynków właściwych geograficznie w sektorach infrastrukturalnych. Utożsamianie rynku właściwego geograficznie z zasięgiem sieci jest cechą charakterystyczną prawa antymonopolowego w odniesieniu do działalności sieciowej. Kolejne pakiety energetyczne (a także telekomunikacyjne i kolejowe) z założenia mają stymulować rozwój działalności gospodarczej i zachęcić przedsiębiorstwa do przekraczania administracyjnie wytyczonych granic ich działalności.

Decyzje w sprawach dotyczących koncentracji, które zapadały jeszcze przed przyjęciem I pakietu energetycznego, traktowały zbiorczo cały sektor elektroenergetyczny, dopatrując się w nim jednak odrębnych rynków właściwych, rozróżnialnych w odniesieniu do rodzaju działalności (por. rynek właściwy produktowo). Już wtedy Komisja była świadoma, że obszar badanych rynków zamykał się w granicach państw członkowskich, jednak możliwa była zmiana tej sytuacji i rozszerzenie ich zasięgu geograficznego²⁹⁷. Analiza kolejnych decyzji Komisji pozwala zauważyć postępującą liberalizację sektora i wykraczanie działalności (głównie niebędących monopolami naturalnymi, tj. przesyłania i dystrybucji) poza historycznie ukształtowane granice. Ma to znaczenie z punktu widzenia koncentracji planowanych przez przedsiębiorstwa energetyczne (w rozumieniu art. 2 pkt 35 dyrektywy 2009/72/WE). Sposób określania granic rynku geograficznego można odnieść do poszczególnych rodzajów rynków właściwych produktowo - szczegółowa analiza wszystkich 27 jurysdykcji doprowadziłaby do rozmycia powyższej systematyki.

4.2.1. Wytwarzanie i hurtowe dostawy energii elektrycznej

Jak już zostało wyjaśnione, rynek ten obejmuje pierwotne wprowadzanie energii do obrotu przez producentów, importerów i dostawców hurtowych. Kolejne pakiety energetyczne (por. motyw 1 dyrektywy 2009/72/WE), a także podpisanie i ratyfikacja traktatu lizbońskiego (art. 194 TFUE) zmierzają do utworzenia rynku wewnętrznego energii elektrycznej wykraczającego poza granice państw członkowskich, rynku o wymiarze ponadnarodowym (uczestnicy niektórych koncentracji twierdzili, że ten rynek właściwy obejmuje cały obszar Unii ze względu na przyjmowanie kolejnych pakietów liberalizacyjnych)²⁹⁸.

W początkowych decyzjach, traktując wszystkie rynki sektora energii elektrycznej jako kategorię zbiorczą, Komisja uznawała co do zasady krajowy zasięg geograficznych rynków wytwarzania i hurtowych dostaw (np. w odniesieniu do Włoch)²⁹⁹. W decyzji w sprawie *Bayernwerk/Isarwerke* (południowe Niemcy) Komisja, odnosząc się do wytwarzania energii, stwierdziła, że zasięg terytorialny rynku właściwego był ograniczony do obszaru działania poszczególnych producentów energii (zasięg ten był wyznaczony w oparciu o umowy rozgraniczające - *die Demarkationsverträge*³⁰⁰). Krajowy charakter rynku wytwarzania i hurtowych dostaw został podkreślony przez Komisję w sprawie *IVO/Neste* (koncentracja fińskich spółek energetycznych), gdzie stwierdzono, że „[n]awet jeśli możliwości wytwórcze danego producenta są ograniczone tylko do części terytorium Finlandii, to może on sprzedawać [energię elektryczną - Sz.G.] na obszarze całego kraju, ponieważ istnieje

²⁹⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Tractebel/Distrigaz (II)*, COMP IV/M.493 z dnia 1 września 1994 r., Dz.Urz. WE C 249 z dnia 7 września 1994 r., s. 3, par. 26.

²⁹⁸ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Forum/Burghausen/SmalandEdenderry*, COMP IV/M.3173 z dnia 13 czerwca 2003 r., Dz.Urz. WE C 157 z dnia 5 lipca 2003 r., s. 5, par. 9.

²⁹⁹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/EDISON-ISE*, COMP IV/M.568 z dnia 8 czerwca 1995 r., Dz.Urz. WE C 241 z dnia 16 września 1995 r., s. 4, par. 18.

³⁰⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Bayernwerk/Isarwerke*, COMP IV/M.808 z dnia 25 listopada 1996 r., par. 12.

system bilansowania pozwalający zapobiec potencjalnemu problemowi «wąskich gardel» [*bottle-necks*] systemu przesyłowego³⁰¹. Dodatkowym czynnikiem zawężającym zasięg terytorialny rynku były ograniczone zdolności połączeń wzajemnych ze Szwecją, Danią i Rosją³⁰². Krajowy zasięg tego rynku właściwego asortymentowo nie był kwestionowany w kolejnych decyzjach rozstrzyganych na tle uwarunkowań różnych państw członkowskich (Szwecja³⁰³, Hiszpania³⁰⁴, Francja³⁰⁵, Niemcy³⁰⁶, Belgia³⁰⁷, Holandia³⁰⁸, Włochy³⁰⁹).

Specyficzna sytuacja panuje w brytyjskim sektorze energetycznym, gdzie liberalizacja miała miejsce jeszcze przed przyjęciem dyrektywy 96/92/WE, a tamtejszy system regulacji sektorowej stał się wzorem dla ustawodawcy unijnego³¹⁰. Ze względu na zasłogi historyczne i różnice między poszczególnymi częściami Zjednoczonego Królestwa, a także obowiązkowe pośrednictwo giełdy towarowej w obrocie energią elektryczną, terytorium Wielkiej Brytanii, zgodnie z orzecznictwem Komisji, nie pokrywa się z rynkiem właściwym wytwarzania (pierwotnego wprowadzania do obrotu) energii elektrycznej. Odrębnym bowiem rynkiem ze względu na inny model obrotu energią na giełdzie są Anglia i Walia³¹¹.

W sprawie *Sydkraft/Graninge* uznano, że rynek właściwy geograficznie może być szerszy niż Szwecja, jak to wynikało z poprzednich decyzji, ponieważ ceny energii w państwach sąsiadujących kształtowały się na podobnym poziomie³¹². Jednak ze względu na brak zagrożenia dla konkurencji Komisja nie podjęła trudu wyznaczenia zasięgu terytorialnego badanego rynku³¹³.

Orzekając o zakazie koncentracji *EDP/ENI/GDP*, Komisja nie uznała istnienia iberyjskiego rynku hurtowego (*Mercado Ibérico de la Electricidad - MIBEL*), pozostając przy stanowisku, że zarówno Hiszpania, jak i Portugalia, mimo politycznej współpracy regionalnej, nie stanowią wspólnego rynku i jest mało prawdopodobne, aby taki rynek ukształtował się w najbliższej przyszłości (2004 r.)³¹⁴, co zostało potwierdzone wydaną niedawno (26 stycznia 2011 r.) decyzją w sprawie *GDF Suez/International Power*³¹⁵. Na tle rozszerzenia Unii z 2004 r. Komisja rozstrzygała sprawę koncentracji *ENEL/Slovenske Elektrarne*, w której podobnie jak w przypadku *EDP/ENI/GDP* pojawiła się koncepcja środkowoeuropejskiego rynku hurtowego energii elektrycznej, obejmującego Polskę, Węgry, Czechy i Słowację (*CENTREL*)³¹⁶. Komisja była jednak sceptyczna wobec takich twierdzeń uczestników koncentracji, ale ze względu na brak zagrożeń dla konkurencji na tym rynku zaniechała dokonania kategorycznej oceny³¹⁷. Biorąc jednak pod uwagę ostrożne podejście unijnych organów ochrony konkurencji do kwestii uznania rynku skandynawskiego w ramach Nord Poolu, nie można uznać istnienia *CENTREL-u* (przynajmniej w 2005 r.). Kwestia ta nie została wyjaśniona przy okazji kolejnej koncentracji na rynku czeskim w sprawie *E.ON/Pražská plynárenská*³¹⁸, jednak decyzja w sprawie *E.ON/MOL*, gdzie rynek wytwarzania i hurtowych dostaw energii ograniczono do terytorium Węgier, zdaje się potwierdzać tę teorię i obalać „mit” *CENTREL-u*³¹⁹. Kierunek ten

³⁰¹ Decyzja Komisji w sprawie *Neste/IVO*, par. 27.

³⁰² Ibidem, par. 25.

³⁰³ Decyzje Komisji w sprawach: *EDFI/Graninge*, par. 17; *IVO/Stockholm Energi*, COMP IV/M.1231 z dnia 5 sierpnia 1998 r., Dz.Urz. WE C 288 z 16 września 1998 r., s. 4, par. 11.

³⁰⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Amoco/Repsol/Iberdrola/Ente Casco de la Energia*, COMP IV/M.1190 z dnia 11 sierpnia 1998 r., Dz.Urz. WE C 288 z dnia 16 września 1998 r., s. 3, par. 16.

³⁰⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Louis Dreyfus*, par. 33.

³⁰⁶ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par.22-31.

³⁰⁷ Decyzje Komisji w sprawach: *Electrabel/EPON*, par. 23; *Gaz de France/Suez*, par. 697; *EDF/Segebel*, COMP IV/M.5549, z dnia 12 listopada 2009 r., Dz.Urz. UE C 57 z dnia 9 marca 2010 r., s. 9., par. 38.

³⁰⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Electrabel/EPON*, par. 23.

³⁰⁹ Decyzja Komisji sprawie *COMPART/FALCK (II)*, par. 16.

³¹⁰ Zielona Księga „For a European Union Energy Policy” z dnia 23 lutego 1995 r., COM(94) 659 final, pkt 163.

³¹¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/London Electricity*, par. 18.

³¹² Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Graninge*, par. 26-27.

³¹³ Ibidem, par. 27.

³¹⁴ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 77.

³¹⁵ Decyzja Komisji w sprawie *GDF Suez/International Power*, par. 23-24.

³¹⁶ Decyzja Komisji w sprawie *ENEL/Slovenske Elektrarne*, COMP IV/M.3665, z dnia 26 kwietnia 2005 r., Dz.Urz. WE C 137 z dnia 4 czerwca 2005 r., s. 23., par. 14.

³¹⁷ Ibidem.

³¹⁸ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/ Pražská plynárenská*, COMP IV/M.4238 z dnia 11 lipca 2006 r., Dz.Urz. WE C 242 z dnia 7 października 2006 r., s. 11, par. 19-20.

³¹⁹ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*, par. 256-267.

potwierdza decyzja Komisji w sprawie *CEZB/JAVYS/JESS JV*, gdzie terytoria Czech i Słowacji uznano za odrębne rynki właściwe geograficznie mimo istnienia jednego organizmu państwowego (i wspólnego sektora energetycznego) przed rokiem 1993³²⁰.

Założenie krajowego zasięgu rynku wytwarzania energii elektrycznej potwierdzają decyzje polskiego organu antymonopolowego, niezależnie od tego, czy UOKiK dokonywał wyróżnienia rynku energii konwencjonalnej i ze źródeł odnawialnych³²¹, czy też traktował wytwarzanie wszelkiego rodzaju energii jako jeden rynek relewantny³²². UOKiK zanegował możliwość rozszerzenia geograficznego polskiego rynku wytwarzania i hurtowych dostaw (wprowadzania do obrotu) energii elektrycznej mimo planowanych inwestycji w połączenia międzysystemowe *PSE Operator S.A.* wspieranych przez uczestników „nieudanej” koncentracji³²³. Krajowy zasięg będzie miał także wyodrębniony przez polski organ antymonopolowy rynek hurtowego obrotu energią elektryczną³²⁴.

Praktyka decyzyjna Komisji wykazała, że zmiana terytorialnego zasięgu rynku właściwego nie zawsze musi oznaczać ekspansję danego rynku. Możliwa jest również fragmentaryzacja, czego dowodem jest decyzja w sprawie koncentracji *EDF/AEM/Edison*, gdzie Komisja zaakceptowała koncepcję przyjętą przez włoski organ monopolowy (*Autorità Garante della Concorrenza nel Mercato - AGCM*), zgodnie z którą we Włoszech w odniesieniu do wytwarzania i hurtowych dostaw energii można wyróżnić cztery strefy stanowiące odrębne rynki właściwe: Północ, Makro-Południe, Makro-Sycylię i Sycylię³²⁵. Praktyka włoskich organów antymonopolowych wykazała potrzebę szczególnego traktowania krajów wyspiarskich (Malta, Cypr, Irlandia) i kontynentalno-wyspiarskich (Włochy, Grecja, Hiszpania, państwa skandynawskie). W odniesieniu do Hiszpanii rozumowanie to zostało potwierdzone w sprawie *ENEL/Acciona/Endesa*, w której Komisja stwierdziła istnienie trzech rynków: Hiszpanii kontynentalnej, Balearów i Wysp Kanaryjskich³²⁶. Co do rynku duńskiego, decyzja w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2* podzieliła go na potrzeby kontroli koncentracji na wschodni i zachodni³²⁷.

W kontekście rynku wytwarzania i hurtowych dostaw energii wyłonił się problem wspomnianego we wstępie do niniejszego rozdziału czasowego rynku właściwego. W sprawie koncentracji *RWE/Essent* w belgijskim sektorze energii elektrycznej okazało się, że terytorialny zasięg rynku może ulegać zmianom w zależności od pory dnia, tj. w okresie tzw. godzin poza szczytem (*off-peak hours*), godzin szczytu (*peak hours*) oraz godzin wzmożonego szczytu (*super-peak hours*)³²⁸. W swojej wcześniejszej decyzji holenderski organ ochrony konkurencji dopuścił taką możliwość, a Komisja pozostawiła tę kwestię otwartą³²⁹.

4.2.2. Dostawy detaliczne energii

Zasięg terytorialny rynków dostaw energii elektrycznej może różnić się w zależności od skali na jaką działa przedsiębiorstwo energetyczne występujące po stronie podaży. W warunkach monopoli naturalnych i dominacji przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo rynki hurtowych dostaw (por. punkt poprzedni) będą obejmowały większe obszary geograficzne (transgraniczny, krajowy lub regionalny), natomiast rynki dostaw detalicznych będą miały wymiar lokalny. W miarę postępującej liberalizacji sektora zasięg terytorialny rynków dostaw detalicznych będzie się poszerzał (od rynków o regionalnym zasięgu do krajowych i szerszych). Dobrze uwidacznia to praktyka decyzyjna Komisji w odniesieniu do koncentracji dokonywanych na terytorium Wielkiej Brytanii, gdzie do lat 90. istniało 12 tzw. obszarów zastrzeżonych (*Authorised Areas - AA*), na których początkowo dostawcy

³²⁰ Decyzja Komisji w sprawie *CEZB/JAVYS/JESS JV*, COMP IV/M.5591 z dnia 4 listopada 2009 r., Dz.Urz. WE C 278 z dnia 18 listopada 2009 r., s. 4, par. 11.

³²¹ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-32/07 z dnia 28 września 2007 r.

³²² Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: RLO 16/05 z dnia 6 maja 2005 r.; DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

³²³ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie 1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

³²⁴ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-163/06; DOK-19/07; DOK-29/07; DOK-32/07; DKK-1/2011.

³²⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/AEM/Edison*, COMP IV/M.3729 z dnia 12 sierpnia 2005 r., Dz.Urz. WE C 222 z dnia 9 września 2005 r., s. 4, par. 39-41.

³²⁶ Decyzja Komisji w sprawie *ENEL/Acciona/Endesa*, par. 20-21.

³²⁷ Decyzja Komisji w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*, par. 257-258.

³²⁸ Decyzja Komisji w sprawie *RWE/Essent*, COMP IV/M.5467 z dnia 23 czerwca 2009 r., Dz.Urz. WE C 222 z dnia 15 września 2009 r., s. 1, par. 25.

³²⁹ Ibidem.

detaliczni mieli prawnie zagwarantowany monopol. W miarę znoszenia barier i implementacji I pakietu energetycznego obszary AA zostały zniesione, a rynki właściwe regionalne zaczęły łączyć się w duży obszar obejmujący Anglię i Walię. Wyrazem tego jest chociażby decyzja w sprawie *EDF/London Electricity*, gdzie obszar ten nie został zanegowany przez Komisję jako rynek właściwy geograficznie dla wszystkich grup odbiorców (mimo propozycji uczestników koncentracji, aby przypisać inny zasięg geograficzny rynku właściwego w zależności od wielkości odbiorcy)³³⁰. W sprawach *EDF Group/Cottam Power Station*, *EDF/South Western Electricity*, *EDF/TXU Europe/West Burton Power Station* i *EDF/TXU Europe/24 Seven* Komisja podtrzymała stanowisko, że rynki właściwe geograficznie dla małych odbiorców mogą wykraczać poza dawne regiony dystrybucji, i podkreśliła przy tym, że zniesienie monopolu lokalnych i umożliwienie odbiorcom zmiany dostawcy ma wpływ na rozszerzenie terytorialnego zasięgu rynku właściwego³³¹. Nadzór brytyjskiego organu regulacyjnego (*Ofgem*) stymulował tę tendencję, a kolejne dochodzenia Komisji potwierdzały ekspansję terytorialną rynku dostaw detalicznych³³². Co więcej, rynek ten może mieć jeszcze szerszy zasięg terytorialny (w przypadku energetyki brytyjskiej dostawy mogłyby także pochodzić ze Szkocji i Francji)³³³. Potrzeba dzielenia terytorium państwowego na odrębne rynki właściwe dostaw detalicznych mimo uwarunkowań historycznych została zanegowana także w przypadku Belgii³³⁴. Nieco odmienne założenie (o regionalnych rynkach dostaw energii gospodarstwom domowym) przyjęła Komisja na potrzeby postępowania w sprawie *Gaz de France/Suez*³³⁵. Na tle niemieckiego sektora energii elektrycznej potrzebę wyróżnienia regionalnych rynków dostaw detalicznych dla małych odbiorców dostrzegła Komisja w sprawach *RWE/Essent*³³⁶, *Vattenfall/Nuon Energy*³³⁷ i *Electrabel/E.ON*³³⁸. Regionalizacja rynków dostaw detalicznych nie dotyczy dużych (przemysłowych i gospodarczych - *industrial and commercial, I&C*) odbiorców końcowych³³⁹.

W odniesieniu do Austrii problem zróżnicowanego zasięgu rynku właściwego geograficznie w zależności od rodzaju (zapotrzebowania) odbiorcy wyłonił się w sprawie *Verbund/Estag*. Zgodnie z wstępnymi ustaleniami poczynionymi przez Komisję, rynek właściwy obejmowałby większe terytorium w przypadku dużych odbiorców (wykraczałby poza granice Austrii), a dla mniejszych (domowych) odbiorców zamykałby się w austriackich granicach³⁴⁰. Zostało to potwierdzone w decyzji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, gdzie dochodzenie Komisji wykazało, że mimo pełnej implementacji dyrektywy 96/92/WE do austriackiego porządku prawnego wciąż istnieje szereg barier, które uniemożliwiają mniejszym podmiotom wybór dostawcy zagranicznego (m.in. z Niemiec)³⁴¹. Owe dostrzeżone przez Komisję bariery to: inna struktura rynków austriackiego i niemieckiego, mniejszy udział importu energii w odniesieniu do mniejszych odbiorców, ograniczony udział dostaw zagranicznych w gospodarce austriackiej, preferencje odbiorców „przywykłych” do dotychczasowego dostawcy oraz różna cena detaliczna energii w Austrii i w państwach sąsiadujących (Niemcy, Czechy, Słowacja, Węgry, Słowenia)³⁴². Decyzja w tej sprawie uwiarydlała potrzebę reformy unijnego (wówczas wspólnotowego) prawa energetycznego - Komisja liczyła na rozszerzenie zasięgu terytorialnego tych rynków po implementacji II pakietu³⁴³.

³³⁰ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/London Electricity*, par. 21-24.

³³¹ Decyzje Komisji w sprawach: *EDF Group/Cottam Power Station*, COMP IV/M.2209, z dnia 29 listopada 2000 r., Dz.Urz. WE C 187 z dnia 3 lipca 2001 r., s. 8., par. 21; *EDF/South Western Electricity*, par. 16-20; *EDF/TXU Europe/West Burton Power Station*, par. 23; *EDF/TXU Europe/24 Seven*, par. 23.

³³² Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Seeboard*, par. 35.

³³³ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/TXU Europe Group*, COMP IV/M.3007 z dnia 18 grudnia 2002 r., Dz.Urz. WE C 14 z dnia 21 stycznia 2001 r., s. 8, par. 21.

³³⁴ Decyzje Komisji w połączonych sprawach *ECS/Intercommunale IVEKA et al.*, par. 21 i w sprawie *GDF/Centrica/NEW SPE*, COMP IV/M.3883 z dnia 7 września 2005 r., Dz.Urz. WE C 194 z dnia 9 sierpnia 2005 r., s. 2, par. 24.

³³⁵ Decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Suez*, par. 742.

³³⁶ Decyzja Komisji w sprawie *RWE/Essent*, par. 293.

³³⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Vattenfall/Nuon Energy*, COMP IV/M.5496, z dnia 22 czerwca 2009 r., Dz.Urz. WE C 212 z dnia 5 września 2009 r., s. 16., par. 40.

³³⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Electrabel/E.ON*, COMP/M.5512, z dnia 16 października 2009 r., Dz.Urz. WE C 281 z dnia 21 listopada 2009 r., s. 6., par. 18.

³³⁹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Segebel*, par. 138.

³⁴⁰ Decyzja Komisji w sprawie M.2485, *Verbund/Estag*, z dnia 14 grudnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 66 z dnia 15 marca 2002 r., s. 14., par. 13.

³⁴¹ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 55-103.

³⁴² Ibidem.

³⁴³ Ibidem, par. 103.

Warto wskazać, że podobną strukturę posiada obecnie polski sektor elektroenergetyczny, w którym Prezes UOKiK uznał za konieczne wyodrębnienie kilku rynków dostaw (sprzedaży) detalicznej. Zgodnie z decyzją w sprawie *PGE/Energa*, rynek właściwy geograficznie dla dużych nietaryfowych odbiorców obejmuje terytorium Polski, natomiast odbiorcy z grupy G (niekorzystający z prawa wyboru sprzedawcy) działają po stronie popytowej na rynku, którego zasięg terytorialny ograniczony jest do obszaru działania danego sprzedawcy z urzędu³⁴⁴.

Ogólna tendencja zmierza jednak do uznania za rynek właściwy dostaw detalicznych obszaru pokrywającego się z rynkiem dostaw hurtowych, tj. z reguły obejmującego terytoria państw członkowskich w obecnej fazie liberalizacji³⁴⁵. Zjawisko liberalizacji na wszystkich rynkach dostaw (włączając w to gospodarstwa domowe jako odbiorców końcowych) zostało dostrzeżone przy rozstrzygnięciu o koncentracji *EDP/ENI/GDP*³⁴⁶. Komisja podkreśliła, że nawet mali odbiorcy będą mogli na pewnym etapie liberalizacji wybrać zagranicznych dostawców energii elektrycznej, jednak w czasie wydania decyzji za rynki właściwe dostaw detalicznych uznano terytorium Portugalii i Hiszpanii. Zaznaczono przy tym, że nie jest uzasadnione ograniczanie zasięgu rynku do terytorium mniejszego niż państwowe³⁴⁷. Zostało to potwierdzone przy okazji kolejnej koncentracji na Półwyspie Iberyjskim³⁴⁸. Sprawa *E.ON/MOL* potwierdziła podobną tendencję w odniesieniu do rynków węgierskich³⁴⁹, koncentracja *E.ON/Pražská plynárenská* w stosunku do energetyki czeskiej³⁵⁰, natomiast sprawa *ENEL/EMS* w relacji do rynków detalicznych dostaw w Rumunii³⁵¹. Tę ogólną tendencję można przełożyć także na inne państwa Europy Środkowo-Wschodniej (w tym Polskę) ze względu na podobne uwarunkowania sektora energii elektrycznej.

Natomiast proces rozszerzania się rynków dostaw detalicznych poza granice państw przebiega stopniowo i jest utrudniony nawet w regionach, gdzie sektor energetyczny jest bardzo zliberalizowany. Przykładem takiej sytuacji są rynki skandynawskie, gdzie poziom integracji i liberalizacji rynków energetycznych wyprzedza pozostałe regiony Unii, ale Komisja w sprawie *Sydkraft/Gräninge* zanegowała możliwość istnienia jednego rynku skandynawskiego dla dostaw energii elektrycznej użytkownikom końcowym (nie przecząc przy tym możliwości wykraczania rynków właściwych poza granice państw)³⁵². Zostało to potwierdzone decyzją w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*³⁵³.

Nie można wykluczyć sytuacji, gdy rynek dostaw detalicznych będzie geograficznie szerszy od rynku dostaw hurtowych. Taka sytuacja miała miejsce we Włoszech, gdzie mimo fragmentaryzacji rynku hurtowego na cztery regiony rynek detaliczny uznano za rynek o zasięgu krajowym, co potwierdziła zarówno Komisja Europejska³⁵⁴, jak i włoski organ antymonopolowy w sprawie *ASM Brescia/Ramo di azienda di Assoenergia*³⁵⁵.

4.2.3. Przesył energii

Zgodnie z założeniami ekonomii skali, przesył energii elektrycznej jest tzw. działalnością sieciową i stanowi monopol naturalny. Nie jest opłacalne budowanie drugiej konkurencyjnej sieci w danym miejscu, ponieważ wywołałoby to skutki sprzeczne z interesem publicznym, który jest chroniony przez regulacje sektorowe i prawo konkurencji. Z tego też względu określenie

³⁴⁴ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-37/04 z dnia 18 maja 2004 r.; DOK-58/04 z dnia 12 lipca 2004 r.; DOK-70/04 z dnia 23 lipca 2004 r.; DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

³⁴⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantabrico*, par. 26.

³⁴⁶ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 188-189.

³⁴⁷ Ibidem.

³⁴⁸ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/Hidroeléctrica del Cantábrico*, COMP IV/M.3448 z dnia 9 września 2004 r., Dz.Urz. WE C 252 z dnia 12 października 2004 r., s. 4, par. 25.

³⁴⁹ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*, par. 272-279.

³⁵⁰ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Pražská plynárenská*, par. 19.

³⁵¹ Decyzja Komisji w sprawie *ENEL/EMS*, COMP IV/M.4841, z dnia 20 grudnia 2007 r., Dz.Urz. WE C 78 z dnia 29 marca 2008 r., s. 1., par. 20-21.

³⁵² Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Gräninge*, par. 81.

³⁵³ Decyzja Komisji w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*, par. 269-272.

³⁵⁴ Decyzje Komisji w sprawach: *FIAT/Italenergia/Montedison*, COMP IV/M.2532 z dnia 28 sierpnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 284 z dnia 10 października 2001 r., s. 22, par. 35-36; *Edison/Edipower/Eurogen*, COMP IV/M.2792 z dnia 3 maja 2002 r., Dz.Urz. WE C 217 z dnia 13 września 2002 r., s. 16, par. 30-31; *EDF/AEM/Edison*, par. 43-45.

³⁵⁵ Sprawa nr 13543 *ASM Brescia/Ramo di azienda di Assoenergia*, Bulletin n° 33-34-35/2003.

zasięgu geograficznego rynku właściwego przesyłu energii nigdy nie sprawiało problemu organom antymonopolowym, w tym Komisji Europejskiej. Powszechnie przyjmuje się, że rynek właściwy przesyłu wiąże się z terytorialnym zasięgiem sieci³⁵⁶ będącej we władaniu TSO, jako tzw. monopol sieciowy (*Leitungsmonopole*)³⁵⁷.

Trzeba pamiętać, że w odróżnieniu od dystrybucji przesył jest dokonywany za pośrednictwem linii bardzo wysokiego i wysokiego napięcia oraz że usługa przesyłu świadczona jest na szerszym geograficznie obszarze niż dystrybucja. Z tego względu rynki przesyłu energii elektrycznej będą miały zazwyczaj zasięg państwowy. Ze względu na uwarunkowania geograficzne reguła ta nie dotyczy państw wyspiarskich i wyspiarsko-kontynentalnych³⁵⁸. Ustrój polityczny danego państwa członkowskiego i uwarunkowania historyczne (np. struktura federalna) mogą skutkować istnieniem wielu sieci przesyłowych na terytorium jednego kraju - sytuacja taka miała miejsce w przypadku Niemiec w sprawie *TenneT/E.ON*³⁵⁹.

W przypadku Polski działalność w zakresie przesyłu energii elektrycznej jest monopolem prawnym (art. 9k pr.energ.). W początkowym okresie organ antymonopolowy wzorem regulacji sektorowej, niedostosowanej do dyrektywy 2003/54/WE, zbiorczo traktował obie kategorie działalności (tj. przesył i dystrybucję), dokonując ich rozróżnienia poprzez odniesienie jedynie do wysokości napięcia dostarczanej za pomocą sieci energii elektrycznej. W rezultacie UOKiK traktował zarówno działalność przesyłową, jak i dystrybucyjną jako zamkniętą w granicach lokalnych rynków właściwych, tożsamych z zasięgiem działania zakładów energetycznych.³⁶⁰ Nowelizacja prawa energetycznego z 4 marca 2005 r.³⁶¹ uporządkowała ten stan rzeczy, w wyniku czego działalność w zakresie przesyłu energii elektrycznej różniła się od dystrybucji nie tylko wysokością napięć sieci, ale także zasięgiem geograficznym prowadzonej działalności. Znalazło to oddźwięk w decyzjach UOKiK traktujących rynek przesyłu energii elektrycznej jako rynek krajowy³⁶².

Jak już zostało wspomniane przy okazji rozważań dotyczących rynku właściwego produktowo dla przesyłu energii elektrycznej, w sprawie *EMCC* Komisja nie wykluczyła możliwości wyodrębnienia rynku właściwego przesyłu energii w zakresie dotyczącym zarządzania połączeniami międzysystemowymi przy transgranicznej wymianie energii elektrycznej (w rozumieniu rozporządzenia nr 1228/2003)³⁶³. Takie podejście oznaczałoby, że każde połączenie międzysystemowe stanowi odrębny rynek geograficzny i jednocześnie monopol naturalny, a antykonkurencyjne skutki tego monopolu byłyby ograniczane przepisami rozporządzenia nr 714/2009.

4.2.4. Dystrybucja energii

Dystrybucja energii elektrycznej będzie z reguły obejmowała mniejszy geograficznie obszar niż jej przesył. Ze względu na zróżnicowane możliwości przesyłowe tych linii, przesył i dystrybucja nie są wobec siebie konkurencyjne, stanowią odrębne rynki właściwe i odrębne monopole naturalne³⁶⁴. Na rynku dystrybucji występują zatem bardzo podobne uwarunkowania jak w przypadku przesyłu, choć praktyka decyzyjna Komisji i innych organów antymonopolowych jest tu znacznie bogatsza ze względu na mniejsze znaczenie strategiczne dystrybucji niż przesyłu.

Geograficzny zasięg rynku właściwego dystrybucji będzie pokrywał się z obszarem sieci średniego lub niskiego napięcia, tworząc monopol regionalny (np. dwanaście angielskich obszarów

³⁵⁶ Decyzje Komisji w sprawach: *Sydkraft/Grange*, par. 75; *EDP/ENI/GDP*, par. 75; *E.ON/MOL*, par. 253; *RWE/Essent*, par. 441; *TenneT/Elia/Gasunie/APX-Endex*, par. 45.

³⁵⁷ Decyzja Komisji w sprawie *EDFI/Estag*, par. 11.

³⁵⁸ Decyzja Komisji w sprawie *CVC/REE/Iberdrola*, COMP IV/M.3057 z dnia 7 stycznia 2003 r., Dz.Urz. WE C 22 z dnia 29 stycznia 2003 r., s. 10, par. 11-12.

³⁵⁹ Decyzja Komisji w sprawie *TenneT/E.ON*, par. 7.

³⁶⁰ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-37/04 z dnia 18 maja 2004 r.; DOK-58/04 z dnia 12 lipca 2004 r.; DOK-70/04 z dnia 23 lipca 2004 r.

³⁶¹ Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. 2005 r., Nr 62, poz. 552); uzasadnienie projektu ustawy: Druk Sejmowy nr 3135 z dnia 22 lipca 2004 r.

³⁶² Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: *RWR-11/05* z dnia 28 lutego 2005 r.; *DOK-163/06* z dnia 22 grudnia 2006 r.

³⁶³ Decyzja Komisji w sprawie *EMCC*, par. 14.

³⁶⁴ Decyzje Komisji w sprawach: *EDFI/Estag*, par. 11; *Fortum/Birka Energi*, par. 12; *EDF/TXU Europe/West Burton Power Station*, par. 19; *EDF/TXU Europe 24 Seven*, par. 19; *Sydkraft/Grange*, par. 73-74; *EDP/ENI/GDP*, par. 75.

dystrybucji³⁶⁵ lub sześć monopolu węgierskich³⁶⁶ czy sześć polskich spółek dystrybucyjnych³⁶⁷). DSO mogą być przedsiębiorstwami komunalnymi lub państwowymi, posiadającymi wyłączność na dystrybucję na danym obszarze³⁶⁸. Nie jest przy tym wykluczona sytuacja, w której np. spółka będąca operatorem systemu dystrybucyjnego nie stanowi wyłącznej własności jednostki samorządu terytorialnego (lokalnego), ale pojawiają się również akcjonariusze (udziałowcy) mniejszościowi. O głównych celach prowadzonej działalności decyduje jednak wspólnik większościowy³⁶⁹. Oznacza to, że prywatyzacja komunalnych przedsiębiorstw sieciowych nie rozwiązuje problemu monopolu naturalnego i konieczna jest interwencja organów regulacyjnych.

W odniesieniu do wyodrębnionego rynku właściwego połączeń między systemami dystrybucyjnymi analogiczne będą uwagi przedstawione w punkcie poprzednim, dotyczące delimitacji rynku właściwego.

4.2.5. Bilansowanie systemu i usługi pomocnicze

Bilansowanie systemu i usługi pomocnicze zazwyczaj są powiązane z przesyłem energii elektrycznej i w fazie przedliberalizacyjnej działalność ta była wykonywana przez operatorów zasiedziatych w ramach środków własnych. Analizując rynek właściwy geograficznie, należy rozpatrywać łącznie oba rodzaje usług ze względu na podobne uwarunkowania techniczno-organizacyjne, w jakich są one świadczone (tożsamość terytorialnego zakresu świadczenia usług).

W sprawie *Verbund/Energie Allianz* Komisja stwierdziła, że funkcjonujący na terytorium Austrii obszar rynku właściwego bilansowania odpowiada danemu tzw. obszarowi kontroli sieci (*Regelzone*)³⁷⁰. Mając na uwadze fakt powiązania bilansowania systemu i usług pomocniczych z działalnością TSO (często w sposób prawny - por. art. 4 pkt 23a pr.energ.), należy stwierdzić, że rynki bilansowania i usług pomocniczych będą miały zasięg ogólnokrajowy³⁷¹. Biorąc pod uwagę szczególne uwarunkowania geograficzne, nie jest wykluczona możliwość regionalizacji tych rynków, jak to miało miejsce we Włoszech³⁷². Komisja nie wykluczyła takiej możliwości również w odniesieniu do Belgii³⁷³.

Kolejne pakiety energetyczne pozwalają jednak na oderwanie tej działalności od przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo i rozszerzenie zakresu świadczenia usług bilansowania (i pomocniczych), co oznacza ekspansję rynku właściwego poza obszar sieci. W sprawie *Sydkraft/Graninge* okazało się, że w otwartym na konkurencję rynku skandynawskim jest możliwe świadczenie usług bilansowania systemu na terytorium wszystkich państw nordyckich (50 proc. energii „zapasowej” wytwarzał norweski TSO). Komisja jednak zaniechała dokładnego określania rynku właściwego³⁷⁴. Teza ta została jednak zweryfikowana w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*, w której Komisja stwierdziła, że mimo wysokiego stopnia liberalizacji sektora współpraca między skandynawskimi TSO nie jest na tyle zaawansowana, aby można było mówić o rynku nordyckim. Zamiast tego Komisja podzieliła Danię na dwa rynki właściwe usług pomocniczych (którym to pojęciem objęta także bilansowanie systemu)³⁷⁵.

Zależność geograficznego zasięgu rynku bilansowania i usług pomocniczych od krajowych regulacji sektorowych została dostrzeżona przez Komisję przy zakazie koncentracji w sprawie *EDP/ENI*

³⁶⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/London Electricity*, par. 20; *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, par. 18; *CE/Yorkshire Electric*, par. 11; *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4110, z dnia 25 kwietnia 2006 r., par. 17; *ENEL/Acciona/Endesa*, par. 24; *E.ON/Endesa Europa/Viesgo*, COMP IV/M.5170 z dnia 19 czerwca 2008 r., Dz.Urz. WE C 237 z dnia 16 września 2008 r., s. 1, par. 11; *IPO/EnBW/Praha/PT*, par. 29.

³⁶⁶ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*, par. 215-218.

³⁶⁷ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-32/07 z dnia 28 września 2007 r.

³⁶⁸ Decyzja Komisji w sprawie *ENEL/EMS*, par. 10.

³⁶⁹ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par. 116.

³⁷⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 102.

³⁷¹ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*, par. 255.

³⁷² Decyzja Komisji w sprawie *EDF/AEM/Edison*, par. 42.

³⁷³ Decyzja Komisji w sprawie *GDF/Centrica/NEW SPE*, par. 24-25. W sprawie *Gaz de France/Suez* Komisja jednak stwierdziła narodowy zasięg belgijskich rynków bilansowania i usług pomocniczych (par. 733-737), co zostało potwierdzone w sprawie *TenneT/E.ON* (par. 12).

³⁷⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Graninge*, par. 52-55.

³⁷⁵ Decyzja Komisji w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*, par. 263-266.

GDP. Mimo zawarcia przez Hiszpanię i Portugalię umów dwustronnych o współpracy w dziedzinie energetyki, różnice w systemach prawnych spowodowały wyodrębnienie osobnych rynków właściwych w tym zakresie dla każdego z tych krajów³⁷⁶.

W decyzji w sprawie *EDF/Segebel* Komisja dostrzegła potrzebę podziału sektora na tzw. strefy bilansowania (*balancing zones*). W odniesieniu jednak do badanego rynku belgijskiego zasięg tej strefy, stanowiącej jednocześnie rynek właściwy geograficznie, pokrywał się z terytorium Belgii³⁷⁷. Krajowy zasięg rynku bilansowania systemu został potwierdzony w niedawno wydanej (26 stycznia 2011 r.) decyzji w sprawie *GDF Suez/International Power* – Komisja określiła rynek właściwy obejmujący obszar całej Wielkiej Brytanii jako zależny od sieci przesyłowej³⁷⁸. Stanowisko to pozostaje aktualne również w odniesieniu do Niemiec³⁷⁹.

Polski organ antymonopolowy, dwukrotnie zmagając się z rynkiem usług pomocniczych (zwanych w praktyce decyzyjnej UOKiK usługami systemowymi), uznał te rodzaje działalności za jeden rynek właściwy produktowo (por. uwagi wyżej), a jego zasięg geograficzny określił jako krajowy (usługi te świadczone są przez wytwórców energii na rzecz TSO i DSO, a rynek wytwarzania i hurtowych dostaw energii ma wymiar ogólnopolski)³⁸⁰. Stan ten pozostaje niezmienny ze względu na wysokie bariery wejścia na rynek³⁸¹ oraz z powodu regulacji zawartych w pr.energ. i innych przepisów regulacji sektorowej.

4.2.6. Zarządzanie, usługi pomiarowe i przyłączeniowe

Działalność w zakresie M&R oraz usług pomiarowych i przyłączeniowych jest ściśle zależna od specyfiki danej sieci, którą kształtują przede wszystkim uwarunkowania techniczne oraz prawne (z zakresu regulacji sektorowej)³⁸². Podobnie jak pozostałe rodzaje działalności w sektorze energii elektrycznej, ta grupa usług stanowiła początkowo monopol państwowy lub regionalny, aby w miarę liberalizacji sektorów infrastrukturalnych i ujednolicania regulacji sektorowych państw członkowskich wyjść poza historyczne granice³⁸³. Tendencja do ekspansji rynków geograficznych dla wszystkich omawianych rodzajów działalności potwierdzona została w decyzji w sprawach *EDF/TXU Europe/West Burton Power Station*³⁸⁴ i *EDF/TXU Europe/24 Seven*³⁸⁵. Ponadto w sprawie *EDF/Seeboard* rynek usług pomiarowych (instalacji i dokonywania odczytów) został uznany za narodowy (brytyjski, obejmujący Anglię, Walię i Szkocję)³⁸⁶.

Autorzy nie wykluczają możliwości powstania ogólnounijnych rynków tych usług przy założeniu, że w ramach liberalizacji sektora będzie dochodziło do zbliżania ustawodawstw oraz ujednolicenia poziomu cen i taryf³⁸⁷. Perspektywa taka teoretycznie jest możliwa, jednak „odporność” energetyki na liberalizację znacznie opóźnia realizację tych planów.

4.2.7. Obrót energią elektryczną

Liberalizacja sektora energetycznego ma w zamierzeniu ustawodawcy unijnego stworzyć rynek wewnętrzny energii elektrycznej – jeden dla całej Unii. Owocem implementacji kolejnych pakietów energetycznych jest powstanie rynku właściwego obrotu energią (por. uwagi dotyczące rynku właściwego produktowo). Dlatego też już w sprawie *EDF/Louis Dreyfus* uczestnicy koncentracji wskazywali, że rynek obrotu energią ma wymiar wspólnotowy (unijny)³⁸⁸. Komisja, nie dokonując

³⁷⁶ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 187.

³⁷⁷ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Segebel*, par. 123.

³⁷⁸ Decyzja Komisji w sprawie *GDF Suez/International Power*, par. 58-59.

³⁷⁹ Decyzja Komisji w sprawie *Molaris/Commerz Real/RWE/Amprion*, COMP/M.6225 z dnia 23 sierpnia 2011 r., Dz.Urz. UE C 365 z dnia 15 grudnia 2011 r., s. 2, par. 14-16.

³⁸⁰ Decyzje Prezesa UOKiK w sprawach: DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.; DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

³⁸¹ Ibidem.

³⁸² E. Cabau, *The relevant...*, op. cit., s. 80-21.

³⁸³ Decyzje Komisji w sprawach: *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, par. 19; *CE/Yorkshire Electric*, par. 14.

³⁸⁴ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/TXU Europe/West Burton Power Station*, par. 20-22.

³⁸⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/TXU Europe/24 Seven*, par. 20-22.

³⁸⁶ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Seeboard*, par. 27.

³⁸⁷ E. Cabau, *The relevant...*, s. 80-81.

³⁸⁸ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/Louis Dreyfus*, par. 24.

kategorycznej oceny tego stanowiska, uznała, że należy mieć na uwadze swobodę przesyłu energii elektrycznej z jednego państwa członkowskiego do drugiego³⁸⁹. Wskazała również na znikomą praktyczną doniosłość transgranicznej wymiany energii (w chwili rozstrzygnięcia o koncentracji)³⁹⁰, tym samym pośrednio negując unijny wymiar rynku obrotu energią elektryczną. Założenie to wkrótce zostało potwierdzone w sprawie *Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading* - Komisja nie sprzeciwiła się propozycjom uczestników koncentracji, aby każdy z krajów Beneluksu uznać za odrębny rynek właściwy geograficznie³⁹¹. Krajowy zasięg tego rynku był uznawany także w kolejnych decyzjach³⁹², chociaż w miarę implementacji kolejnych dyrektyw pakietów energetycznych pojawiła się tendencja do delimitacji obszarów rynków właściwych w granicach szerszych niż terytoria państw członkowskich (np. w przypadku Niemiec)³⁹³. Niemniej istnienie unijnego rynku „fizycznego” obrotu energią elektryczną było konsekwentnie negowane przez Komisję³⁹⁴. Takie stanowisko zajął również UOKiK w decyzji w sprawie *PGE/Energa*³⁹⁵. W późniejszych natomiast decyzjach Komisja rozważa już koncepcję rynku właściwego obejmującego cały Europejski Obszar Gospodarczy³⁹⁶.

Zgodnie z decyzją w sprawie *Gaz de France/Suez*, zasięg terytorialny rynku „fizycznego” obrotu energią elektryczną jest zależny od wydajności połączeń międzysystemowych (*interconnection capacity*)³⁹⁷. Jak się okazało, utworzenie giełdy towarowej obejmującej Belgię i Francję (Belpex) co prawda wpłynie na handel transgraniczny, ale nie rozwiąże problemu „wąskich gardeł” w połączeniach międzysystemowych pomiędzy Belgią a Francją³⁹⁸. W rezultacie rynki państw Beneluksu wciąż są uznawane za mające jedynie zasięg krajowy³⁹⁹.

Jeśli zaś chodzi o handel derywatami elektroenergetycznymi, to ze względu na specyficzny charakter instrumentów finansowych, postuluje się szerokie ujmowanie rynku właściwego - w wymiarze unijnym, a nawet międzynarodowym (światowym). Takiego rozumowania nie zanegowała Komisja w sprawie *Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading* już w 1999 r.⁴⁰⁰ mimo istnienia tylko dwóch giełd w Europie (Nord Pool i Eltermin; w krajach Beneluksu miała wkrótce powstać giełda APX - w początkowej fazie istnienia ograniczona do terytorium Holandii)⁴⁰¹. W sprawie *Sydkraft/Graininge* dochodzenie Komisji potwierdziło bardzo szerokie ujęcie (jak na sektor infrastrukturalny) rynku właściwego geograficznie, który miał obejmować co najmniej obszar Nord Poolu (w 2003 r. Norwegia, Szwecja, Dania i Finlandia)⁴⁰². Zostało to potwierdzone w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*, przy czym Komisja zaznaczyła, że w odniesieniu do specyficznego rodzaju derywatów elektroenergetycznych, tj. kontraktów na różnicę (*CfDs*) rynek właściwy powinien zostać ograniczony do specyficznego obszaru cenowego (*price areas*)⁴⁰³. Niemniej decyzja dotycząca koncentracji *RWE/Essent* potwierdziła możliwość istnienia rynku derywatów elektroenergetycznych obejmujący EOG⁴⁰⁴. Mając na uwadze łatwość obrotu instrumentami finansowymi, należy się spodziewać rozstrzygnięć jeszcze szerzej ujmujących ten rynek właściwy.

Nie dotyczy to oczywiście obrotu świadectwami pochodzenia energii ze źródeł odnawialnych lub innego rodzaju certyfikatami (białymi, czerwonymi, żółtymi) ze względu na swoistość danego

³⁸⁹ Ibidem, par. 26.

³⁹⁰ Ibidem, par. 27.

³⁹¹ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading*, par. 21.

³⁹² Decyzje Komisji w sprawach: *E.ON/Powergen*, par. 8; *ENEL/Viesgo*, par. 7; *Fortum/Birka Energi*, par. 11; *Canal del Isabel III/ Hidrocantábrico/JV*, COMP IV/M.2819 z dnia 14 czerwca 2002 r., Dz.Urz. WE C 168 z dnia 13 lipca 2002 r., s. 20, par. 15.

³⁹³ Decyzje Komisji w sprawach: *Vattenfall/Bewag*, par. 8; *RWE/Innogy*, par. 22.

³⁹⁴ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/EDFT*, COMP IV/M.3210 z dnia 26 sierpnia 2003r., Dz.Urz. WE C 48 z dnia 2 lutego 2004 r., s. 11, par. 13.

³⁹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

³⁹⁶ Decyzja Komisji w sprawie *RWE/ENSYS*, COMP IV/M.5711 z dnia 15 grudnia 2009 r., Dz.Urz. UE C 27 z dnia 3 lutego 2010 r., s. 4, par. 31-32.

³⁹⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Suez*, par. 730.

³⁹⁸ Ibidem, par. 732.

³⁹⁹ Decyzja Komisji w sprawie *TenneT/Elisa/Gasunie/APX-Endex*, par. 41-44.

⁴⁰⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading*, par. 22.

⁴⁰¹ Decyzja Komisji w sprawie *Electrabel/Epon*, par. 24.

⁴⁰² Decyzja Komisji w sprawie *Sydkraft/Graininge*, par. 67.

⁴⁰³ Decyzja Komisji w sprawie *DONG/Elsam/Energi 2*, par. 268.

⁴⁰⁴ Decyzja Komisji w sprawie *RWE/Essent*, par. 53.

instrumentu dla poszczególnych krajowych regulatorów sektora. W sprawie *PGE/Energa* Prezes UOKiK uznał, że rynek właściwy obrotu zielonymi certyfikatami obejmuje terytorium Polski (z tego względu zagadnienie to będzie pojawiało się tylko w odniesieniu do krajowych spraw antymonopolowych)⁴⁰⁵.

4.3. Wnioski

Mając na uwadze postępującą liberalizację sektora energii elektrycznej w Unii Europejskiej, opartą na polityce unbundlingu, nie możemy mówić w chwili obecnej o jednym rynku właściwym produktowo energii elektrycznej w poszczególnych państwach członkowskich. Powyższe rozważania uwidaczniają wielopoziomowy podział działalności związanej z energią elektryczną. Poszczególne rodzaje tej działalności pozostają ze sobą w relacji wertykalnej, tworząc tzw. rynki sąsiadujące. Co więcej, ilość rynków właściwych dostrzeżona przez organy monopolowe (Komisję Europejską, UOKiK oraz organy innych państw) jest większa niż wynikałoby to z podziału działalności wprowadzonego kolejnymi pakietami liberalizacyjnymi (do tego terminologia użyta na opisanie danej działalności jest inna na szczeblu unijnym i krajowym oraz w praktyce decyzyjnej organów antymonopolowych i prawa regulacji sektorowej – co z penością nie jest korzystnym zjawiskiem). Znacząca liczba rynków właściwych w poszczególnych obszarach rynku wewnętrznego wynika z trzech zasadniczych powodów. Po pierwsze – z tendencji do jak najwęższego ujmowania przez organ antymonopolowy badanego wycinka życia gospodarczego. Po drugie – ze specyficznego modelu regulacji sektora energetycznego w danym państwie członkowskim (np. wytwarzanie energii w „reżimie specjalnym” w Portugalii). Po trzecie – z władczą ingerencji organów państwowych w rynki infrastrukturalne, motywowanej określoną polityką, np. ochrony środowiska (powoduje to wyróżnienie specyficznych rynków w danym reżimie regulacji, np. obrotu zielonymi certyfikatami w Polsce). W miarę dopuszczania nowych (zewnętrznych) podmiotów do działalności gospodarczej związanej z energią elektryczną będziemy mieli do czynienia ze zjawiskiem specjalizacji poszczególnych usług (np. podział rynku usług pomiarowych na instalowanie czytników i dokonywanie pomiarów oraz, prawdopodobnie w przyszłości, *smart metering*). Zatem w miarę postępującej liberalizacji sektora organy antymonopolowe będą dokonywały wyodrębnienia większej ilości rynków właściwych produktowo.

Jak już zostało stwierdzone, rynki sąsiadujące (jakimi niewątpliwie są wskazane powyżej rynki asortymentowe) pozostają ze sobą w ścisłej zależności. Oznacza to, że zakłócenie konkurencji na jednym z nich może wywołać antykonkurencyjne skutki na innych rynkach, nawet mimo braku aktywności na tych rynkach uczestników danej praktyki (np. koncentracji). Potwierdzone zostało to już na początku XX w. przez przytoczone we wstępie orzeczenie Sądu Najwyższego USA w sprawie *Terminal Railroad* i doktrynę *essential facilities*. Z tego też względu należy szeroko interpretować pojęcie „rynku” zawarte w art. 18-20 u.o.k.k., która to ustawa uzależnia zgodę na koncentrację od braku jej istotnego wpływu na konkurencji. Nie należy ograniczać się w tym przypadku do badania rynku właściwego, ale należy także sprawdzić wpływ koncentracji na konkurencję na innych rynkach, sąsiadujących z właściwym dla danego połączenia lub przejęcia. Zwraca uwagę ustawowe ograniczenie badania wpływu innych niż koncentracja zachowań na konkretny rynek właściwy: karteli (art. 6 ust. 1 *in fine*) oraz nadużywania pozycji dominującej (art. 9 ust. 1 *in fine*). O ile w przypadku porozumień objętych zakazem względnym można dopatrywać się pozytywnych skutków zмовы przedsiębiorców, o tyle przy bezwzględnym zakazie nadużywania pozycji dominującej takie zawężenie jest niezasadne. Rozważania w tym kierunku wykraczają wprawdzie poza zakres tematyczny niniejszej pracy – warto jednak zwrócić na nie uwagę, ponieważ jedną z przesłanek względnego zakazu koncentracji jest uzyskanie pozycji dominującej przez nowo powstały (powiększony) podmiot. Tego rodzaju problemy definicyjne nie powstają na gruncie prawa unijnego i rozporządzenia 139/2004, ponieważ kryterium oceny jest zgodność koncentracji ze wspólnym rynkiem (którego cele zostały określone w przepisach TUE i TFUE).

Analiza rynków właściwych geograficznie pozwala stwierdzić niedoskonałość prawa regulacji sektorowych, które wciąż jest powiązane z rynkami krajowymi (wyjątek dotyczy obszarów

⁴⁰⁵ Decyzja Prezesa UOKiK w sprawie DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

regionalnej współpracy w dziedzinie energii oraz rynku obrotu derywatami elektroenergetycznymi). Związane jest to niewątpliwie z wciąż silną pozycją operatorów zasiedziatych i powszechnym występowaniem przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo. Dużą rolę odgrywa także strategiczne znaczenie sektora i niechęć państw do zrzekania się kolejnych wpływów powszechnie kojarzonych z suwerennością państwową (podstawę obrony tych prerogatyw stanowi art. 345 TFUE). Obecne możliwości techniczne i uwarunkowania ekonomii skali czynią działalność sieciową (TSO i DSO) monopolem naturalnym (nawet jeśli operatorem systemu jest spółka, w której akcjonariat/udziały są podzielone między wielu współników). Jedyńm sposobem zapobieżenia antykonkurencyjnym zachowaniom na tych rynkach jest nadzór organów regulacyjnych. Mimo transpozycji III pakietu wiele rynków właściwych w sektorze energii (poza rynkami przesyłu i dystrybucji) jest wciąż zamkniętych w geograficznych granicach państw lub administracyjnie wydzielonych obszarach dostaw energii. „Przekraczanie granic” stymulowane jest przez rozbudowę sieci transeuropejskich, implementację dyrektywy 2009/72/WE, zwiększenie przepustowości połączeń międzysystemowych oraz zerwanie kontraktów długoterminowych. Integracja na tym obszarze współpracy następuje bardzo wolno i nie należy się spodziewać szybkich efektów, nawet w przypadku zintensyfikowanej współpracy regionalnej, o czym świadczy chociażby nieuznanie iberyjskiego rynku wytwarzania i hurtowych dostaw w sprawie *EDP/ENI/GDP*.

Zamknięcie rynków właściwych w granicach poszczególnych państw członkowskich ma znaczenie z punktu widzenia koncentracji transgranicznych - zamierzone połączenie następuje na zupełnie odrębnych rynkach geograficznych, gdzie nie ma powiązań wertykalnych między innymi obszarami działalności danego przedsiębiorstwa. Niewątpliwie ułatwia to planowanie inwestycji zagranicznych przedsiębiorstwom energetycznym, zarówno z UE, jak i z państw trzecich. Z drugiej strony jednak, ze względu na „regulę dwóch trzecich”⁴⁰⁶ koncentracje w sektorze energii elektrycznej, nawet jeśli osiągną unijne progi uzasadniające jurysdykcję Komisji, zostaną przekazane pod rozstrzygnięcie krajowych organów antymonopolowych, które (często zależne od władz państwowych i polityki bieżącej) mogą kierować się zupełnie innymi motywami niż Komisja.

Ze względu na znikomą liczbę decyzji zakazujących koncentracji, co jest spowodowane brakiem antykonkurencyjnych skutków większości planowanych połączeń lub przejęć, Komisja unika precyzyjnego definiowania rynków właściwych, pozostawiając wiele kwestii otwartych. Mając na uwadze, że większość spraw dotyczących działalności gospodarczej związanej z energią elektryczną, którymi zajmowała się Dyrekcja Generalna Konkurencji, dotyczyła kontroli nad koncentracjami, precyzyjna delimitacja wyżej opisanych rynków rzadko była „oficjalnie” zatwierdzana w drodze decyzji. Analizując decyzje warunkowe (i jedną zakazującą), trzeba pamiętać o tym, że rynek właściwy jest kategorią dynamiczną, która ulega zmianom. Nawet dokładny podział rynków na danym obszarze, dokonany w decyzji sprzed kilku lat, może stać się nieaktualny przy rozstrzyganiu kolejnych spraw. „Usztywnienie” rynków związanych z działalnością w sektorze energii wynika z opisanej we wstępie specyfiki sektora. Nie zwalnia to jednak organu antymonopolowego z obowiązku ustalenia rynków właściwych na potrzeby poszczególnych spraw. W przypadku UOKiK zachowanie takie mogłoby stanowić podstawę naruszenia zasady prawdy obiektywnej wyrażonej w art. 7 k.p.a., co z kolei byłoby podstawą odwołania do SOKiK (art. 479²⁸ § 1 pkt 1 k.p.c.), a sąd może stwierdzić wydanie decyzji z rażącym naruszeniem prawa (art. 479³¹ § 3 k.p.c.).

⁴⁰⁶ Zob. rozdział IV, pkt 2.1.

Rozdział V Jurysdykcja organów antymonopolowych

Podstawową kwestią, pozwalającą na uruchomienie procedury kontroli koncentracji przed organami antymonopolowymi (unijnymi lub krajowymi) jest ustalenie jurysdykcji tych organów. Zdarzenie prawne będące koncentracją w rozumieniu przepisów antymonopolowych⁴⁰⁷ samo w sobie nie stanowi jeszcze podstawy do wszczęcia postępowania w sprawie kontroli koncentracji. Mimo bardzo szerokiego (funkcjonalnego) ujęcia w prawie antymonopolowym definicji przedsiębiorstwa (przedsiębiorcy) oraz koncentracji istnieje wiele czynników uniemożliwiających wszczęcie procedury kontrolnej. Organ antymonopolowy, kierując się wyżej wskazaną zasadą legalizmu, zobowiązany jest z urzędu zbadać swoją właściwość przed przystąpieniem do merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy. Już na tym etapie mogą pojawić się konflikty kompetencyjne między Komisją Europejską, organami ochrony konkurencji państw członkowskich oraz organami antymonopolowymi państw trzecich. Ustalenie organu właściwego jest bardzo istotne dla przedsiębiorców, którzy ze względu na mniej rygorystyczne wymogi prawne lub z przyczyn czysto politycznych będą dążyli do wszczęcia postępowania przed wybranym organem antymonopolowym, chcąc doprowadzić do wyłączenia kompetencji lub umorzenia postępowania w innej jurysdykcji.

5.1. Ekstraterytorialne stosowanie prawa konkurencji

Szczególnego rodzaju problemem, z jakim musi zmagać się prawo antymonopolowe jest uniwersalna jurysdykcja organów ochrony konkurencji. Zgodnie z tradycyjnym ujęciem prawa międzynarodowego, wyrażonym m.in. w orzeczeniu Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie statku „Lotus”, jurysdykcja państw rozciąga się na ich terytorium, chyba że międzynarodowy zwyczaj lub umowa stanowi inaczej⁴⁰⁸. Prawo ochrony konkurencji stanowi wyłom od zasady terytorialności i w przeciwieństwie do innych gałęzi prawa (np. prawa karnego) nie jest co do zasady „zamknięte” w granicach danego państwa. Jest to związane z międzynarodową skalą działalności przedsiębiorstw, które właśnie ze względu na swoją siłę ekonomiczną przeważnie podlegają wzmożonej kontroli organów antymonopolowych. Z tych też względów mówi się o ekstraterytorialnym stosowaniu prawa konkurencji.

Po raz pierwszy problem ten pojawił się już w 1909 r. na gruncie ustawy Shermana, kiedy to Sąd Najwyższy USA rozstrzygał sprawę *American Banana*⁴⁰⁹. Wówczas sąd ten odrzucił możliwość zastosowania amerykańskiego prawa antytrustowego do zachowań antykonkurencyjnych i deliktów popełnionych na terytorium Republiki Panamy przez spółkę New Jersey na szkodę spółki z Alabamy. Ten sam sąd w 1927 r. odstąpił od tej linii orzeczniczej w sprawie *Sisal Sales* i stwierdził, że prawo konkurencji USA ma zastosowanie do sytuacji monopolizacji importu do Stanów Zjednoczonych szalazu z Meksyku dokonanej przez grupę banków i spółek amerykańskich⁴¹⁰. Wreszcie, orzeczenie w sprawie *Alcoa*, wymierzone przeciwko europejsko-kanadyjsko-amerykańskiemu kartelowi aluminium ugruntowało potrzebę ekstraterytorialnego stosowania prawa antymonopolowego⁴¹¹. Podejście amerykańskich organów antymonopolowych przyjęto określać jako doktrynę skutku (*doctrine of economic effect*) ze względu na konieczność wystąpienia efektów danej praktyki na terytorium USA.

Za praktyką amerykańską podążyły inne kraje oraz Unia Europejska. W orzecznictwie ETS (obecnie Trybunału Sprawiedliwości UE) oprócz doktryny skutku, wzorowanej bezpośrednio na prawie amerykańskim⁴¹², pojawiają się jeszcze dwie koncepcje ekstraterytorialnego stosowania prawa

⁴⁰⁷ Zob. rozdział II.

⁴⁰⁸ *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Ser. A, Nr 10, 7 września 1927, Zbiór orzeczeń, sprawa S.S. „Lotus”, s. 18-19.

⁴⁰⁹ *American Banana v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).

⁴¹⁰ *United States v. Sisal Sales Corporation et al.*, 274 U.S. 268 (1927).

⁴¹¹ *United States v. Aluminium Co. of America et al.*, 377 U.S. 271 (1964).

⁴¹² Wyrok Trybunału w sprawie 22/71, *Béguelin Import Co. przeciwko S.A.G.L. Import Export*, z dnia 25 listopada 1971 r., E.C.R. [1971], s. 949..

antymonopolowego. Pierwszą z nich jest doktryna jedności przedsiębiorstwa (*single economic entity*), wyartykułowana przez ETS w sprawie *Imperial Chemical Industries* w 1972 r.⁴¹³ Trybunał, nakładając karę na uczestników kartelu zawartego w celu podwyższenia cen barwników, stwierdził, że „sprawując kontrolę nad spółkami zależnymi, utworzonymi we Wspólnocie, skarżący miał możliwość zapewnienia wykonalności swoich decyzji na rynku [wspólnotowym]”⁴¹⁴. Oznaczało to, że unijne organy antymonopolowe mogą kontrolować zachowania przedsiębiorstw posiadających spółki zależne na terytorium UE (struktury holdingowe należy traktować jako jedno przedsiębiorstwo), niezależnie od miejsca działania (w orzeczeniu tym Trybunał także odwoływał się do doktryny skutku – zachowanie spółek zależnych zgodne z polityką spółki-matki musiałoby wywołać efekty na wspólnym rynku)⁴¹⁵. Alternatywną dla doktryny skutku koncepcją, stosowaną przez ETS, jest zasada wykonania, zastosowana po raz pierwszy w połączonych sprawach dotyczących fińsko-kanadyjsko-amerykańskiego kartelu pulpy drzewnej w roku 1988⁴¹⁶. Trybunał uznał, że każde antykonkurencyjne porozumienie składa się z dwóch etapów: zawarcia porozumienia (*formation of the agreement*) i jego wykonania (*implementation*). Ograniczenie jurysdykcji Wspólnoty tylko do miejsca zawarcia porozumienia prowadziłoby do obejścia wspólnotowego prawa antymonopolowego, dlatego też „decydującym [o jurysdykcji] wskaźnikiem powinno być miejsce wykonania”⁴¹⁷. Doktryna przyjmuje, że Komisja jest konsekwentna w stosowaniu doktryny wykonania w sprawach antymonopolowych, jednak podnosi się, że nie bez znaczenia pozostaje także doktryna skutku⁴¹⁸. Art. 1 ust. 2 u.o.k.k. wyraźnie nakazuje stosowanie łącznika skutku antykonkurencyjnej koncentracji.

Oczywiście przytoczone powyżej orzeczenia oraz decyzje amerykańskich i unijnych organów antymonopolowych zostały w większości wydane w odniesieniu do karteli (porozumień ograniczających konkurencję w rozumieniu obecnego art. 101 TFUE i art. 6 u.o.k.k.). Niemniej problem uniwersalnej jurysdykcji i problemów z tym związanych jest jak najbardziej aktualny w odniesieniu do nadużywania pozycji dominującej oraz kontroli koncentracji, o czym mogą świadczyć chociażby przywołane wcześniej sprawy *Continental Can* i *BAT/Reynolds*.

Ekstraterytorialne stosowanie prawa konkurencji umożliwia kontrolę przestrzegania reguł gry rynkowej przez duże przedsiębiorstwa prowadzące działalność gospodarczą na terytorium wielu państw. Często bowiem antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorstw mające miejsce w jednym państwie, wywołują skutki w innych jurysdykcjach, geograficznie odległych od miejsca utworzenia kartelu lub nadużycia pozycji dominującej. Z jednej strony rozwiązanie takie dyscyplinuje przedsiębiorców i pozwala im dostosować strategię biznesowe do wymagań prawnych poszczególnych państw, z drugiej jednak powstaje problem wielości jurysdykcji, co jest widoczne przede wszystkim w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Przykładowo, fuzja przedsiębiorstw aktywnych w przemyśle aluminiowym: *Alcan*, *Pechinery* i *APA Algroup* wymagała dokonania zgłoszenia w ponad 40 jurysdykcjach⁴¹⁹. Niebezpieczeństwem związanym z wielością właściwych organów antymonopolowych w sprawach kontroli koncentracji są konflikty jurysdykcyjne oraz odmienność rozstrzygnięć poszczególnych organów antymonopolowych (mimo wielu zezwalających decyzji koncentracja może zostać zablokowana przez wydanie jednego negatywnego rozstrzygnięcia). Sytuacje takie niejednokrotnie miały miejsce w praktyce, a najwięcej konfliktów jurysdykcyjnych

⁴¹³ Wyrok Trybunału w sprawie 48/69 z dnia 14 lipca 1972 r., *Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, E.C.R. [1972], s. 619.

⁴¹⁴ Ibidem, par. 130.

⁴¹⁵ Podejście takie w rozumieniu prawa prywatnego nazywane jest *piercing the corporate veil* i w uzasadnionych przypadkach umożliwia ono pociągnięcie do odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki. O ile w prawie prywatnym koncepcja ta stosowana jest wyjątkowo (zob. T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004), o tyle w prawie antymonopolowym jest ona powszechnie przyjęta – tzw. funkcjonalne ujęcie przedsiębiorcy (por. uwagi dot. pojęcia przedsiębiorcy).

⁴¹⁶ Wyrok Trybunału w sprawach połączonych 89, 104, 114, 116, 117 oraz 125 do 129/85 z dnia 27 września 1988 r., *Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, E.C.R. [1988], s. 5193..

⁴¹⁷ Ibidem, par. 16.

⁴¹⁸ S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej...*, op. cit., s. 206.

⁴¹⁹ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 15.

powstało na linii Komisja Europejska - Federalna Komisja Handlu oraz Departament Sprawiedliwości USA (m.in. sprawy *Boeing/McDonnell Douglas*⁴²⁰ i *General Electric/Honeywell*⁴²¹).

Sposobem na rozwiązanie tego rodzaju sporów jurysdykcyjnych jest system współpracy organów antymonopolowych. Ze względu na wskazane powyżej uwarunkowania współpraca ta jest szczególnie pożądana w zakresie kontroli nad koncentracjami. Pojawia się tu oczywiście problem sprzeczności interesów poszczególnych jurysdykcji oraz różnic co do stopnia wpływu danej koncentracji na konkurencję na danym rynku geograficznym. W słynnej sprawie *Gencor/Lonrho* wpływ na konkurencję na rynkach platyny i rodu został różnie oceniony przez Komisję Europejską (która zakazała koncentracji) oraz przez południowoafrykański organ antymonopolowy (*South African Competition Board* - obecnie *Competition Commission*)⁴²². Podobne rozbieżności dostrzec można, śledząc historię wyżej wymienionych koncentracji *Boeing/McDonnell Douglas* i *General Electric/Honeywell*. Odmienność rozstrzygnięć może wynikać nie tyle z różnic w systemach prawnych poszczególnych państw (lub organizacji), ile przede wszystkim z nieznacznego wpływu na konkurencję w jurysdykcji, w której uzyskano zgodę na dokonanie koncentracji (rozporządzenie 139/2004 nakazuje przecież oceniać zgodność koncentracji ze „wspólnym rynkiem”). Nie jest wykluczone także ścieranie się odmiennych interesów politycznych. Z tych względów konieczny jest dialog między państwami w zakresie jurysdykcji nad koncentracjami, którego najskuteczniejszym instrumentem są umowy międzynarodowe dwustronne lub wielostronne porozumienia.

Najskuteczniejszą formą współpracy między organami ochrony konkurencji różnych jurysdykcji jest system umów dwustronnych. UE ma zawarte takie umowy ze Stanami Zjednoczonymi (dwie umowy: z 1995⁴²³ i 1998 r.⁴²⁴), Kanadą (1999 r.)⁴²⁵, Japonią (2003 r.)⁴²⁶ i Koreą Południową (2009 r.)⁴²⁷. Umowy takie nakładają na organy ochrony konkurencji obowiązek współpracy, poszanowania interesów stron umów oraz wymiany informacji dotyczących postępowań (np. art. 5 i 6 umowy z Republiką Korei). Inną formą współpracy są tzw. dobre praktyki, mające na celu skoordynowanie procedur stosowania prawa antymonopolowego (np. porozumienie UE z USA z 14 października 2011 r.)⁴²⁸. Podobne znaczenie mają tzw. *memoranda of understanding* (Brazylia⁴²⁹, Republika Korei⁴³⁰, Federacja Rosyjska⁴³¹) i *terms of reference* (Chińska Republika Ludowa⁴³²). Trzeba jednak pamiętać, że tylko cztery umowy dwustronne, jakie Unia zawarła, stanowią źródło praw i obowiązków stron; pozostałe akty stanowią tzw. *soft law* i są jedynie wyrazem deklaracji współpracy państw trzecich z unijnymi organami ochrony konkurencji. Jest to niewątpliwa wada systemu umów bilateralnych, sceptycznie ocenianego przez doktrynę⁴³³. Wciąż nie ma wiążących Unię umów z największymi światowymi jurysdykcjami: Brazylią, Indiami, Chinami, Meksykiem. Brak umowy dwustronnej z Federacją Rosyjską może być szczególnie odczuwalny właśnie na tle zastosowania unijnych reguł prawa konkurencji w energetyce, zwłaszcza wobec fiaska ratyfikacji Traktatu Karty Energetycznej przez Federację Rosyjską.

Alternatywną formą współpracy są działania w ramach porozumień wielostronnych i organizacji międzynarodowych. Ze względu na opór wielu państw (zwłaszcza rozwijających się) spowodowany różnicami systemów prawnych i obawą upolitycznienia prawa konkurencji nie powiodła się próba zawarcia światowego porozumienia antymonopolowego w ramach Światowej Organizacji

⁴²⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Boeing/McDonnell Douglas*, COMP IV/M.877 z dnia 30 lipca 1997 r., Dz.Urz. WE L 366 z dnia 8 grudnia 1997 r., s. 16; decyzja Federalnej Komisji Handlu w sprawie *The Boeing Company*, C-3723 z dnia 12 czerwca 1996 r.

⁴²¹ Decyzja Komisji w sprawie *General Electric/Honeywell*, COMP IV/M.2220 z dnia 3 lipca 2001 r., Dz.Urz. WE L 48 z dnia 18 lutego 2004 r., s. 1; decyzja Departamentu Sprawiedliwości w sprawie *GE-Honeywell* z dnia 29 listopada 2001 r.

⁴²² Decyzja Komisji w sprawie *Gencor/Lonrho*, COMP IV/M.619 z dnia 24 kwietnia 1996 r., Dz.Urz. WE L 11 z dnia 14 stycznia 1997 r., s. 30.

⁴²³ Dz.Urz. WE L 95 z dnia 27 kwietnia 1995 r., s. 47-52.

⁴²⁴ Dz.Urz. WE L 173 z dnia 18 czerwca 1998 r.

⁴²⁵ Dz.Urz. WE L 175 z dnia 10 lipca 1999 r., s. 49.

⁴²⁶ Dz.Urz. WE L 183 z dnia 22 lipca 2003 r., s. 12.

⁴²⁷ Dz.Urz. WE L 202 z dnia 4 sierpnia 2009 r., s. 36-41.

⁴²⁸ http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/best_practices_2011_en.pdf.

⁴²⁹ http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/brazil_mou_en.pdf.

⁴³⁰ <http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/korea.pdf>.

⁴³¹ http://ec.europa.eu/competition/international/bilateral/mou_russia_en.pdf.

⁴³² <http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/china.pdf>.

⁴³³ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 282-283.

Handlu⁴³⁴. W rezultacie Rada Generalna podjęła w 2004 r. decyzję o wyłączeniu polityki konkurencji z agendy prac organów WTO⁴³⁵. Rozwinięty, choć niemający powszechnego zastosowania system współpracy organów antymonopolowych został utworzony w ramach Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD). Zalecenia Rady dotyczące współpracy w zakresie przeciwdziałania antykonkurencyjnym praktykom z 1995 r.⁴³⁶ oraz w sprawie kontroli koncentracji z 2005 r.⁴³⁷ zachęcają państwa członkowskie do podjęcia współpracy w formie umów dwustronnych, ale mogą stanowić również samoistną podstawę współpracy organów antymonopolowych. Wreszcie, formą współpracy instytucjonalnej jest Międzynarodowa Sieć Konkurencji (ICN), nie będąca co prawda organizacją międzynarodową, ale formą dialogu między organami antymonopolowymi różnych systemów prawnych. W sprawach kontroli koncentracji ICN kieruje się zasadami wyrażonymi w Zasadach przewodnich notyfikacji i kontroli fuzji (*Guiding Principles for Merger Notification and Review*) oraz Zalecanych praktykach procedur kontroli fuzji (*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*). Niemniej jednak trwała instytucjonalna współpraca oparta na wielostronnym porozumieniu wciąż pozostaje odległą perspektywą mimo postępującej konwergencji prawa antymonopolowego. Wprowadzenie wzorem UE zasady *one-stop-shop* na szczeblu światowym oraz harmonizacja materialnego prawa konkurencji rodzi obawy zarówno po stronie państw, jak i przedsiębiorców.

Jeżeli chodzi o koncentracje o wymiarze światowym przedsiębiorstw działających w sektorach infrastrukturalnych, to mogą one oczywiście podlegać kontroli w różnych jurysdykcjach. Rozstrzygnięcie tej samej sprawy przez organy antymonopolowe różnych państw nie musi zawsze prowadzić do konfliktu takiego jak np. w sprawie *General Electric/Honeywell*. Analiza rozstrzygnięć różnych decyzji pozwala na stwierdzenie, że konflikt powstaje zazwyczaj, gdy wydawane są decyzje o odmiennej treści (np. zgoda na koncentrację w państwie A i zakaz koncentracji w państwie B). Komisja oczywiście, rozstrzygała sprawy koncentracji w sektorze energii elektrycznej z udziałem przedsiębiorstw spoza UE (np. sprawa *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*)⁴³⁸, jednak ze względu na ścisły związek rynków właściwych geograficznie z infrastrukturą sieciową⁴³⁹ (w sektorach energetycznym, telekomunikacyjnym, kolejowym) trudno wyobrazić sobie sytuację konfliktu jurysdykcyjnego na tle rozstrzygania tego rodzaju sprawy (zwłaszcza w odniesieniu do koncentracji „transatlantyckich”). Wyjątek dotyczyć może koncentracji na rynkach mających wymiar ponadnarodowy, np. obrotu derywatami elektroenergetycznymi. W miarę intensyfikacji transgranicznego obrotu energią elektryczną (zwiększanie przepustowości połączeń międzysystemowych) i ekspansji geograficznej rynków właściwych możliwe jest wystąpienie takich konfliktów także na innych rynkach w przyszłości. Również koncentracja na rynkach sąsiednich może generować tego rodzaju spory - w sektorze energetycznym wiele surowców wykorzystywanych w procesie wytwarzania energii elektrycznej pozyskiwanych jest z państw trzecich (m.in. z krajów byłego ZSRR), a zatem koncentracja przedsiębiorstw działających na odległych geograficznie rynkach może mieć wpływ na rynek wewnętrzny w rozumieniu rozporządzenia 139/2004.

5.2. Podział kompetencji pomiędzy Komisję Europejską a organy ochrony konkurencji państw członkowskich

Jak już zostało podkreślone, zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. b TFUE, ustanowienie reguł konkurencji niezbędnych do funkcjonowania rynku wewnętrznego stanowi kompetencję wyłączną Unii, w związku z czym kompetencje prawodawcze państw członkowskich są w znacznej części wyłączone w tym zakresie. Tak daleko posunięte ograniczenie suwerenności państwowej

⁴³⁴ Ibidem, s. 289-290.

⁴³⁵ Decyzja WT/L/579 przyjęta przez Radę Generalną 1 sierpnia 2004 r.

⁴³⁶ Zmienione zalecenie Rady dotyczące współpracy między Państwami Członkowskimi w przeciwdziałaniu antykonkurencyjnym praktykom w handlu międzynarodowym (*Revised Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade*) z dnia 27 sierpnia 1995 r., C(95)130/FINAL.

⁴³⁷ Zalecenie Rady dotyczące kontroli fuzji (*Recommendation of the Council on Merger Review*) z dnia 23 marca 2005 r., C(2005)34.

⁴³⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*.

⁴³⁹ Zob. rozdział IV.

uzasadnione jest dążeniem do osiągnięcia podstawowych celów Unii wyrażonych w art. 3 ust. 3 TUE (społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności). Rozporządzenie 139/2004, wzorem wcześniejszego rozporządzenia 4064/89, wprowadza system „pojedynczej instytucji” (*one-stop-shop*) stanowiący istotne ułatwienie dla przedsiębiorców zamierzających dokonać koncentracji. Zgodnie z tą regułą, tylko jeden organ (unijny lub krajowy) jest właściwy w sprawie danej koncentracji (motyw 8 i 11 rozporządzenia 139/2004). Podobnie art. 75 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k. nakłada na Prezesa UOKiK obowiązek umorzenia postępowania w przypadku przejęcia sprawy przez Komisję Europejską na podstawie przepisów prawa wspólnotowego (unijnego). Postępowanie, co do zasady, nie może zatem jednocześnie toczyć się przed Komisją oraz krajowym organem antymonopolowym (wyjątek dotyczy sytuacji przekazania przez część państw sprawy do Komisji na mocy „klausuli holenderskiej” - por. uwagi poniżej). Zasada *one-stop-shop* nie obowiązuje jednak przy rozstrzyganiu spraw dotyczących kontroli nad koncentracjami przez organy ochrony konkurencji różnych państw UE. Art. 75 ust. 2 u.o.k.k. przewiduje możliwość fakultatywnego umorzenia postępowania w razie rozstrzygnięcia sprawy antymonopolowej przez organ ochrony konkurencji innego państwa UE. Jest zatem możliwa sytuacja równoległego toczenia się dwóch postępowań przed dwoma organami antymonopolowymi w UE - w takim przypadku w celu szybszego rozstrzygnięcia sprawy uczestnicy koncentracji powinni skierować wniosek do Komisji o przejęcie i rozstrzygnięcie sprawy na podstawie art. 4 ust. 5 rozporządzenia 139/2004 (por. uwagi dotyczące przekazywania spraw). Uniknięcie sporów kompetencyjnych umożliwia wyraźne wytyczenie granic kompetencji Komisji oraz krajowych organów antymonopolowych w odniesieniu do kontroli koncentracji.

5.2.1. Koncentracje o wymiarze wspólnotowym (unijnym) - kompetencja Komisji Europejskiej

Komisja, jako „strażnik Traktatów” (art. 17 ust. 1 TUE) i wspólnego (wewnętrznego) rynku, stosuje przepisy unijnego prawa antymonopolowego do koncentracji o wymiarze wspólnotowym (unijnym). Wspólnotowy wymiar koncentracji został zdefiniowany przez odniesienie do progów kwotowych związanych z wielkością obrotu przedsiębiorstwa. Po przekroczeniu przez uczestników koncentracji wskazanych w rozporządzeniu kwot obrotu koncentracja uzyskuje wymiar wspólnotowy i co do zasady organem właściwym do jej rozpoznania będzie Komisja Europejska. Zgodnie z art. 1 ust. 2 rozporządzenia 139/2004, koncentracja ma wymiar wspólnotowy (unijny), jeżeli łączny obrót światowy wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 5 mld euro oraz łączny przypadający na Unię obrót każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więcej niż 250 mln euro.

Zastosowanie powyższych kryteriów pozostawiło wiele znaczących koncentracji o zasięgu transgranicznym poza jurysdykcją Komisji, więc w 1998 r. zdecydowano o nadaniu wspólnotowego wymiaru koncentracjom spełniającym niższe wymogi w zakresie uzyskiwanego obrotu⁴⁴⁰. W celu uniknięcia prowadzenia postępowań dotyczących w tej samej koncentracji mającej znaczenie dla funkcjonowania rynku w co najmniej trzech państwach Unii⁴⁴¹, wprowadzono subsydiarne progi pozwalające uznać wspólnotowy charakter koncentracji, w przypadku gdy nie osiąga ona kwot obrotu ustalanych według poprzedniego testu. Zgodnie z nimi, koncentracja ma wymiar wspólnotowy, jeśli:

- a) łączny obrót światowy wszystkich przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wynosi ponad 2,5 mld euro,
- b) łączny obrót wszystkich zainteresowanych przedsiębiorstw w każdym z co najmniej trzech państw członkowskich wynosi więcej niż 100 mln euro,
- c) obrót każdego z co najmniej dwóch przedsiębiorstw uczestniczących w koncentracji wynosi więcej niż 100 mln euro w każdym z państw wskazanych w lit. b,

⁴⁴⁰ V. Landes, *Merger control* [w:] C.W. Jones (red.), *EU Energy Law...*, op. cit., s. 347.

⁴⁴¹ Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, 2008/C 95/01, Dz.Urz. UE 95C z dnia 16 kwietnia 2008 r., par. 126.

- d) łączny przypadający na Unię obrót każdego z co najmniej dwóch zainteresowanych przedsiębiorstw wynosi więc niż 100 mln euro.

Powyższe progi obrotu nie mają charakteru sztywnego i mogą być zmienione decyzją Rady wydaną na wniosek Komisji. Pozwalają na sprawowanie kontroli nad koncentracjami z udziałem dużych przedsiębiorstw o znaczącej sile rynkowej⁴⁴². Progi te stanowią tzw. ilościowe kryterium oceny koncentracji⁴⁴³, nie służą natomiast ocenie siły rynkowej uczestników koncentracji bądź jej skutków⁴⁴⁴. Zatem tożsamość rynków właściwych, na których działają uczestnicy koncentracji, (lub brak takiej tożsamości) pozostaje bez wpływu na istnienie jurysdykcji Komisji⁴⁴⁵.

Natomiast koncentracje spełniające powyższe kryteria tracą wymiar wspólnotowy i będą co do zasady podlegały jurysdykcji krajowych organów antymonopolowych, jeżeli dwie trzecie obrotu osiąganego przez każde z zainteresowanych przedsiębiorstw będzie osiągane na terytorium jednego i tego samego państwa członkowskiego (reguła dwóch trzecich - *two-thirds rule*). Celem tej zasady miało być „wylączenie z kompetencji Komisji tych spraw, które mają wyraźny związek z jednym państwem członkowskim”⁴⁴⁶. Niemniej bezwzględne stosowanie tej reguły stwarza ryzyko poddania jurysdykcji krajowych organów antymonopolowych także i tych koncentracji, w których występuje jednak element transgraniczny. Rozwiązanie takie faworyzuje przede wszystkim państwa duże, których organy antymonopolowe, wchodzące w skład administracji rządowej i podatne na wpływy polityczne, przy rozstrzyganiu spraw kontroli koncentracji mogą kierować się innymi przesłankami niż ochrona konkurencji na rynku⁴⁴⁷. Zagrożenie to jest szczególnie widoczne w odniesieniu do sektora energetycznego, gdzie rynki właściwe co do zasady zamknięte są w geograficznych granicach państw członkowskich. Organy ochrony konkurencji dużych państw członkowskich, decydując o sprawach koncentracji transgranicznych niemających wymiaru wspólnotowego, mogą (pod wpływem decyzji politycznych) popierać „narodowych liderów” („*national champions*”) i ułatwiać im gospodarczą ekspansję na rynki mniejszych państw członkowskich⁴⁴⁸. Metodą ochrony małych państw przed taką praktyką jest tzw. „klauszula holenderska” (art. 22 ust. 1 rozporządzenia 139/2004) pozwalająca na odesłanie wszelkiego rodzaju koncentracji na wniosek państwa członkowskiego bezpośrednio do Komisji. Ta jednak dostrzega potrzebę rewizji zasady „dwóch trzecich” w tym zakresie⁴⁴⁹.

Praktyka stosowania zasady „dwóch trzecich” w zakresie kontroli nad koncentracjami wykazała potrzebę rozszerzenia jurysdykcji Komisji w sektorze energetycznym. W 2002 r. niemiecki organ antymonopolowy (*Bundeskartellamt*) w sprawie *E.ON/Ruhrgas* po raz pierwszy w historii swojego istnienia zakazał koncentracji spółek energetycznych (energia elektryczna i import/eksport gazu ziemnego)⁴⁵⁰. Obie spółki, mimo prowadzenia działalności także poza terytorium Niemiec, generowały ponad dwie trzecie swojego obrotu na terytorium tego państwa, co zgodnie z rozporządzeniem 4064/89 uzasadniało wydaną w tej sprawie decyzję. Koncentracja *E.ON/Ruhrgas* dowiodła, że obawy przed polityczną ingerencją w kompetencje organów antymonopolowych nie są iluzoryczne, bowiem kilka miesięcy później Minister Gospodarki wydał decyzję zezwalającą na dokonanie koncentracji po spełnieniu dodatkowych warunków⁴⁵¹. Organy administracji rządowej uzasadniały interwencję dążeniem do zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego, które zakaz koncentracji mógł naruszyć poprzez zagrożenie dostaw gazu ziemnego z Rosji w oparciu o umowy długoterminowe⁴⁵².

⁴⁴² B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji w Unii Europejskiej* [w:] E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Kraków 2005, s. 188.

⁴⁴³ Zob. rozdział II.

⁴⁴⁴ Skonsolidowane obwieszczenie Komisji..., op. cit., par. 127.

⁴⁴⁵ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji...*, op. cit., s. 188.

⁴⁴⁶ Komunikat Komisji do Rady - Sprawozdanie z funkcjonowania rozporządzenia nr 139/2004 z dnia 18 czerwca 2009 r. COM(2009) 281/final, par. 8.

⁴⁴⁷ Ibidem, par. 16.

⁴⁴⁸ P. Cameron, *Competition in Energy Markets*, Oxford University Press, 2007, s. 379-380.

⁴⁴⁹ Komunikat Komisji do Rady - Sprawozdanie z funkcjonowania rozporządzenia..., op. cit., par. 16.

⁴⁵⁰ Decyzja Bundeskartellamt, 8. Beschlussabteilung, B 8 - 40000 - U - 109/01 z dnia 21 stycznia 2002 r.

⁴⁵¹ Decyzje Federalnego Ministra Gospodarki w sprawach: WuW/E DE-V 573-598 - *E.ON/Ruhrgas* i WuW/E DE-V 643-653 - *E.ON/Ruhrgas*.

⁴⁵² Sprawozdanie Republiki Federalnej Niemiec przedłożone Komitetowi Konkurencji OECD z dnia 10 lutego 2009 r., DAF/COMP/GF/WD(2009)23.

Drugą znaną sprawą, gdzie krajowy organ ochrony konkurencji wydał decyzję na podstawie zasady „dwóch trzecich”, była koncentracja *Gas Natural/Endesa*⁴⁵³. Uczestnicy koncentracji prowadzili działalność gospodarczą w sektorach energii elektrycznej i gazu ziemnego (*Gas Natural* był dawnym hiszpańskim monopolistą państwowym, a *Endesa* jednym z dwóch wiodących operatorów elektroenergetycznych na rynku hiszpańskim; poza tym prowadziła działalność na rynkach energii elektrycznej także we Francji, Włoszech, Portugalii, Polsce i Ameryce Łacińskiej). Mimo zabiegów *Endesy* o poddanie sprawy pod jurysdykcję Komisji, unijny organ ochrony konkurencji uznał się za niewłaściwy i przekazał sprawę krajowym organom hiszpańskim⁴⁵⁴. Komisja odrzuciła również wnioski Portugalii i Włoch o przejęcie sprawy na podstawie art. 22 rozporządzenia 139/2004 (tzw. „klauzuli holenderskiej”)⁴⁵⁵. Stanowisko Komisji poparł Sąd Pierwszej Instancji⁴⁵⁶. Należy podkreślić, że rząd hiszpański był bardzo zainteresowany dokonaniem koncentracji (podobnie jak władze niemieckie w sprawie *E.ON/Ruhrgas*) i polityczna blokada konkurencyjnej oferty przejęcia *Endesy* przez *E.ON* spowodowała wszczęcie przez Komisję postępowania przed Trybunałem przeciwko temu państwu⁴⁵⁷. Sprawa ta uwiarydlała również zagrożenia wynikające z przewlekłości postępowań przed organami antymonopolowymi - *Endesa*, mimo przegranej sprawy przed Komisją i Sądem Pierwszej Instancji, osiągnęła zamierzony cel i sprzedała swoje akcje niemieckiej spółce *E.ON*, choć miała dużą szansę uzyskania zgody na koncentrację w Hiszpanii.

Jak już zostało podkreślone, uzyskanie kwot obrotu światowego wskazanych w art. 1 rozporządzenia 139/2004 jest jedynie czynnikiem pozwalającym w miarę precyzyjnie określić zakres kompetencji Komisji w odniesieniu do koncentracji. Ilościowe kryterium jest (co do zasady) łatwo weryfikowalnym wskaźnikiem, usprawniającym postępowanie przed organem antymonopolowym. Samo obliczenie progów (mimo wytycznych z art. 5 rozporządzenia) bywa zadaniem skomplikowanym, wymagającym współpracy audytorów i prawników, co nie zawsze pozwala na precyzyjne określenie organu właściwego w danej sprawie. Z tego względu nawet przedsiębiorstwa nieprzekraczające wskazanych w rozporządzeniu progów profilaktycznie notyfikują zamiar koncentracji Komisji, aby uniknąć potencjalnych sankcji związanych z brakiem zgłoszenia.

Według art. 5 ust. 1 rozporządzenia nr 139/2004, łączny obrót obliczany jest przez dodanie kwot uzyskanych przez uczestników koncentracji ze sprzedaży produktów i świadczenia usług. Zgodnie z obwieszczeniem Komisji o jurysdykcji w zakresie sprzedaży produktów, kwoty te zazwyczaj będą ujawnione w sprawozdaniach finansowych przedsiębiorstw⁴⁵⁸, prowadzonych zgodnie z krajowym prawem bilansowym (por. art. 45 polskiej ustawy o rachunkowości)⁴⁵⁹. Ustalenie kwot obrotu w odniesieniu do produktów będzie sprowadzało się do zsumowania przychodów ze sprzedaży danego towaru. Przez sprzedaż Komisja rozumie przeniesienie prawa własności⁴⁶⁰. Towarem w rozumieniu swobód unijnych jest także energia elektryczna⁴⁶¹, zatem przychód uzyskany z jej sprzedaży będzie stanowił część obrotu przedsiębiorstwa.

Trudniejszą kwestią jest ustalenie kwot obrotu uzyskanych ze świadczenia usług. W sektorze energii elektrycznej usługami tego typu będą m.in. bilansowanie systemu, usługi przyłączeniowe, pomiarowe czy zarządzanie siecią. Komisja stoi na stanowisku, że w przypadku usług konieczne jest wyodrębnienie czynności handlowej stanowiącej przeniesienie „wartości”⁴⁶² (należy określić przychód uzyskany ze świadczenia usługi). Nie stanowi zatem większej trudności obliczenie tego obrotu w przypadku świadczenia usług bezpośrednio na rzecz klienta (odbiorcy końcowego) - w sektorze energii elektrycznej będzie to np. dostarczanie liniami bezpośrednimi.

⁴⁵³ P.Cameron, *Competition...*, s. 386-388.

⁴⁵⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Gas Natural/Endesa*, COMP IV/M. 3986 z dnia 15 listopada 2005 r. Spór dotyczył sposobu liczenia obrotu przedsiębiorstw - uczestników koncentracji.

⁴⁵⁵ Decyzja Komisji w sprawie *Gas Natural/Endesa*, COMP IV/M. 3986 z dnia 27 października 2005 r.

⁴⁵⁶ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba) w sprawie T-417/05, *Endesa SA przeciwko Komisji*, z dnia 14 lipca 2006 r., E.C.R. [2006], s. II-2533.

⁴⁵⁷ Wyrok Trybunału (trzecia izba) w sprawie C-196/07, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, z dnia 6 marca 2008 r., E.C.R. [2008], s. I-00041.

⁴⁵⁸ Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 157.

⁴⁵⁹ Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. 1994 nr 121 poz. 591 ze zm.).

⁴⁶⁰ Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 157.

⁴⁶¹ Wyrok w sprawie 6/64.

⁴⁶² Obwieszczenie Komisji w sprawie obliczania obrotu zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (98/C 66/04), Dz.Urz. WE1998 r., C 66, s. 25, par. 11.

Bardziej skomplikowana jest sytuacja, w której mamy do czynienia z różnego rodzaju agentami i pośrednikami oraz formami outsourcingu (będącego cechą specyficzną sektorów infrastrukturalnych, gdzie dochodzi do coraz większej specjalizacji i fragmentaryzacji działalności gospodarczej). Wówczas obrót będzie obliczany w oparciu o kwoty prowizji pobieranych przez pośredników⁴⁶³. Trzeba pamiętać, że pośrednikiem na potrzeby obliczania obrotu uczestników koncentracji nie jest TSO ani DSO, co potwierdził Sąd Pierwszej Instancji w sprawie *Endesa*⁴⁶⁴. Zgodnie z tym orzeczeniem, działalność operatora systemu dystrybucyjnego (uwagi te mają także zastosowanie do operatorów systemów przesyłowych) polega na sprzedaży odbiorcom produktu (energii elektrycznej), który został wcześniej nabyty od producenta⁴⁶⁵. DSO staje się zatem właścicielem tak nabytej energii i odpowiada za jej dostarczenie odbiorcom końcowym. Bez znaczenia pozostaje również fakt regulowania cen przez organ regulacyjny, ponieważ koszt dostarczanej energii stanowi element wynagrodzenia za dystrybucję⁴⁶⁶. Poza tym regulator ma obowiązek kształtować wysokość taryf w sposób opłacalny zarówno dla odbiorcy, jak i operatorów (art. 37 ust. 1 lit. a dyrektywy 2009/72/WE). Taryfy nie stanowią prowizji związanej ze świadczeniem usług w rozumieniu art. 5 ust. 1 rozporządzenia 139/2004⁴⁶⁷.

Sąd Pierwszej Instancji, popierając stanowisko Komisji, stwierdził, że progi obrotu powinny być obliczane w odniesieniu do uczestników koncentracji w oparciu o przepisy o rachunkowości obowiązujące w danym czasie i miejscu⁴⁶⁸. Mimo harmonizacji prawa bilansowego na poziomie UE (rozporządzenie nr 1606/2002)⁴⁶⁹ i wprowadzenia Międzynarodowych Standardów Rachunkowości (IFRS) obrót należy obliczać w odniesieniu do standardów rachunkowości zgodnych z prawem danego państwa członkowskiego. Co prawda, organ antymonopolowy (Komisja Europejska oraz organ krajowy) jest uprawniony do badania prawdziwości i zgodności z prawem sprawozdań, jednak zastosowanie tego środka powinno mieć charakter wyjątkowy (w razie powzięcia przez organ uzasadnionych wątpliwości). Każdorazowe badanie sprawozdań z urzędu przez Komisję niepotrzebnie przedłużałoby postępowanie oraz czyniłoby organy antymonopolowe „wtórnymi audytorami”.

Ponadto w przypadku, gdy koncentracja dokonywana jest na początku roku obrachunkowego, a sprawozdanie za poprzedni rok nie zostało jeszcze sporządzone ani zatwierdzone (np. polska ustawa o rachunkowości daje jednostkom 6 miesięcy na zatwierdzenie sprawozdania), dozwolone jest korzystanie ze sprawozdań za poprzedni rok obrachunkowy⁴⁷⁰. Korekty kwoty obrotu ujawnionej w sprawozdaniach możliwe są jedynie wyjątkowo, w przypadku zmian strukturalnych przedsiębiorstw połączonych z zaprzestaniem części działalności gospodarczej, kiedy zbycie lub nabycie części przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym jest jednym ze wstępnych warunków zgłaszanej transakcji⁴⁷¹. Kolejny wyjątek dotyczy znacznych rozbieżności między standardami rachunkowości różnych systemów prawnych⁴⁷².

Dodatkowym wymogiem stawianym przez rozporządzenie jest związek zagregowanego obrotu uczestników koncentracji z „normalną działalnością przedsiębiorstw” (art. 5 ust. 1). Oznacza to, że poza zakresem tego pojęcia pozostaną tzw. transakcje nadzwyczajne, w szczególności o charakterze strukturalnym (zbycie przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym lub jego części)⁴⁷³, a także pomoc publiczna, o ile jest związana z normalną działalnością prowadzoną przez to przedsiębiorstwo⁴⁷⁴ (dotyczyć to będzie przede wszystkim sprzedawców z urzędu - art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE oraz tzw. zielonych certyfikatów - art. 9e ust. 1 pr.energ.).

⁴⁶³ Skonsolidowane obwieszczenie ..., op. cit., par. 160.

⁴⁶⁴ Wyrok w sprawie T-417/05, par. 216.

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶ Ibidem, par. 224.

⁴⁶⁷ Ibidem, par. 221.

⁴⁶⁸ Ibidem, par. 108, 109 i 131; decyzja Komisji w sprawie *Gas Natural/Endesa*, par. 26.

⁴⁶⁹ Rozporządzenie (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 lipca 2002 r. w sprawie stosowania międzynarodowych standardów rachunkowości, Dz.Urz. WE L 243 z 11.9.2002, s. 1-4.

⁴⁷⁰ Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 169.

⁴⁷¹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (druga izba) w sprawie T-3/93, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France przeciwko Komisji*, z dnia 24 marca 1994 r., E.C.R. [1994], s. II-00121, par. 103.

⁴⁷² Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 171.

⁴⁷³ Ibidem, par. 161.

⁴⁷⁴ Ibidem, par. 162.

W przypadku powierzenia świadczenia określonych usług mających dotychczas charakter *in-house* podmiotowi zewnętrznemu (jeśli taka umowa stanowi koncentrację w rozumieniu rozporządzenia 139/2004) należy uwzględnić wysokość dotychczasowego obrotu wewnętrznego (*in-house*) lub cen notowanych publicznie (np. w obrocie giełdowym). Jeśli ceny te różnią się od wartości rynkowej, Komisja może ustalić wysokość obrotu w oparciu o dane sprzed dokonania koncentracji⁴⁷⁵. Wydaje się, że pomocne może być tutaj zastosowanie znanej prawu anglosaskiemu „zasady długości ramion” (*arms length principle*), której wyrazem w polskim prawie są porozumienia w sprawie ustalenia cen transakcyjnych (art. 20a i n. ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa)⁴⁷⁶.

Rozporządzenie pozwala na pomniejszenie kwot obrotu przedsiębiorstw o kwoty rabatów związanych ze sprzedażą, podatku VAT oraz innych podatków bezpośrednio związanych z obrotem. Przez „rabaty związane ze sprzedażą” Komisja rozumie „wszystkie rabaty i zniżki udzielane przez przedsiębiorstwo swoim klientom, mające bezpośredni wpływ na wielkość sprzedaży”⁴⁷⁷. Ogólne zasady systemu opodatkowania podatkiem VAT w ramach UE zostały określone w dyrektywie 2006/112/WE (VI dyrektywa VAT)⁴⁷⁸. Podatkami związanymi bezpośrednio z obrotem (można przyjąć, że chodzi o podatki obrotowe w rozumieniu prawa podatkowego) będzie bez wątpienia podatek akcyzowy nakładany na produkty energetyczne i energię elektryczną (art. 1 ust. 1 lit. a dyrektywy 2008/118/WE)⁴⁷⁹. Szczegółowe zasady opodatkowania tych produktów określa dyrektywa 2003/69/WE⁴⁸⁰. Innym podatkiem obrotowym w rozumieniu rozporządzenia 139/2004 może być podatek od czynności cywilnoprawnych w prawie polskim.

Art. 5 ust. 1 rozporządzenia 139/2004 nakazuje pomniejszenie obrotu uczestnika koncentracji o wewnętrzne przepływy między przedsiębiorstwami powiązanymi. Należy pamiętać, że prawo konkurencji traktuje holdingi i innego rodzaju grupy powiązanych przedsiębiorstw jako jedno przedsiębiorstwo⁴⁸¹. Wylimitowanie przepływów wewnętrznych pozwala na uniknięcie podwójnego naliczania obrotu uczestników koncentracji⁴⁸². Z drugiej strony, w odniesieniu do struktur holdingowych, art. 5 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 nakazuje, by do obrotu zainteresowanego przedsiębiorstwa dodać obroty spółki matki, spółek córek i spółek siostrzanych (posiadanie większościowych pakietów udziałów lub akcji, dysponowanie większością głosów na zgromadzeniu, prawo powoływania większości członków organów przedsiębiorstwa). Przy obliczaniu obrotu wspólnego przedsiębiorstwa należy uwzględnić tylko obrót, jaki *joint venture* dokonuje z podmiotami trzecimi (tj. niepowiązanymi w opisany wyżej sposób), a następnie należy ten obrót rozdzielić stosunkowo pomiędzy udziałowców (akcjonariuszy) tego przedsiębiorstwa. Dodatkowym obostrzeniem mającym zapobiegać obchodzeniu przepisów rozporządzenia 139/2004 jest traktowanie jako koncentracji szeregu transakcji zawieranych między tymi samymi przedsiębiorstwami w ciągu dwóch lat obrotowych (tzw. transakcje „salami”)⁴⁸³.

Uwagi te znajdują zastosowanie do powiązanych przedsiębiorstw energetycznych, przedsiębiorstw zintegrowanych poziomo, a przede wszystkim do przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, które poprzez odniesienie do szeroko rozumianej kontroli (art. 2 pkt 34 dyrektywy 2009/72/WE) obejmują te podmioty (i grupy podmiotów) zakresem zastosowania art. 5 ust. 4 rozporządzenia 139/2004. Z punktu widzenia ustalania zagregowanego obrotu przedsiębiorstwa energetycznego nie ma znaczenia wprowadzenie unbundlingu rachunkowego, wymaganego przez art. 31 dyrektywy 2009/72/WE. Oddzielna rachunkowość prowadzona dla każdego rodzaju działalności ma jedynie na celu przeciwdziałanie dyskryminacji, subsydiowaniu skośnemu i zakłóceniom konkurencji (art. 31 ust. 3 dyrektywy). Oznacza to, że na potrzeby postępowania w sprawie kontroli koncentracji

⁴⁷⁵ Ibidem, par. 163.

⁴⁷⁶ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U. 1997 nr 137 poz. 926 ze zm.).

⁴⁷⁷ Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 165.

⁴⁷⁸ Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej, Dz.Urz. WE L 347 z dnia 11 grudnia 2006 r., s. 1-118.

⁴⁷⁹ Dyrektywa Rady 2008/118/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie ogólnych zasad dotyczących podatku akcyzowego, uchylająca dyrektywę 92/12/EWG, Dz.Urz. WE L 9 z dnia 14 stycznia 2009 r., s. 12-30.

⁴⁸⁰ Dyrektywa Rady 2003/96/WE z dnia 27 października 2003 r. w sprawie restrukturyzacji wspólnotowych przepisów ramowych dotyczących opodatkowania produktów energetycznych i energii elektrycznej, Dz.Urz. WE L 283 z dnia 31 października 2003 r., s. 51-70.

⁴⁸¹ Zob. rozdział III.

⁴⁸² Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 167.

⁴⁸³ Zob. rozdział II.

rozdzielona księgowość musi zostać ponownie potraktowana jako wspólna całość, oczywiście przy wyeliminowaniu przepływów „wewnętrznych”.

Ponadto zarówno traktaty unijne (art. 106 ust. 1 TFUE), jak i rozporządzenie 139/2004 (motyw 22) nakazują stosowanie zasady niedyskryminacji w stosowaniu prawa konkurencji wobec przedsiębiorstw prywatnych i publicznych (które często będą pojawiały się w sektorze energetycznym). Motyw 22 rozporządzenia stanowi, że „w sektorze publicznym obliczanie obrotu przedsiębiorstwa uczestniczącego w koncentracji wymaga zatem uwzględnienia przedsiębiorstw stanowiących jednostkę gospodarczą posiadającą kompetencje decyzyjne niezależne od stosunków własnościowych i zasad sprawowanego nad nimi nadzoru administracyjnego”. Ten fragment preambuły podkreśla respektowanie zasady poszanowania stosunków własnościowych w państwach członkowskich (art. 345 TFUE). Taka interpretacja przepisów o obrocie nie zezwala na traktowanie państwa jako przedsiębiorstwa, a zagregowany obrót obliczany jest jedynie w odniesieniu do przedsiębiorstw państwowych i holdingów państwowych, traktowanych jako samodzielne podmioty⁴⁸⁴.

Progi obrotu określone w art. 1 rozporządzenia 139/2004 odnoszą się nie tylko do obrotu światowego, który może zostać obliczony według powyższych zasad (przy konieczności przeliczenia kursów walut obcych na euro, zgodnie z obwieszczeniem Komisji)⁴⁸⁵. Rozporządzenie nakazuje określenie części obrotu przypadającej na każdego z uczestników koncentracji w ramach Unii (2,5 mld według pierwszej grupy progów i 100 mln euro według drugiej grupy) oraz w ramach wybranych państw członkowskich (25 mln euro na każdego uczestnika i 100 mln euro na wszystkich uczestników według drugiej grupy progów; zasada „dwóch trzecich”). Zgodnie art. 5 ust. 1 rozporządzenia, obrót uzyskany na danym terytorium (Wspólnoty lub państwa członkowskiego) obejmuje produkty/ usługi sprzedawane/świadczone na tym terytorium. Komisja, mając świadomość zagregowanego charakteru sprawozdań finansowych (bez przypisywania poszczególnych transakcji do określonych terytoriów), deklaruje potrzebę wykorzystania „najlepszych danych liczbowych udostępnianych przez przedsiębiorstwa”⁴⁸⁶. Wygodnym kryterium ustalenia miejsca transakcji, zwłaszcza w odniesieniu do działalności gospodarczej związanej z energią elektryczną, jest zrelatywizowanie obrotu do miejsca, w którym znajduje się klienta (odbiorcę), tj. tam, gdzie ma miejsce konkurencja z innymi dostawcami (usługodawcami)⁴⁸⁷. W sektorze energii elektrycznej należy także dokonać podziału transakcji na sprzedaż towarów (w rozumieniu prawa antymonopolowego energia jest towarem) i świadczenie usług (np. przyłączeniowych, pomiarowych, bilansowania systemu). Jeśli chodzi o sprzedaż towarów, to biorąc pod uwagę fakt, że dostawa energii elektrycznej jest czynnością właściwą dla umowy z odbiorcą końcowym⁴⁸⁸, to właśnie miejsce dostawy będzie decydowało o przypisaniu obrotu do danej jurysdykcji. Dotyczyć to będzie przede wszystkim odbiorców końcowych energii elektrycznej wykorzystujących ją na własne potrzeby - mogą to być zarówno gospodarstwa domowe, jak i duże podmioty przemysłowe, np. operator kolejowy dokonujący zakupu energii w celu zasilenia przewodów trakcyjnych). Wydaje się, że w przypadku dostarczania energii przez wytwórców dla TSO i DSO miejscem dostawy będzie miejsce położenia sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej ze względu na konkurowanie między wytwórcami energii w obrębie działalności operatora. Mając na uwadze związek infrastruktury sieciowej z rynkami krajowymi i lokalnymi, jednoznaczne przypisanie obrotu do określonego terytorium nie stwarza większych problemów. Zakładając jednak, że infrastruktura sieciowa mogłaby przekraczać granice poszczególnych jurysdykcji, należałoby się kierować miejscem siedziby działalności gospodarczej operatora lub stałym miejscem prowadzenia działalności gospodarczej⁴⁸⁹. Jeżeli chodzi o TSO, DSO i odbiorców hurtowych (prowadzących działalność transgraniczną), to należy te podmioty traktować jako „centra zakupów” w rozumieniu unijnego prawa konkurencji (towary są nabywane przez centrum zakupów i tam dostarczane, a potem następuje ich redystrybucja wewnątrz organizacji do różnych placówek na obszarach różnych państw członkowskich)⁴⁹⁰. Wówczas miejscem dostawy

⁴⁸⁴ Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 192-194.

⁴⁸⁵ Ibidem, par. 204-205.

⁴⁸⁶ Ibidem, par. 195.

⁴⁸⁷ Ibidem, par. 196.

⁴⁸⁸ Ibidem, par. 197.

⁴⁸⁹ Tak: art. 38 ust. 1 VI dyrektywy VAT.

⁴⁹⁰ Skonsolidowane obwieszczenie..., op. cit., par. 198.

będzie miejsce położenia centrum zakupów⁴⁹¹. Z kolei w zakresie świadczenia usług miejscem, do którego można przypisać obrót, jest:

- miejsce świadczenia usługi na rzecz klienta - w sytuacji, gdy przemieszcza się usługodawca (np. usługi przyłączeniowe, konserwacja sieci) lub usługobiorca w celu wykonania umowy;
- miejsce lokalizacji klienta - w sytuacji, gdy żadna ze stron umowy się nie przemieszcza (np. zakup energii za pośrednictwem giełdy internetowej, bilansowanie systemu)⁴⁹².

Trzeba jednak pamiętać, że działalność gospodarcza w sektorze energii elektrycznej prowadzona jest przy użyciu infrastruktury i środków trwałych, a przemieszczanie się stron umowy jest sytuacją wyjątkową.

5.2.2. Koncentracje podlegające właściwości Prezesa UOKiK

Jurysdykcja krajowych organów antymonopolowych, wzorem rozporządzenia 139/2004, jest ustalana w oparciu o określone kwotowo progi obrotu uczestników koncentracji. W polskiej doktrynie prawa antymonopolowego progi te przyjęto nazywać progami bagatelności koncentracji⁴⁹³. Koncentracje dokonywane z udziałem przedsiębiorców nieuzyskujących wskazanych w ustawie progów obrotu nie wymagają kontroli *ex ante* i określane są jako koncentracje bagatelne⁴⁹⁴, które nie naruszają interesu publicznego⁴⁹⁵. Zgodnie z art. 13 ust. 1 u.o.k.k., uczestnicy koncentracji powinni uzyskiwać łącznie 1 mld euro w obrocie światowym lub 50 mln euro na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zestawienie to ma charakter alternatywy rozłącznej, co oznacza, że przekroczenie chociażby jednej z przesłanek stanowi podstawę do jurysdykcji Prezesa UOKiK. Przyjmuje się więc, że koncentracja przedsiębiorstw, których łączny światowy obrót przekracza kwotę 1 mld euro, zazwyczaj będzie wywoływała skutki na terytorium RP, nawet jeśli część obrotu uzyskiwana na terytorium Polski jest niższa niż 50 mln euro⁴⁹⁶. Kwestia, czy zgodnie z brzmieniem art. 1 ust. 2 ustawy koncentracja wywrze skutek na terytorium RP, powinna zostać rozstrzygnięta przez organ antymonopolowy w toku postępowania w sprawie kontroli koncentracji⁴⁹⁷. Ze zrozumiałych przyczyn progi koncentracji podlegającej jurysdykcji Prezesa UOKiK są niższe od progów koncentracji o wymiarze wspólnotowym. Oznacza to, że każda koncentracja podlegająca jurysdykcji Komisji będzie spełniała kryteria z art. 13 ust. 1 u.o.k.k. (zachodzi stosunek nadrzędności/podrzędności zakresów obu pojęć). Aby skutecznie realizować zasadę *one-stop-shop*, konieczne jest wyraźne rozdzielanie kompetencji obu instytucji w odniesieniu do progów unijnych oraz krajowych. Z tego względu Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (dalej: rozporządzenie zgłoszeniowe)⁴⁹⁸ w załączniku określającym treść formularza WID (pkt 3.2) nakłada obowiązek wykazania przez uczestników koncentracji, że obrót przez nie osiągnany nie przekracza progów z art. 1 rozporządzenia 139/2004 (w tym np. zasadność zastosowania zasady „dwóch trzecich”).

Polska ustawa antymonopolowa wprowadza jeszcze jeden próg, stanowiący negatywną przesłankę ingerencji Prezesa UOKiK. Chodzi o równowartość 10 mln euro krajowego obrotu w jednym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie, uzyskiwaną przez:

- część mienia innego przedsiębiorcy w odniesieniu do koncentracji polegającej na nabyciu mienia (art. 13 ust. 2 pkt 4),
- przedsiębiorcę, nad którym następuje przejęcie kontroli w rozumieniu ustawy antymonopolowej (art. 14 pkt 1).

⁴⁹¹ Ibidem.

⁴⁹² Ibidem, par. 199.

⁴⁹³ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 450.

⁴⁹⁴ A. Wierciński [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 418.

⁴⁹⁵ T. Skoczny [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 771. Autor przywołuje także stanowisko o istnieniu swoistego domniemania faktycznego tej treści (234 k.p.c.) na wypadek ewentualnego postępowania odwoławczego przed SOKiK.

⁴⁹⁶ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 452.

⁴⁹⁷ A. Wierciński, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 422.

⁴⁹⁸ Dz.U. 2007 r., Nr 134, poz. 937.

W drugim przypadku należy uwzględnić obrót przedsiębiorstw, które wchodzą w skład grupy kapitałowej kontrolowanej przez przejmowanego przedsiębiorcę (art. 16 ust. 2). Jeżeli przedsiębiorcy „zależni” przestali być uczestnikami tej grupy przed momentem zgłoszenia koncentracji, nie należy uwzględniać obrotu byłych „córek” - istotna jest rzeczywista siła ekonomiczna przedsiębiorcy⁴⁹⁹. Nieprzekroczenie progu 10 mln euro w ciągu dwóch lat obrotowych wyklucza kompetencję Prezesa UOKiK i stanowi także ilościowe kryterium formalnej oceny koncentracji. Koncentracja taka uznawana jest wówczas za bagatelna.

Szczegółowe zasady obliczania obrotu zostały określone w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji⁵⁰⁰. Wydanym na podstawie art. 17 u.o.k.k.. Przepisy rozporządzenia odnoszą się do polskich standardów rachunkowości (jednostki prowadzące rachunkowość w Polsce mogą sporządzać sprawozdania finansowe zgodnie z Międzynarodowymi Standardami Rachunkowości - MSR)⁵⁰¹. Ewentualne różnice między polskim a obcym prawem bilansowym nie mogą zostać uznane za (co do zasady) niezgodne ze sposobem obliczania progów obrotu na potrzeby rozporządzenia 139/2004 ze względu na liberalne podejście Komisji Europejskiej i Sądu Pierwszej Instancji wyrażone w sprawie *Endesa*⁵⁰². Ogólną regułą obliczania obrotu ustanawia § 3 r.obl.obr., który nakazuje uwzględnianie tzw. obrotu netto. Podstawowym składnikiem takiego obrotu jest suma przychodów ze sprzedaży produktów oraz sprzedaży towarów i materiałów. Wyszczególnienie trzech synonimicznych kategorii w rozporządzeniu jest rozwiązaniem krytykowanym ze względu na umiejscowienie definicji towarów w art. 4 pkt 7 u.o.k.k.⁵⁰³ Zupełne pominięcie kategorii usług w tym przepisie (obszernie opisanych w skonsolidowanym obwieszczeniu Komisji) jest przykładem złej techniki prawodawczej.

Posiłkując się przepisami u.o.k.k., jako przychód przedsiębiorcy należy rozumieć przychód w rozumieniu ustawy PIT⁵⁰⁴ lub ustawy CIT⁵⁰⁵ uzyskany w poprzedzającym zgłoszenie roku obrotowym w zależności od formy prawnej prowadzenia działalności⁵⁰⁶. Z reguły na dużą kapitałochłonność inwestycji w energetyce i wysokie progi obrotu będące podstawą objęcia danej koncentracji kontrolą Prezesa UOKiK, działalność ta będzie prowadzona zwykle m.in. przez spółki kapitałowe, jednostki samorządu terytorialnego i przedsiębiorstwa państwowe. Wyjątkowo, możliwa jest sytuacja sprawowania przez osobę fizyczną kontroli nad przedsiębiorcami w rozumieniu ustawy⁵⁰⁷.

Poszczególne kategorie przychodu zostały wyszczególnione w art. 12 ustawy CIT w odniesieniu do osób prawnych i spółek kapitałowych w organizacji (art. 1 ust. 1 ustawy CIT) oraz w art. 10 ustawy PIT w odniesieniu do osób fizycznych, w tym będących m.in. wspólnikami spółek niebędących osobami prawnymi (art. 1, art. 8 ust. 1 ustawy PIT). Szczegółowe analizowanie każdej kategorii miałyby się z celem niniejszej pracy, jednak ze względu na specyficzny status prawny energii elektrycznej, konieczne jest ustalenie momentu uzyskania przychodu z jej dostawy. Zgodnie z przepisami ustaw podatkowych (art. 14 ust. 1h w zw. z ust. 1e ustawy PIT oraz art. 12 ust. 3d w zw. z ust. 3c ustawy CIT), jeżeli strony ustalą, że dostawa energii elektrycznej jest rozliczana w okresach rozliczeniowych, za datę powstania przychodu uznaje się ostatni dzień okresu rozliczeniowego określonego w umowie lub na wystawionej fakturze, nie rzadziej niż raz w roku. W takiej sytuacji ani data wystawienia faktury, ani moment otrzymania płatności nie mają znaczenia jako dopuszczalne momenty uzyskania przychodu przez przedsiębiorstwo energetyczne (zmiana w stosunku do przepisów obowiązujących przed dniem 1 stycznia 2007 r.)⁵⁰⁸. W przypadku, gdy strony ustaliły jednorazową zapłatę za cały wieloletni okres dostaw energii elektrycznej, momentem uzyskania przychodu przez dostawcę będzie dzień wystawienia faktury

⁴⁹⁹ A. Wierciński, [w:] A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 430.

⁵⁰⁰ Dz.U. 2007 r., Nr 134, poz. 935.

⁵⁰¹ W. Gos [w:] T. Kiziukiewicz (red.), *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 24.

⁵⁰² Zob. pkt 1 niniejszego rozdziału.

⁵⁰³ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 512.

⁵⁰⁴ Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 1991 nr 80 poz. 350 ze zm.).

⁵⁰⁵ Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych oraz o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania (Dz.U. 1992 r. Nr 21, poz. 86 ze zm.).

⁵⁰⁶ Ustawa w definicji przychodu z art. 4 pkt 15 nakazuje uwzględnianie przychodu osiągniętego w roku podatkowym poprzedzającym zgłoszenie, r.obl.obr. natomiast w roku obrotowym w rozumieniu przepisów o rachunkowości.

⁵⁰⁷ Zob. rozdział III.

⁵⁰⁸ J. Marciniuk (red.), *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Legalis.

lub otrzymania zapłaty (alternatywnie wcześniejsze zdarzenie)⁵⁰⁹. Co do zasady, długoterminowe umowy sprzedaży energii elektrycznej nakładają na odbiorcę obowiązek zapłaty należności w okresach rozliczeniowych nie krótszych niż rok⁵¹⁰, jednak ewentualne wydłużenie tych okresów przez strony kontraktów długoterminowych znacząco pomniejszałoby przychód przedsiębiorstw energetycznych w wybranych latach obliczeniowych, prowadząc do obejścia przepisów ustawy antymonopolowej o dotyczących progów obrotu.

Przepisy r.obl.obr. wymagają, aby uzyskiwanie przychodów w powyższym rozumieniu składało się na „operacyjną działalność przedsiębiorców”. Pojęcie to należy utożsamiać z „normalną działalnością przedsiębiorstw”, do której odnosi się art. 5 ust. 1 rozporządzenia 139/2004. Doktryna polska wskazuje, że chodzi tu o działalność statutową przedsiębiorcy, ujawnioną w odpowiednim rejestrze według prawa właściwemu przedsiębiorcy⁵¹¹. W praktyce wskaźnikiem pozwalającym na określenie tego rodzaju działalności będą klasyfikacje PKD⁵¹² lub NACE⁵¹³, do których zwykle będą odwoływać się postanowienia umów lub statutów spółek (np. art. 304 § 1 pkt 2 k.s.h.) oraz innych przedsiębiorców. Ustalenie zakresu statutowej działalności przedsiębiorców może okazać się trudne w przypadku jurysdykcji, w których nie istnieją rejestry przedsiębiorców (np. Stany Zjednoczone i Cypr). W takiej sytuacji Prezes UOKiK powinien w trakcie postępowania antymonopolowego w sprawie kontroli koncentracji przeprowadzić postępowanie dowodowe przy zastosowaniu wszelkich dostępnych źródeł dowodowych (art. 51-59 u.o.k.k.).

Tak zagregowany obrót powinien zostać pomniejszony o rabaty, upusty i inne ulgi, a także o podatek VAT (art. 29 ust. 1-4 ustawy o VAT)⁵¹⁴ i inne podatki związane z obrotem. Odliczenia te powinny zostać wykazane w rachunku strat i zysków sporządzonym zgodnie z ustawą o rachunkowości (art. 47). Znajdują tu zastosowanie uwagi dotyczące odliczeń przy ustalaniu obrotu na potrzeby postępowania przed Komisją Europejską. Podatkiem obrotowym, który można odliczyć od całości obrotu uczestników koncentracji, jest podatek akcyzowy (art. 8 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 1 ustawy o podatku akcyzowym). Ponadto rozporządzenie nakazuje powiększenie tak wyliczonej kwoty o wartość uzyskanych przez przedsiębiorcę dotacji przedmiotowych.

Przepisy r.obl.obr. wprowadzają szczególne sposoby liczenia obrotu w odniesieniu do niektórych kategorii przedsiębiorców. Z punktu widzenia koncentracji przedsiębiorców prowadzących działalność związaną z energią elektryczną, na uwagę zasługują przede wszystkim przedsiębiorcy będący osobami fizycznymi, posiadający kontrolę nad przedsiębiorcami (§ 10 ust. 2), jednostki samorządu terytorialnego (§ 11) oraz grupy kapitałowe (§ 12)⁵¹⁵.

Za obrót osoby fizycznej, posiadającej kontrolę nad co najmniej jednym przedsiębiorcą w rozumieniu prawa antymonopolowego, należy uznać obrót przedsiębiorców „zależnych”. Jeżeli tych przedsiębiorców jest więcej niż jeden, należy zastosować kryteria liczenia obrotu dla grup kapitałowych (zob. niżej).

Jeżeli chodzi o gminy, powiaty i województwa, obrót tych podmiotów stanowią dochody uzyskiwane przez jednostki budżetowe samorządu terytorialnego oraz wpłaty do zakładów budżetowych (od 2009 r. samorządowych zakładów budżetowych) i gospodarstw pomocniczych jednostek budżetowych. Należy oczywiście wyeliminować wewnętrzne przepływy między jednostkami powiązanymi (§ 12 ust. 3 w zw. z ust. 1 r.obl.obr.). Szczegółowe zasady tworzenia i finansowania tych podmiotów określa ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Podobnie jak skonsolidowane obwieszczenie Komisji, r.obl.obr. każe obliczać obrót tylko danego wycinka

⁵⁰⁹ W. Dmoch, *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Legalis.

⁵¹⁰ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, 10 stycznia 2007, SEC(2006) 1724, First Phase (Electricity), s. 158, par. 471.

⁵¹¹ E. Kosiński [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 828.

⁵¹² Polska Klasyfikacja Działalności - załącznik do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz. U. z 2007 r. Nr 251, poz. 1885 ze zm.).

⁵¹³ Statystyczna Klasyfikacja Działalności Gospodarczych w Unii Europejskiej (*Nomenclature statistique des Activités économiques dans la Communauté Européenne*) - Załącznik I do Rozporządzenia (WE) nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej NACE Rev. 2 i zmieniające rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych (Dz.Urz. WE L 393 z dnia 30 grudnia 2006 r. s. 1-39).

⁵¹⁴ Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2004 nr 54 poz. 535 ze zm.).

⁵¹⁵ Innymi przedsiębiorcami, dla których obrót należy liczyć w inny sposób niż określony w § 3 r.obl.obr., są: banki, ubezpieczyciele, narodowe fundusze inwestycyjne, fundusze inwestycyjne, fundusze emerytalne, domy maklerskie.

działalności przedsiębiorstw samorządowych (gospodarki komunalnej) - gmina nie jest uznawana za podmiot posiadający kontrolę. r.obl.obr. nie zawiera szczególnych regulacji dotyczących obliczania obrotu przedsiębiorstw państwowych.

W przypadku obliczania obrotu grup kapitałowych w prawie polskim, którymi mogą być przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo (art. 3 pkt 12a pr.energ.), u.o.k.k. nakazuje zagregowanie obrotu wszystkich przedsiębiorców należących do tej grupy, tj. spółki matki, spółek córek i siostr (art. 16 ust. 1). Występuje tu zatem rozwiązanie podobne do przyjętego w prawie unijnym. Oczywiście, konieczne jest wyeliminowanie obrotu „wewnętrznego” (§ 12 ust. 1), a także uwzględnienie jedynie części obrotu przypadającego na przejmowane mienie (przedsiębiorstwo w ujęciu przedmiotowym - art. 55¹ k.c.). Przyjmuje się również, że obrót uczestników grupy kapitałowej, w której skład wchodzi przejmowany przedsiębiorca (lub jego mienie), wynosi zero dla potrzeb dokonywanej koncentracji (§ 12 ust. 2). Jest to związane z realizacją zasady jedności ekonomicznej (*single economic unit*) grupy kapitałowej⁵¹⁶.

Polska u.o.k.k., wzorem unijnego prawa antymonopolowego, traktuje energię elektryczną (oraz inne formy energii) jako towar (art. 4 pkt 7), co przekłada się na kwalifikację prawną przesyłu i dystrybucji energii jako dostawy towarów⁵¹⁷. Ma to oczywiście wpływ na geograficzne przypisanie obrotu i pozwala ocenić skalę obrotu krajowego na potrzeby stosowania przepisów ustawy. Wskazuje się również, że pomocne mogą się okazać informacje dodatkowe, załączane do sprawozdań finansowych (art. 45 ust. 2 pkt 3 i art. 48 ustawy o rachunkowości)⁵¹⁸. Wśród tych informacji (w części 2 poświęconej objaśnieniom do rachunku zysków i strat) należy ująć m.in. strukturę terytorialną przychodów ze sprzedaży⁵¹⁹. Trzeba pamiętać, że sprawozdania finansowe wykorzystywane przez UOKiK w celu ustalenia swojej właściwości będą co do zasady podlegały badaniu i ogłaszaniu zgodnie z art. 64 ustawy o rachunkowości.

Pr.energ., wzorem dyrektywy 2009/72/WE i jej poprzedniczki 2003/54/WE, ustanawia w art. 44 rozdzielenie księgowe przedsiębiorstw energetycznych. Ustawa nakazuje prowadzenie odrębnej ewidencji księgowej, w sposób umożliwiający osobne obliczenie przychodów w zakresie działalności związanej z energetyką (m.in. dostarczanie energii, przesyłanie, dystrybucja, obrót, sprzedaż odbiorcom mającym prawo wyboru dostawcy i niemającym tego prawa) oraz w zakresie działalności prowadzonej poza sektorem energetycznym (art. 44 ust. 1). Odrębne sprawozdania prowadzone dla każdego rodzaju działalności będą musiały zostać ponownie zagregowane na potrzeby zgłaszanej przez przedsiębiorstwo energetyczne koncentracji. Oddzielne sprawozdania finansowe pozwolą jednak Prezesowi UOKiK na ustalenie wielkości udziałów przedsiębiorcy na poszczególnych rynkach właściwych, które co do zasady pokrywają się z poszczególnymi rodzajami działalności, wynikającymi z wprowadzenia polityki unbundlingu.

Uczestnicy koncentracji zazwyczaj będą tzw. jednostkami audytowanymi - przekroczenie progów obrotu zwykle będzie oznaczało spełnienie przesłanek dotyczących przychodów netto (5 mln euro) oraz sumy bilansu aktywów (2,5 mln euro) - art. 64 ust. 1 pkt 4 lit. b i c. Organ antymonopolowy ma zatem ułatwione zadanie, ze względu na uprzednie zbadanie sprawozdań przez bezstronnego i niezależnego profesjonalistę, jakim jest biegły rewident (art. 56 ust. 2 ustawy o biegłych rewidentach)⁵²⁰. Ponadto wymóg udostępniania sprawozdań finansowych do publicznego wglądu (o ile nie podlegają one obowiązkowi publikacji) obejmuje wszystkie przedsiębiorstwa energetyczne (art. 44 ust. 3 pr.energ.), a uchybienie temu obowiązkowi skutkuje sankcją w postaci kary pieniężnej, nakładanej przez Prezesa URE (art. 56 ust. 1 pkt 8 pr.energ.)⁵²¹, co zmusza przedsiębiorców do rzetelnego dokumentowania informacji dotyczących obrotu i zwiększa wiarygodność sprawozdań.

⁵¹⁶ M. Będkowski-Kozioł [w:] T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 275.

⁵¹⁷ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 180.

⁵¹⁸ Ibidem, s. 455.

⁵¹⁹ T. Cebrowska [w:] T. Kiziukiewicz (red.), *Ustawa o rachunkowości...*, op. cit., s. 551.

⁵²⁰ Ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz.U. 2009 r., Nr 77, poz. 649 ze zm.).

⁵²¹ Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 13 maja 2010 r. III SK 42/09, Legalis.

5.2.3. System odesłań między Komisją Europejską a krajowymi organami antymonopolowymi

Przeanalizowane w poprzednich punktach przepisy jurysdykcyjne, określone w oparciu o progi obrotu światowego, unijnego i krajowego przedsiębiorstw (przedsiębiorców), nie przesądzają jednoznacznie i kategorycznie o kompetencji unijnego lub krajowego organu antymonopolowego. Ustawodawca unijny, mając świadomość specyficznych uwarunkowań przyszłych koncentracji, w rozporządzeniu 139/2004 bardzo elastycznie ukształtował system odesłań między Komisją a krajowymi organami ochrony konkurencji. Oznacza to, że wskutek takiego odesłania Komisja może rozpatrywać sprawę koncentracji o wymiarze wspólnotowym i *vice versa*. Przy odesłaniu należy kierować się zasadą „organu bardziej właściwego”, tj. dysponującego odpowiednimi narzędziami i wiedzą fachową, oraz mieć na uwadze miejsce, w którym widoczny będzie wpływ koncentracji na konkurencję⁵²². Ramy prawa pierwotnego oraz wtórnego UE pozwalają na odesłania spraw także między organami ochrony konkurencji na szczeblu różnych państw członkowskich. W relacjach Komisja-organy krajowe obowiązuje jednak zasada *one-stop-shop*. Elastyczne ramy jurysdykcyjne w odniesieniu do unijnej kontroli koncentracji stanowią wyraz zasady pomocniczości, wyrażonej w motywie 11 rozporządzenia 139/2004⁵²³. Jeżeli natomiast koncentracja ma wymiar pozaunijny, konieczne jest prowadzenie równoległych postępowań w wielu jurysdykcjach - pomocne mogą okazać się tutaj jedynie umowy dwustronne bądź ramowy charakter współpracy w ramach OECD⁵²⁴.

5.2.3.1. Odesłanie sprawy z Komisji Europejskiej do państw członkowskich na etapie przednotyfikacyjnym (art. 4 ust 4 rozporządzenia 139/2004)

Rozporządzenie 139/2004 daje możliwość wnioskowania o przekazanie koncentracji o wymiarze unijnym (wspólnotowym) pod rozstrzygnięcie krajowych organów antymonopolowych. Wniosek taki złożyć można przed dokonaniem zgłoszenia koncentracji, czyli na tzw. etapie przednotyfikacyjnym. Rozwiązanie to nie było znane w okresie obowiązywania rozporządzenia 4064/89⁵²⁵. Podmiotami wyłącznie legitymowanymi do zainicjowania procedury odesłania z Komisji do krajowych organów antymonopolowych są uczestnicy koncentracji („osoby lub przedsiębiorstwa, o których mowa w [art. 4] ust 2”). Organy ochrony konkurencji państw członkowskich nie mają na tym etapie możliwości wnioskowania o zbadanie koncentracji o wymiarze unijnym (wspólnotowym)⁵²⁶.

W tzw. „uzasadnionym wniosku” (potocznie: RS), którego formularz stanowi załącznik do rozporządzenia 802/2004⁵²⁷, należy wykazać wystąpienie dwóch przesłanek wymaganych przez art. 4 ust. 5 rozporządzenia 139/2004:

- i) znaczący wpływ koncentracji na konkurencję na rynku danego państwa członkowskiego,
- ii) rynek tego państwa reprezentuje wszystkie cechy odrębnego rynku.

Spełnienie pierwszej z powyższych przesłanek nie musi oznaczać negatywnego wpływu danej koncentracji na konkurencję⁵²⁸ (przesłanką uznania koncentracji za niezgodną ze wspólnym, wewnętrznym rynkiem jest „przeszkadzanie znacząco skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub jego części” - art. 2 ust. 3 rozporządzenia 139/2004). Niemniej koncentracje o znaczącym wpływie na konkurencję, o ile nie zostaną zakazane ani dozwolone warunkowo, będą wymagały wnikliwej analizy ze strony organów ochrony konkurencji (unijnych lub krajowych). W literaturze⁵²⁹ oraz samym rozporządzeniu (motyw 16 rozporządzenia 139/2004) podkreśla się, że nie należy nakładać na zainteresowane przedsiębiorstwa obowiązku udowadniania szkodliwych skutków

⁵²² Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw dotyczących koncentracji z dnia 5 marca 2005 r., Dz.Urz. WE C 56, s. 2, par. 9.

⁵²³ S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej...*, op. cit., s. 92.

⁵²⁴ Zob. pkt 1 niniejszego rozdziału.

⁵²⁵ S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej...*, op. cit., s. 95.

⁵²⁶ Ibidem, s. 96.

⁵²⁷ Rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE L 133 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 1-39).

⁵²⁸ Ibidem.

⁵²⁹ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji w Unii Europejskiej* [w:] E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Kraków 2005, s. 232.

koncentracji dla konkurencji. Niemniej nałożenie na przedsiębiorstwa obowiązku wykazywania „znaczącego wpływu na konkurencję” zamierzonej koncentracji jest równoznaczne z nakazem „przedstawiania dowodów na własną niekorzyść”⁵³⁰, które przedsiębiorstwa będą usiłowały podważyć na dalszych etapach postępowania⁵³¹. Budzi to zastrzeżenia z punktu widzenia ogólnych zasad prawa UE oraz Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Druga z kolei przesłanka (rynek państwa członkowskiego reprezentujący wszystkie cechy odrębnego rynku), zostanie spełniona w przypadku zamknięcia rynku właściwego w geograficznych granicach państwa członkowskiego, co stanowi regułę na obecnym poziomie liberalizacji sektora energetycznego (por. podrozdział dotyczący rynków właściwych geograficznie). Sytuacja ta wystąpi także w przypadku dokonania koncentracji na kilku rynkach właściwych geograficznie, jeżeli są one zamknięte w granicach jednego państwa członkowskiego⁵³². Od uznania Komisji i okoliczności danej sprawy będzie zależało jej przekazanie w razie wystąpienia znaczących skutków transgranicznych danej koncentracji⁵³³. W sektorze energetycznym Komisja powinna jednak zwalczać tendencje protekcyjnistyczne państw i zapobiegać kreowaniu „narodowych liderów” (*national champions*) przez większe państwa członkowskie.

Komisja dostrzega także potrzebę wykazania przez wnioskujące strony innych przesłanek niż wskazane w rozporządzeniu, tj. miejsca wystąpienia skutku zamierzonej koncentracji⁵³⁴, zakresu skutków transgranicznych, jakie wywrze zamierzona koncentracja⁵³⁵, a także posiadania niezbędnej wiedzy fachowej i prowadzenia spraw powiązanych z zamierzoną koncentracją przez krajowy organ ochrony konkurencji⁵³⁶.

Oprócz wykazania powyższych przesłanek rozporządzenie 802/2004 wymaga podania w uzasadnionym wniosku szeregu innych informacji dotyczących zamierzonej koncentracji. Należy m.in. szczegółowo określić rynki właściwe (produktowo i geograficznie), a także rynki oddziaływania koncentracji, podanie wskaźnika HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*)⁵³⁷ przed i po koncentracji, wskazanie pięciu największych niezależnych klientów itp. Przygotowanie takiego dokumentu wymaga szeregu złożonych czynności i znacznego nakładu pracy wielu specjalistów z różnych dziedzin, przez co stanowi znaczące utrudnienie dla przedsiębiorców, dla których po upływie tak długiego czasu oferta przejęcia lub połączenia może okazać się już nieatrakcyjna. Jedyne ułatwienie w takim wypadku stanowi brak obowiązku ponownego gromadzenia informacji i składania dokumentów w razie przejścia wszczęcia postępowania przed Komisją (art. 4 ust. 4 akapit 5 rozporządzenia 139/2004).

Rozporządzenie 139/2004 nakłada na Komisję obowiązek niezwłocznego przekazania wniosku uczestników zamierzonej koncentracji do wszystkich państw członkowskich. Państwo wskazane we wniosku może w ciągu 15 dni od momentu przekazania wniosku wyrazić sprzeciw (prawo weta) wobec przekazania sprawy; brak sprzeciwu w terminie uznawany jest za zgodę państwa na przekazanie sprawy z Komisji. Pozostałe państwa mogą wyrazić swoje stanowisko w sprawie danej koncentracji na podstawie art. 19 ust. 2 rozporządzenia. Opinia właściwych władz państw członkowskich powinna zostać wzięta pod uwagę przez Komisję przy rozstrzyganiu sprawy. Jeżeli państwo nie skorzysta z prawa weta, Komisja w ciągu 25 dni od momentu wpłynięcia wniosku (10 dni w razie bierności państwa członkowskiego) dokonuje badania powyższych przesłanek (znaczącego wpływu na konkurencję na rynku krajowym i istnienia odrębnego rynku w granicach państwa członkowskiego). Następnie Komisja podejmuje decyzję w sprawie odesłania sprawy, kierując się zasadami prawa unijnego oraz specyfiką danej sprawy. Decyzja taka ma zawsze

⁵³⁰ Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw..., op. cit., par. 17.

⁵³¹ J. Connolly, S. Rab, *Pre-Notification Referral Under the EC Merger Regulation: Simplifying the Route to the One-Stop-Shop*, ECLR, Vol. 28, s. 170.

⁵³² S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 96.

⁵³³ Ibidem.

⁵³⁴ Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw..., op. cit., par. 19.

⁵³⁵ Ibidem, par. 21.

⁵³⁶ Ibidem, par. 23.

⁵³⁷ Zob. rozdział VII, pkt 2.2.

charakter uznaniowy („Komisja... może zdecydować o przekazaniu sprawy”), co jest krytykowane w doktrynie⁵³⁸.

Nie ma przeszkód, aby przekazać krajowym organom ochrony konkurencji tylko część sprawy - oznacza to jednak obowiązek notyfikacji części koncentracji na szczeblu UE⁵³⁹. Można również odesłać koncentrację do więcej niż jednego państwa członkowskiego, jeżeli sprawa nie wymaga skoordynowanych dochodzeń ani działań naprawczych⁵⁴⁰. Dotychczas Komisja 48 razy⁵⁴¹ skorzystała z możliwości częściowego odesłania sprawy, rozstrzygając m.in. o koncentracjach w sektorze naftowym⁵⁴². Rozwiązania takie powinny być jednak stosowane wyjątkowo ze względu na możliwe ryzyko rozdrabniania i przedłużania spraw.

Z kompetencji całościowego odesłania sprawy do państwa członkowskiego Komisja skorzystała dotychczas 131 razy⁵⁴³, niejednokrotnie w odniesieniu do koncentracji w sektorze energetycznym (m.in. sprawy: *RWE/Energy/Saar Ferngas*⁵⁴⁴, *Repsol/BP/JV*⁵⁴⁵, *Gaz de France/Savelys*⁵⁴⁶, *Engas/BBG*,⁵⁴⁷ *Enagas/Murphy Oil/Almacenamiento la Gaviota*⁵⁴⁸). Mając na uwadze analizę rynków właściwych⁵⁴⁹, nie stanowi większego problemu wykazanie, że analizowany rynek jest zamknięty w granicach jednego z państw członkowskich. Jak się okazuje, Komisja zgadza się na odsyłanie do państw członkowskich koncentracji z udziałem przedsiębiorstw energetycznych pozostających ze sobą w relacjach wertykalnych⁵⁵⁰. Połączenie podmiotów gospodarczych aktywnych na rynkach sąsiadujących w sektorze sieciowym nie zawsze musi skutkować zakazem koncentracji ani wydaniem zgody warunkowej, jednak biorąc pod uwagę konieczność liberalizacji sektora energetycznego, należy poddać uważnemu badaniu wszelkie próby koncentracji wertykalnych jako odstępstwo od polityki unbundlingu.

5.2.3.2. Odesłanie sprawy z Komisji Europejskiej do państw członkowskich na etapie postnotyfikacyjnym (art. 9 rozporządzenia 139/2004 - tzw. „klauzula niemiecka”)

Możliwość poddania pod jurysdykcję krajowych organów antymonopolowych koncentracji o wymiarze unijnym (wspólnotowym) pojawia się także w trakcie postępowania przed Komisją, już po złożeniu wniosku przez zainteresowane przedsiębiorstwa. Instytucja ta była znana jeszcze w okresie obowiązywania rozporządzenia 4064/89, do którego została wprowadzona z inicjatywy Niemiec, stąd też jej potoczna nazwa - „klauzula niemiecka”⁵⁵¹. W początkowym okresie obowiązywania unijnego reżimu kontroli nad koncentracjami państwa członkowskie obawiały się ryzyka związanego z przekazaniem zbyt szerokich uprawnień Komisji, która kierowałaby się interesami naruszającymi podstawowe interesy niektórych państw członkowskich⁵⁵².

Komisja niezwłocznie po dokonaniu zgłoszenia koncentracji przez zainteresowane przedsiębiorstwa (art. 4 ust. 1 rozporządzenia 139/2004) ma obowiązek publikacji zgłoszenia, jeżeli koncentracja ma wymiar wspólnotowy (art. 4 ust. 3) oraz przekazania kopii zgłoszenia właściwym władzom państw członkowskich (art. 9 ust. 2). Klauzula niemiecka umożliwia państwu członkowskiemu

⁵³⁸ T. Skoczny, *Jurysdykcyjne dylematy prewencyjnej kontroli koncentracji w europejskiej przestrzeni prawnej* [w:] A. Łazowski, R. Ostrihansky (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Kraków 2005, s. 367.

⁵³⁹ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 100.

⁵⁴⁰ Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw..., op. cit., par. 22.

⁵⁴¹ Według danych Komisji Europejskiej na dzień 7 listopada 2013 r. (<http://ec.europa.eu/competition/>).

⁵⁴² Decyzja Komisji w sprawach: *Total/Petrofina (II)*, COMP IV/M.1464 z dnia 26 marca 1999 r.; *Totalfina/Elf Aquitaine*, COMP/M.1628 z dnia 26 listopada 1999 r.; *Shell/DEA*, COMP/M.2389 z dnia 23 sierpnia 2001 r.; *BP/E.ON*, COMP/M.2533 z dnia 6 września 2001 r.; *Aker Maritime/Kvaerner (II)*, COMP/M.2683 z dnia 23 stycznia 2002 r.

⁵⁴³ Według danych Komisji Europejskiej na dzień 7 listopada 2013 r. (<http://ec.europa.eu/competition/>).

⁵⁴⁴ Decyzja Komisji w sprawie *RWE Energy/Saar Ferngas*, COMP IV/M.4263 z dnia 29 sierpnia 2006 r.

⁵⁴⁵ Decyzja Komisji w sprawie *Repsol/BP/JV*, COMP IV/M.4626 z dnia 21 sierpnia 2007 r.

⁵⁴⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Savelys*, COMP IV/M.5216 z dnia 4 sierpnia 2008 r.

⁵⁴⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Engas/BBG*, COMP IV/M.5743 z dnia 3 lutego 2010 r.

⁵⁴⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Enagas/Murphy Oil/Almacenamiento la Gaviota*, COMP IV/M.5892 z dnia 6 października 2010 r.

⁵⁴⁹ Zob. rozdział IV.

⁵⁵⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Savelys*, par. 27-30.

⁵⁵¹ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 100.

⁵⁵² Ibidem, s. 101.

wystąpienie w ciągu 15 dni roboczych od otrzymania kopii takiego zgłoszenia z wnioskiem do Komisji o przekazanie sprawy do rozpoznania przez krajowy organ antymonopolowy. Aktywność państwa członkowskiego polegająca na złożeniu takiego wniosku jest warunkiem *sine qua non* uruchomienia procedury odesłania z art. 9 rozporządzenia - brak wniosku zawsze będzie skutkowało rozpoznaniem sprawy przez Komisję, nawet w przypadku skierowania stosownej prośby do władz państwa członkowskiego. Ponadto skierowanie wniosku o przekazanie sprawy nie ma charakteru obligatoryjnego - jest to uprawnienie państwa członkowskiego⁵⁵³. Z wnioskiem takim państwo może wystąpić z własnej inicjatywy lub na prośbę Komisji. O złożeniu wniosku Komisja ma obowiązek poinformować zainteresowane przedsiębiorstwa (art. 9 ust. 2) oraz pozostałe państwa członkowskie (art. 19 ust. 1). Wniosek wszczyna odrębne postępowanie, w trakcie którego krajowy organ ochrony konkurencji ma obowiązek ściśle współpracować z Komisją i przedkładać na jej żądanie wszelkie niezbędne dokumenty i informacje⁵⁵⁴. Wnioskujące państwo (organ antymonopolowy) uzyskuje uprawnienie dostępu do akt postępowania, które na pozostałych etapach procedury jest ograniczone⁵⁵⁵.

We wniosku państwo powinno wykazać ścisły związek koncentracji z własnym rynkiem, polegający na:

- i) zagrożeniu w wyniku koncentracji znaczącym zakłóceniem konkurencji na rynku tego państwa członkowskiego, mającym wszelkie cechy odrębnego rynku,
- lub
- ii) zakłóceniu przez koncentrację konkurencji na rynku tego państwa członkowskiego, mającym wszelkie cechy odrębnego rynku i nie stanowiącym części wspólnego rynku.

Mimo podobnego brzmienia tych dwóch powyższych warunków, mających charakter alternatywy rozłącznej, z każdym z nich rozporządzenie łączy odmienne skutki.

W pierwszym przypadku (i) państwo członkowskie powinno wykazać nie tylko to, że koncentracja wywrze wpływ na rynek krajowy, ale także przedstawić niekorzystny charakter tego wpływu. Prawo UE nie wymaga oczywiście od państwa członkowskiego merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy na niekorzyść zainteresowanych przedsiębiorstw przed formalnym wydaniem decyzji. Komisja w obwieszczeniu wskazuje, że państwo może przedstawić wskazówki, mające formę dowodów opartych na domniemaniach faktycznych, przy czym nie mogą one wpływać na wynik pełnego dochodzenia⁵⁵⁶. Państwo jest zatem obowiązane jedynie wykazać prawdopodobieństwo domniemanego zakłócenia konkurencji na rynku, a nie je udowodnić.

Ponadto państwo musi wykazać, że referencyjny rynek geograficzny, na którym dokonywana jest koncentracja, ma wymiar krajowy lub węższy od krajowego. Definicja referencyjnego rynku geograficznego została zawarta w art. 9 ust. 7 rozporządzenia 139/2004 i ma ona brzmienie zbliżone do ogólnej definicji rynku właściwego geograficznie⁵⁵⁷. Oznacza to, że oba pojęcia są tożsame, a stwierdzenie przez organy antymonopolowe istnienia rynków o zasięgu krajowym (co jest charakterystyczne dla sektora energii elektrycznej) będzie oznaczało spełnienie jednego z warunków odesłania koncentracji na szczebel krajowy.

Jeżeli postępowanie przed Komisją potwierdzi istnienie okoliczności wskazanych przez państwo członkowskie we wniosku o odesłanie sprawy, unijny organ antymonopolowy korzysta z daleko idącej uznaniowości. Komisja może w takim przypadku zająć się daną sprawą samodzielnie (art. 9 ust. 3 lit. a) lub przekazać ją w całości lub części do państwa, które wystąpiło z wnioskiem (art. 9 ust. 3 lit. b). Swoboda decyzyjna Komisji nie jest w takim przypadku nieograniczona, a odmowa odesłania sprawy do państwa członkowskiego na jego wniosek może być uzasadniona niemożliwością zapewnienia lub przywrócenia efektywnej konkurencji na rynkach właściwych o zasięgu krajowym lub węższym⁵⁵⁸ (wcześniej warunek taki przewidywał *expressis verbis* przepis

⁵⁵³ Ibidem.

⁵⁵⁴ Ibidem, s. 107.

⁵⁵⁵ Ibidem, s. 108.

⁵⁵⁶ Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw..., op. cit., par. 35.

⁵⁵⁷ Zob. rozdział IV pkt 2.

⁵⁵⁸ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba) w sprawie T-119/02, *Royal Philips Electronics NV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, z dnia 3 kwietnia 2003 r., E.C.R. [2003], s. II-01433, pkt 342.

art. 9 ust. 3 lit. a rozporządzenia 4064/89; obecnie - mimo zmiany brzmienia przepisu nowego rozporządzenia - wytyczne SPI wciąż zachowują aktualność⁵⁵⁹.

Aż osiem decyzji zezwalających na odesłanie sprawy do państwa członkowskiego wydała Komisja w sprawach koncentracji belgijskich spółek energetycznych w latach 2002-2003⁵⁶⁰. Ustawa federalna z dnia 29 kwietnia 1999 r. i dekrety regionalne stanowiące transpozycję I pakietu liberalizacyjnego nakładały na publiczno-prywatnych dystrybutorów energii elektrycznej zbycie części działalności służącej dostawom energii⁵⁶¹. W tym celu szereg regionalnych DSO zawarło odpowiednie umowy ze spółką ECS, a następnie nabyło udziały w *Electrabel* (spółce matce dla ECS)⁵⁶². Siedem z tych transakcji stanowiło koncentrację o wymiarze krajowym w rozumieniu belgijskiego prawa antymonopolowego, osiem natomiast było koncentracjami o wymiarze wspólnotowym. Komisja stwierdziła, że terytorium Belgii spełnia wszelkie kryteria do uznania go za referencyjny rynek geograficzny (ograniczone połączenia międzysystemowe z Francją⁵⁶³ oraz wysokie bariery wejścia na rynek⁵⁶⁴). Ponadto Komisja dostrzegła ryzyko znaczącego zakłócenia konkurencji na rynku belgijskim polegające na umocnieniu pozycji dominującej operatora zasiadającego (*Electrabel*).⁵⁶⁵ Były monopolista (mający jednocześnie status dostawcy z urzędu), przejmując rynek dostaw energii elektrycznej, przejmował klientelę dotychczasowych dostawców regionalnych⁵⁶⁶. Odbiorcy końcowi co prawda korzystali z prawa wyboru dostawcy, jednak zaufanie i przyzwyczajenie do dawnego monopolisty, a także niedostatek informacji o nowych konkurentach i możliwości zmiany dostawcy wiązały nabywców energii z operatorem zasiadającym⁵⁶⁷. Taki stan rzeczy był potwierdzany przez zawieranie długoterminowych (na 3 do 5 lat) umów z odbiorcami⁵⁶⁸. Nabywanie przez regionalne spółki energetyczne udziałów w *Electrabel* oznaczało pionową integrację przedsiębiorstw energetycznych i ryzyko dyskryminacyjnego traktowania innych dostawców.⁵⁶⁹ Ponadto belgijska Rada Konkurencji (*le Conseil de la Concurrence*) rozstrzygała inne sprawy dotyczące przejęcia dostaw w poszczególnych rejonach Królestwa przez *Electrabel* (wydając przy tym trzy decyzje zakazujące koncentracji)⁵⁷⁰. Z tych też względów Komisja zgodziła się na całościowe odesłanie wszystkich spraw do państwa członkowskiego na podstawie art. 9 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 2 lit. a rozporządzenia 4064/89 (tożsama numeracja jak w rozporządzeniu 139/2004).

Komisja może stwierdzić również, że referencyjny rynek geograficzny zamknięty w granicach państwa członkowskiego nie istnieje albo że koncentracja nie spowoduje zagrożenia dla konkurencji. Wówczas także konieczne jest wydanie decyzji w tej sprawie, skierowanej do państwa członkowskiego, a unijny organ antymonopolowy ma obowiązek samodzielnie się nią zająć, stosując przepisy rozporządzenia 139/2004 (art. 9 ust. 3 akapit 2). Przykładem takiej sprawy jest koncentracja *EDF/London Electricity*.⁵⁷¹ Francuski operator zasiadający (przedsiębiorstwo publiczne francuskie) zamierzał przejąć spółkę dystrybuującą i dostarczającą energię elektryczną w 12 strefach dystrybucji w Anglii i Walii⁵⁷². Komisja co prawda uznała, że rynki właściwe, na których dokonywana jest koncentracja stanowią odrębne rynki właściwe zamknięte w granicach Zjednoczonego Królestwa⁵⁷³, jednak nie dopatrzyła się zagrożeń dla konkurencji. Samo bowiem zagrożenie dominacją dotyczyło jedynie rynków dystrybucji i dostaw małym odbiorcom końcowym

⁵⁵⁹ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 105.

⁵⁶⁰ Decyzje Komisji w sprawach: *ECS/IEH*, *ECS/Intercommunale Iveka*, *ECS/Intercommunale Igao*, *ECS/Intercommunale Intergem*, *ECS/Intercommunale Gaselwest*, *ECS/Intercommunale Imewo*, *ECS/Intercommunale Iverlek*, *ECS/Sibelga*.

⁵⁶¹ V. Landes, *Merger control* [w:] C.W. Jones (red.), *EU Energy Law. Volume II. EU Competition Law and Energy Markets*, Cateys & Casteels, 2005, s. 349-350.

⁵⁶² Ibidem.

⁵⁶³ Decyzja Komisji w sprawie *ECS/IEH*, par. 25.

⁵⁶⁴ Ibidem, par. 24.

⁵⁶⁵ Decyzje Komisji w sprawach: *ECS/IEH*, par. 21; *ECS/Intercommunale Iveka et al.*, par. 27; *ECS/Sibelga*, par. 40.

⁵⁶⁶ Decyzje Komisji w sprawach: *ECS/IEH*, par. 27; *ECS/Intercommunale Iveka et al.*, par. 33; *ECS/Sibelga*, par. 48.

⁵⁶⁷ V. Landes, *Merger control...*, s. 349-350.

⁵⁶⁸ Decyzje Komisji w sprawach: *ECS/IEH*, par. 23; *ECS/Intercommunale Iveka et al.*, par. 29.

⁵⁶⁹ Decyzje Komisji w sprawach: *ECS/IEH*, par. 28; *ECS/Intercommunale Iveka et al.*, par. 35; *ECS/Sibelga*, par. 49-51.

⁵⁷⁰ Decyzje Rady Konkurencji Królestwa Belgii w sprawach: *ECS/Interlux* z dnia 30 sierpnia 2002 r., nr 2002-C/C-61; *ECS/IDEG* z dnia 30 sierpnia 2002, nr 2002-C/C-62; *ECS/Simogel* z dnia 4 lipca 2003 r., nr 2003-C/C-71; *ECS/Sedilec* z dnia 04 lipca 2003, nr 2003-C/C-72; *ECS/Intermosane 2* z dnia 4 lipca 2003 r., nr 2003-C/C-73; *ECS/Imea* z dnia 11 września 2003 r., nr 2003-C/C-74; *ECS/Sibelga* z dnia 13 października 2003 r., nr 2003-C/C-80.

⁵⁷¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/London Electricity*.

⁵⁷² Ibidem, par. 3-4.

⁵⁷³ Ibidem, par. 24-26.

(nie dotyczyło to dużych przemysłowych odbiorców), nie stanowiąc przy tym rzeczywistego zagrożenia dla konkurencji⁵⁷⁴. Należy wspomnieć, że samo uzyskanie pozycji dominującej w wyniku koncentracji nie zagraża konkurencji, w szczególności na rynkach oligopolistycznych, np. związanych z energią elektryczną⁵⁷⁵. Unijny organ antymonopolowy nie dopatrywał się również zagrożeń w wyniku ewentualnego umocnienia pozycji dominującej na rynku wytwarzania energii elektrycznej, związanej z dyskryminującym strony trzecie obrotem wewnątrz powstałej grupy kapitałowej, integracją pionową *London Electricity* i rozbudową własnych mocy wytwórczych przedsiębiorstwa dystrybucyjnego (*embedded capacity*) oraz subsydiowaniem skośnym⁵⁷⁶. Komisja stwierdziła, że wcześniejszy sposób zarządzania *London Electricity* przez dotychczasową spółkę matkę (*Enenergy Corporation*), górne limity taryf na rynkach mało konkurencyjnych i ograniczona przepustowość brytyjsko-francuskich połączeń międzysystemowych zaprzeczają obawom Wielkiej Brytanii wnioskującej o przekazanie sprawy⁵⁷⁷. Przed ostateczną odmową przekazania sprawy Komisja dokonała także analizy przesłanek wynikających z drugiego (ii) alternatywnie sformułowanego warunku z art. 9 ust. 2 lit. b rozporządzenia 4064/89 (por. niżej).

Drugi z alternatywnych warunków (ii) zostanie spełniony, jeżeli państwo członkowskie wykaże, że koncentracja zakłóciłaby konkurencję na rynku tego państwa członkowskiego, który ma wszelkie cechy odrębnego rynku i nie stanowi znacznej części rynku wspólnego. W przeciwieństwie do poprzedniego przypadku, państwo nie ma tu obowiązku wykazania znaczącego wpływu koncentracji na konkurencję, musi jednak udowodnić, że taka koncentracja zakłóci konkurencję na tym rynku. Wymóg ten został sformułowany łagodniej (z punktu widzenia państwa wnioskującego) niż „groźba znaczącego zakłócenia konkurencji”. Zwykle jednak wyniki analizy na potrzeby art. 9 ust. 2 lit. b nie będą się różniły w sposób mogący wpłynąć na treść decyzji od rezultatów badania zaistnienia przesłanek z art. 9 ust. 2 lit. a⁵⁷⁸.

Jeżeli chodzi o kryterium zasięgu geograficznego rynku właściwego, to nie może on stanowić znacznej części wspólnego (wewnętrzznego) rynku - w przeciwnym wypadku, koncentracja nie może zostać odesłana przez Komisję do państwa członkowskiego. W praktyce decyzyjnej Komisji warunek ten jest rozumiany bardzo intuicyjnie, poprzez odniesienie do ogólnie sformułowanych kryteriów, takich jak: ekonomiczne znaczenia usługi lub obszaru, wartość wymiany między państwami członkowskimi oraz ogólne uwarunkowania geograficzne⁵⁷⁹. Można dostrzec ogólną tendencję do przekazywania organom krajowym spraw dotyczących koncentracji na relatywnie niewielkich geograficznie obszarach. Przykładem takiej sprawy jest koncentracja *Carrefour/Ahold Polska*, gdzie Prezes UOKiK z powodzeniem przejął od Komisji sprawę koncentracji na rynkach sprzedaży detalicznej artykułów codziennego użytku (AKCU), które to rynki swoim zasięgiem obejmowały obszar, gdzie można było dotrzeć do danego sklepu w ciągu 20-30 minut⁵⁸⁰. Tak wąskie ujęcie rynku nie wydaje się dopuszczalne w sektorze energii elektrycznej, co oznacza, że koncentracja przedsiębiorstw energetycznych nigdy nie będzie miała miejsca na rynku nie stanowiącym znacznej części rynku wewnętrznego. Na takim stanowisku stanęła Komisja, odmawiając odesłania sprawy *EDF/London Electricity* i stwierdzając, że obrót energią dokonywany przez przejmowaną spółkę stanowi 2 proc. wspólnotowej (1999 r.) konsumpcji energii elektrycznej, która stanowi dobro służące zaspokojeniu podstawowych potrzeb ludności. Poza tym metropolia londyńska, w obrębie której dostarczana była energia elektryczna, jest obszarem o dużym znaczeniu w ramach Wspólnoty i dużym „konsumentem” energii⁵⁸¹. Czynniki te w ocenie Komisji przesądziły o tym, że koncentracja jest dokonywana na znaczącej części wspólnego rynku, a w rezultacie sprawa została rozpoznana na szczeblu unijnym. Podobnymi wytycznymi kierował się unijny organ antymonopolowy, odmawiając

⁵⁷⁴ Ibidem, par. 26-28.

⁵⁷⁵ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji w Unii Europejskiej* [w:] E. Piontek (red.), *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Kraków 2005, s. 192.

⁵⁷⁶ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/London Electricity*, par. 30.

⁵⁷⁷ Ibidem, par. 33-38.

⁵⁷⁸ Por. np. decyzja w sprawie *EDF/London Electricity*, par. 46.

⁵⁷⁹ Decyzja Komisji w sprawie *Blackstone (TBG CareCo)/NHP*, COMP IV/M.3669 z dnia 1 lutego 2005 r., Dz.Urz. WE C 312 z dnia 17 grudnia 2004 r., s. 4, par. 35.

⁵⁸⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Carrefour/Ahold Polska*, COMP IV/M.4522 z dnia 10 kwietnia 2007 r., Dz.Urz. WE C 39 z dnia 23 lutego 2007 r., s. 29, par. 37.

⁵⁸¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/London Electricity*, par. 47.

przekazania hiszpańskim organom ochrony konkurencji sprawy koncentracji *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*.⁵⁸² Zatem wnioskowanie przez krajowy organ ochrony konkurencji o przekazanie sprawy koncentracji w sektorze sieciowym pod jego rozstrzygnięcie na podstawie art. 9 ust. 3 akapit 3 rozporządzenia 139/2004 jest z góry skazane na niepowodzenie.

Oczywiście korzystniejsze dla państwa członkowskiego, zamierzającego przejąć sprawę danej koncentracji jest wykazanie zaistnienia warunku określonego w art. 9 ust. 2 lit. b, ponieważ w takiej sytuacji Komisja ma obowiązek odesłać taką sprawę pod rozstrzygnięcie krajowego organu antymonopolowego. Jednak w przypadku sytuacji niejasnych (np. dotyczących zakresu „znaczej części wspólnego rynku”), Komisja przekazuje sprawy, jeśli zostaną spełnione inne przesłanki odesłania⁵⁸³. W literaturze dąży się do usystematyzowania wynikających z praktyki decyzyjnej Komisji warunków mogących stanowić podstawę do odesłania sprawy danej koncentracji do państwa członkowskiego. Jeden z nich stanowi przypadek, gdy krajowy organ ochrony konkurencji rozstrzygał sprawy dotyczące koncentracji konkurentów w tym samym sektorze⁵⁸⁴, jak to miało miejsce w kontekście przejęć regionalnych DSO przez *Electrabel (ECS)* na rynku belgijskim. Odesłać należy również sprawy koncentracji między tymi samymi konkurentami, rozstrzygane wcześniej przez organ krajowy⁵⁸⁵. Podnosi się również, że Komisja powinna przekazać państwu członkowskiemu rozstrzygnięcie sprawy koncentracji na rynkach krajowych, gdzie konkurentami są przede wszystkim przedsiębiorstwa krajowe – do tej kategorii zalicza się sektory strategiczne, w tym dystrybucję energii elektrycznej⁵⁸⁶. Wydaje się jednak, że decyzje odmawiające odesłania w sprawach *EDF/London Electricity* i *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, mimo dostrzeżenia przez Komisję marginalnego znaczenia dla konkurencji zagranicznej, świadczą o odmiennej praktyce unijnego organu antymonopolowego. Z drugiej jednak strony, przejęcie takich spraw przez Komisję minimalizuje ryzyko umacniania przez państwa członkowskie „narodowych liderów” energetycznych⁵⁸⁷.

Jak już zostało wskazane powyżej, złożenie przez państwo członkowskie wniosku o przekazanie sprawy, powoduje wszczęcie odrębnej procedury przed Komisją. Unijny organ ochrony konkurencji ma obowiązek podjęcia decyzji w sprawie odesłania w ciągu:

- a) 35 dni roboczych od dnia zgłoszenia koncentracji, jeżeli Komisja nie wszczęła postępowania ze względu na to, że koncentracja o wymiarze wspólnotowym (unijnym) nie wzbudza poważnych wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym (wewnętrznym) rynkiem,
- b) 65 dni roboczych od dnia zgłoszenia koncentracji, jeżeli Komisja wszczęła postępowanie (bez podejmowania działań przygotowawczych) w sprawie koncentracji o wymiarze wspólnotowym (unijnym), która wzbudza poważne wątpliwości co do jej zgodności ze wspólnym (wewnętrznym) rynkiem (art. 9 ust. 4).

Bierność Komisji (niepodjęcie decyzji w sprawie ani działań przygotowawczych) w ciągu 65 dni roboczych od dnia zgłoszenia, skutkuje uznaniem, że została podjęta decyzja o przekazaniu sprawy do wnioskującego państwa członkowskiego. Krajowy organ ochrony konkurencji ma obowiązek dokonać monitu sprawy, tj. wezwać Komisję do podjęcia decyzji wymaganej przepisami. Rozporządzenie 139/2004 co prawda nie wskazuje sposobu, w jaki ma zostać przeprowadzony monit, jednak przyjmuje się, że zasada lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 TFUE) wymaga wyznaczenia odpowiedniego terminu do wydania decyzji dla Komisji⁵⁸⁸.

Przekazanie sprawy na mocy „klauszuli niemieckiej” do rozstrzygnięcia przez krajowy organ antymonopolowy powoduje wszczęcie procedury według przepisów prawa danego państwa członkowskiego. Nakłada to na zainteresowane przedsiębiorstwa uciążliwy obowiązek ponownego

⁵⁸² Decyzja Komisji w sprawie *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, par. 4-5.

⁵⁸³ Por. np. decyzja Komisji w sprawie *Rewe/Plus Discount*, COMP IV/M.5112 z dnia 3 lipca 2008 r., Dz.Urz. WE C 126 z dnia 5 czerwca 2008 r.

⁵⁸⁴ S. Hirsbrunner, *Referral of Mergers in EC Merger Control* [w:] ECLR, Vol. 20, Nr 7, listopad 1999 r., s. 377.

⁵⁸⁵ Ibidem.

⁵⁸⁶ D. Domínguez Pérez, R. Burnley, *The Article 9 Referral Back Procedure: A Solution to the Jurisdictional Dilemma of the European Merger Regulation?* [w:] ECLR, Vol. 24, s. 368; T. Skoczny, *Jurysdykcyjne dylematy...*, op. cit., s. 363-364.

⁵⁸⁷ P. Cameron, *Competition in Energy Markets*, Oxford University Press, 2007, s. 384.

⁵⁸⁸ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 108.

dokonywania zgłoszenia przed organem krajowym⁵⁸⁹. Niezależnie od przepisów krajowych ustaw antymonopolowych, krajowy organ ochrony konkurencji ma obowiązek podjąć decyzję w sprawie „bez nieuzasadnionej zwłoki” (art. 9 ust. 6 rozporządzenia 139/2004). W ciągu 45 dni roboczych od dnia odesłania sprawy (lub przedłożenia kompletnego zgłoszenia przez przedsiębiorców) organ krajowy ma obowiązek zawiadomić zainteresowane przedsiębiorstwa o wynikach wstępnej oceny koncentracji (istnieje możliwość zawieszenia tego terminu w przypadku opóźnionego przekazania przez przedsiębiorstwa stosownych informacji). Nieprecyzyjne określenie terminu za pomocą sformułowania „bez nieuzasadnionej zwłoki” jest zresztą krytykowane w literaturze⁵⁹⁰. Na podstawie brzmienia przepisu rozporządzenia można dojść do wniosku, że termin ten może być dłuższy niż wspomniane wyżej 45 dni roboczych. W takiej sytuacji ustawowy 2-miesięczny termin (z możliwością przedłużenia o 14 dni) na rozstrzygnięcie przez Prezesa UOKiK w sprawie kontroli koncentracji (art. 96 ust. 1 i 2 u.o.k.k.) nie wydaje się mniej korzystny od terminu ogólnie określonego w rozporządzeniu 139/2004. Niemniej ze względu na prawo dostępu do akt postępowania przed Komisją nie wydaje się uzasadnione wszczynanie przez Prezesa UOKiK postępowania wyjaśniającego (art. 48 u.o.k.k.) w razie odesłania sprawy z Komisji.

Dodatkowym ograniczeniem kompetencji organu krajowego jest przepis art. 9 ust. 8 rozporządzenia 139/2004, zgodnie z którym państwo, do którego zostanie odesłana sprawa danej koncentracji, może podjąć jedynie środki absolutnie niezbędne dla zapewnienia lub przywrócenia skutecznej konkurencji na danym rynku. Oznacza to nałożenie na władze krajowe trzech istotnych ograniczeń:

- i) środki zastosowane wobec uczestników „przekazanej” koncentracji powinny być jak najmniej dotkliwe dla zainteresowanych przedsiębiorstw (pierwszeństwo środków behawioralnych, zakaz koncentracji jako środek ostateczny)⁵⁹¹;
- ii) działania władz krajowych mogą mieć jedynie charakter prokonkurencyjny - władze państwowe powinny kierować się wyłącznie dobrem i ochroną konkurencji, a nie np. protekcyjizmem, często występującym w odniesieniu do sektora energetycznego (formy ochrony interesów państw członkowskich przewiduje art. 22 ust. 1 rozporządzenia 139/2004)⁵⁹²;
- iii) podjęte przez państwo członkowskie działania mogą ograniczać się jedynie do „danego rynku”, tj. nie mogą one wykraczać poza zakres przedmiotowy przekazanej sprawy, czyli na inne rynki właściwe⁵⁹³ - w kontekście rynków właściwych energii elektrycznej ograniczenie to wydaje się nieuzasadnione ze względu na ich pionową integrację i większą niż w innych sektorach zależność rynków sąsiadujących.

System odesłań spraw z Komisji do państw członkowskich z zakresu prewencyjnej kontroli nad koncentracjami należy stosować ze szczególną ostrożnością w postępowaniach toczonych z udziałem przedsiębiorstw energetycznych. Pojawia się tu bowiem wynikające z zasady „dwóch trzecich” ryzyko tworzenia „narodowych liderów” przez duże państwa, jeżeli sprawa zostanie odesłana do krajowych organów antymonopolowych. Środkiem umożliwiającym mniejszym państwom członkowskim obronę przed „ekspansją” operatorów zasiedziały zagranicznych jest prawo odwołania się od decyzji Komisji przekazującej sprawę w oparciu o „klausulę niemiecką” (art. 263 TFUE i art. 9 ust. 9 rozporządzenia 139/2004 w zw. z art. 279 TFUE). Rozporządzenie 139/2004 nie wyposaża „poszkodowanych” państw w żadne dodatkowe instrumenty ułatwiające podejmowanie kroków przeciwdziałających takim praktykom⁵⁹⁴.

⁵⁸⁹ Ibidem, s. 109.

⁵⁹⁰ A.L. Schild [w:] G. Hirsch, F. Montag, F.J. Sacker (red.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, Londyn 2008, s. 2329.

⁵⁹¹ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 110-111.

⁵⁹² Ibidem.

⁵⁹³ Ibidem.

⁵⁹⁴ Ibidem, s. 113.

5.2.3.3. Odesłanie sprawy z państwa członkowskiego do Komisji Europejskiej na etapie przednotyfikacyjnym (art. 4 ust. 5 rozporządzenia 139/2004)

Podobnie jak instytucja odesłania do krajowego organu antymonopolowego z art. 4 ust. 4 rozporządzenia 139/2004, odesłanie sprawy do Komisji przez organy krajowe na etapie przednotyfikacyjnym jest nową instytucją, nieznaną wcześniej rozporządzeniu 4064/89⁵⁹⁵. Przepis ten daje uprawnienie zainteresowanym przedsiębiorstwom do złożenia uzasadnionego wniosku RS. Jest to ten sam wniosek, który jest wymagany przez art. 4 ust. 4 rozporządzenia 139/2004, a jego treść została szczegółowo określona w załączniku III do rozporządzenia 802/2004⁵⁹⁶. Wnioskodawcy w pkt 6.3.1 wzoru formularza mają obowiązek wskazać wszystkie państwa, w których koncentracja podlega badaniu przez krajowe organy antymonopolowe (zakaz *forum shopping*)⁵⁹⁷. Podobnie jak w przypadku odesłania do państwa członkowskiego, wniosku tego nie mogą złożyć właściwe władze krajowe. Nie ma takiej kompetencji również sama Komisja⁵⁹⁸. Uprawnienie do złożenia wniosku o odesłanie sprawy do Komisji wygasa, jeśli koncentracja zostanie zgłoszona chociażby w jednym państwie członkowskim (pkt 69 obwieszczenia w sprawie odsyłania spraw).

Koncentracja, może zostać przekazana do Komisji na podstawie art. 4 ust. 5, jeśli spełnia trzy materialnoprawne przesłanki:

- i) stanowi koncentrację w rozumieniu art. 3 rozporządzenia, tj. spełnia jakościowe kryteria koncentracji wymagane prawem unijnym (przykładowo, nie każde joint venture będzie koncentracją w myśl przepisów rozporządzenia 139/2004, ale będzie nim w rozumieniu polskiego prawa antymonopolowego)⁵⁹⁹;
- ii) nie ma wymiaru wspólnotowego (unijnego), tj. nie przekracza progów obrotu ustanowionych w art. 1 rozporządzenia⁶⁰⁰;
- iii) może być ona poddana zgłoszeniu zgodnie z krajowym prawem dotyczącym konkurencji co najmniej przez trzy państwa członkowskie („system 3+”).

Ostatni warunek stanowi kluczową przesłankę dla odesłania sprawy do Komisji na etapie przednotyfikacyjnym. Dla zrealizowania tej przesłanki nie jest konieczne istnienie obowiązku zgłoszenia w prawie krajowym⁶⁰¹ (wbrew literalnemu brzmieniu polskiej wersji rozporządzenia - ang. *a concentration... is capable of being reviewed under national competition laws...*). Wystarczy, aby organ antymonopolowy był właściwy do rozpoznania danej koncentracji, spełniającej ogólnie określone kryteria jakościowe i ilościowe (np. art. 13 u.o.k.k.). W obwieszczeniu w sprawie odsyłania spraw Komisja wskazuje, że na szczeblu unijnym mogą zostać rozpoznane koncentracje na rynkach geograficznych szerszych niż krajowy lub takie, które mogą wywołać skutki gospodarcze poza obszarem danego państwa członkowskiego⁶⁰². Jest to stosunkowo rzadka sytuacja w odniesieniu do rynków właściwych w sektorze energii elektrycznej, które mają zwykle wymiar krajowy lub regionalny.

W przypadku prawidłowego złożenia przez uczestników koncentracji uzasadnionego wniosku RS jest on niezwłocznie przekazywany przez Komisję do wszystkich państw członkowskich. Państwa uprawnione do badania koncentracji na podstawie krajowych przepisów mogą zgłosić swój sprzeciw w terminie 15 dni roboczych od momentu otrzymania wniosku. Zgłoszenie sprzeciwu w terminie uniemożliwia odesłanie sprawy do Komisji. Brak sprzeciwu lub sprzeciw wniesiony po terminie jest równoznaczny z przejęciem sprawy przez Komisję. O obu sytuacjach należy poinformować zainteresowane przedsiębiorstwa oraz wszystkie państwa członkowskie. Skuteczne przejęcie sprawy przez Komisję wyklucza możliwość stosowania krajowego prawa antymonopolowego wobec koncentracji, a sama operacja powinna zostać następnie zgłoszona Komisji, zgodnie z ogólnymi

⁵⁹⁵ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji...*, op. cit., s. 231.

⁵⁹⁶ Zob. pkt 2.4.2 niniejszego rozdziału.

⁵⁹⁷ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 114.

⁵⁹⁸ Ibidem.

⁵⁹⁹ Zob. rozdział II.

⁶⁰⁰ Zob. pkt 2.1-2.2 niniejszego rozdziału.

⁶⁰¹ Ibidem, s. 115.

⁶⁰² Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw..., op. cit., pkt 28.

zasadami postępowania w przypadku koncentracji o wymiarze wspólnotowym (unijnym). Nie jest wykluczone ponowne przejęcie sprawy przez państwo członkowskie w razie utajnienia istotnych informacji przez przedsiębiorstwa przy składaniu wniosku RS⁶⁰³.

Możliwość odesłania z państw członkowskich do Komisji sprawy koncentracji w sektorze energii elektrycznej wydaje się czysto teoretyczna. Zamknięcie większości rynków właściwych w granicach państw ogranicza możliwość wyniesienia koncentracji o wymiarze krajowym na szczebel unijny. Trudno sobie wyobrazić także sytuację rezygnacji państwa członkowskiego z prawa wniesienia sprzeciwu wobec odebrania przez Komisję sprawy koncentracji w strategicznym sektorze. Uważa się jednak, że przekazanie sprawy pod jurysdykcję unijnego organu ułatwia uzyskanie zgody na koncentrację - Komisja bowiem ma rozpatrywać sprawę z szerszej perspektywy niż krajowe organy antymonopolowe, a koncentracja zgodna ze wspólnym (wewnętrznym) rynkiem nie zawsze musi być zgodna z rynkiem krajowym⁶⁰⁴. Niemniej jednak wydaje się, że państwa zainteresowane dokonaniem koncentracji nie byłyby skłonne podjąć ryzyka utraty jurysdykcji nad koncentracją przedsiębiorstw energetycznych, skoro krajowe organy ochrony konkurencji same mogą wydać zgodę na taką koncentrację.

5.2.3.4. Odesłanie sprawy z państwa członkowskiego do Komisji Europejskiej na etapie postnotyfikacyjnym (art. 22 rozporządzenia 139/2004 - „klauzula holenderska”)

Art. 22 rozporządzenia 139/2004, wzorem poprzedniego rozporządzenia 4064/89, umożliwia odesłanie sprawy danej koncentracji przez państwo członkowskie do Komisji. Instytucja ta potocznie nazywana jest „klauzulą holenderską” - w czasie przyjmowania rozporządzenia 4064/89 Królestwo Niderlandów nie posiadało własnego systemu kontroli koncentracji, stąd przedstawiciele tego państwa lobbowali za stworzeniem możliwości przejęcia przez Komisję spraw, których z powodu luki prawnej nie można było rozstrzygnąć na szczeblu krajowym⁶⁰⁵. Mimo przyjęcia krajowych ustawodawstw dotyczących prewencyjnej kontroli koncentracji oraz wejścia w życie nowego rozporządzenia, „klauzula holenderska” przetrwała do chwili obecnej.

Z wnioskiem do Komisji może wystąpić jedno lub więcej państw członkowskich (ze względu na powszechność systemu kontroli koncentracji w UE będzie to dotyczyło zazwyczaj operacji mających charakter transgraniczny). Państwo może złożyć wniosek z własnej inicjatywy lub zostać poinformowane przez Komisję o zaistnieniu materialnoprawnych przesłanek odesłania (art. 22 ust. 5 rozporządzenia). W drugim przypadku tylko i wyłącznie od woli państwa zależy uruchomienie procedury przekazania sprawy do Komisji. W literaturze wskazuje się, wniosek powinien być składany przez państwa, w których koncentracja podlega badaniu przez krajowe organy ochrony konkurencji, np. ze względu na przekroczenie określonych progów obrotu (por. art. 13 ust. 1 u.o.k.k.). Komisja, kierując się historyczną wykładnią art. 22 rozporządzenia, dopuszcza możliwość przejęcia koncentracji niepodlegających kontroli krajowych organów antymonopolowych⁶⁰⁶. Praktyka ta jest jednak zasadnie krytykowana⁶⁰⁷. „Klauzula holenderska” w obecnych uwarunkowaniach jest formą „scedowania” przez państwo własnych kompetencji na Komisję, która zastępuje je przy rozstrzyganiu spraw. Przekazanie natomiast sprawy, nad którą organ krajowy nie ma jurysdykcji, stanowi naruszenie zasady *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*, będącej jedną z podstawowych zasad współczesnych systemów prawnych. Koncentracja może zostać przekazana Komisji na podstawie „klauzuli holenderskiej”, jeśli spełnia cztery materialnoprawne przesłanki określone w art. 22 ust. 1 rozporządzenia 139/2004:

- i) jest koncentracją w rozumieniu art. 3 rozporządzenia (spełnia jakościowe kryteria koncentracji),
- ii) nie ma wymiaru wspólnotowego (unijnego) - nie przekracza progów obrotu z art. 1,

⁶⁰³ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji...*, op. cit., s. 239-240.

⁶⁰⁴ M. Szydło, *Podział kompetencji pomiędzy Komisją Europejską a krajowymi organami ochrony konkurencji w sprawach dotyczących kontroli koncentracji*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 8, s. 7-8.

⁶⁰⁵ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 118.

⁶⁰⁶ Decyzja Komisji w sprawie *Omya/JM Huber*, COMP IV/M.3796 z dnia 18 maja 2008 r.

⁶⁰⁷ C. Bright, M. Persson, *Article 22 of the Merger Regulation: An Opportunity Not to Be Missed*, ECLR, Vol. 24, s. 492.

- iii) ma wpływ na handel pomiędzy państwami członkowskimi,
- iv) zagraża w sposób znaczący konkurencji na terytorium państwa członkowskiego lub państw składających wniosek.

Przesłanki (i) i (ii) są tożsame z materialnoprawnymi wymogami koncentracji odsyłanej na etapie przednotyfikacyjnym do Komisji (art. 4 ust. 5). Brzmienie przesłanki (iv) jest tożsame z art. 9 ust. 2 lit. b, umożliwiającym odesłanie sprawy do organu krajowego w razie zagrożenia znaczącym zakłóceniem konkurencji na rynku. Nowym wymogiem jest natomiast przesłanka (iii) - dotycząca wpływu koncentracji na handel między państwami członkowskimi. Jednoznacznie sformułowanie znajduje się w art. 101 i 102 TFUE, stanowiąc kryterium oceny porozumień i nadużywania pozycji dominującej. Z tego też względu nie ma przeszkód, aby czerpać z praktyki decyzyjnej Komisji oraz orzecznictwa Trybunału dotyczącego spraw rozstrzygniętych w oparciu o przywołane przepisy Traktatu⁶⁰⁸. Dodatkowo wskazuje się, że Komisja powinna przejąć sprawy koncentracji wywołujących poważne obawy o konkurencję na rynkach szerszych od krajowego, a także węższych niż krajowe, jeżeli rozproszone są w kilku państwach członkowskich⁶⁰⁹.

Komisja nie stwierdziła wystąpienia powyższych przesłanek w sprawie *Gas Natural/Endesa*⁶¹⁰ (por. wyżej) - jedynej dotychczas próby zastosowania „klauzuli holenderskiej” w odniesieniu do koncentracji w sektorze energii elektrycznej. Unijny organ antymonopolowy nie przychylił się do wniosku o przejęcie sprawy złożonego przez właściwe władze włoskie i portugalskie. Komisja stwierdziła, że rynki, na których dokonywana jest koncentracja, mają wymiar krajowy i nie wykraczają poza granice terytorialne poszczególnych państw⁶¹¹. Ponadto skutki koncentracji (kryterium z pkt 45 obwieszczenia w sprawie odsyłania spraw) wystąpiłyby tylko na terytorium Hiszpanii⁶¹², która nie przyłączyła się do wniosku o odesłanie (natomiast wpływ koncentracji na rynek włoski był w ocenie Komisji znikomy)⁶¹³. Pokrzywdzenie bezpośrednio zainteresowanego państwa członkowskiego byłoby tym większe, że koncentracja miała zostać dokonana na rynkach wywierających istotny wpływ na gospodarkę (wł. *mercati che la concentrazione scritta la sua principale incidenza economica*)⁶¹⁴. Komisja zatem słusznie nie dopuściła do zastosowania „klauzuli holenderskiej” jako instrumentu realizacji politycznych interesów państw członkowskich, zamierzających wpłynąć na stosunki własnościowe w sektorze energetycznym innego państwa członkowskiego.

Złożenie wniosku powinno zostać poprzedzone przeprowadzeniem zainicjowanych przez organ państwa rozważającego złożenie wniosku nieformalnych konsultacji między krajowymi organami antymonopolowymi - umożliwia to zebranie grupy państw popierających wniosek i wypracowanie wspólnego stanowiska oraz wyznaczenie jednego przedstawiciela popierającego wniosek przed Komisją⁶¹⁵. Wniosek należy zgłosić w przeciągu 15 dni roboczych od chwili zgłoszenia koncentracji przed organami antymonopolowymi danego państwa członkowskiego lub powiadomienia tego państwa w inny sposób o koncentracji, jeżeli nie jest wymagane jej zgłoszenie (np. złożenie wniosku do sądu rejestrowego w celu zatwierdzenia uchwały spółek o dokonaniu połączenia lub przejęcia)⁶¹⁶. O złożeniu wniosku Komisja informuje wszystkie państwa członkowskie - od momentu powzięcia tej informacji każde państwo członkowskie może w ciągu 15 dni roboczych przyłączyć się do wniosku. Złożenie wniosku przez państwo członkowskie powoduje zawieszenie krajowych terminów postępowania w sprawach kontroli koncentracji. Zawieszenie to zostaje odwołane, jeżeli państwo członkowskie oświadczy, że nie zamierza przyłączyć się do wniosku. Następnie Komisja w ciągu 10

⁶⁰⁸ Por. także Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, Dz.Urz. WE C 101 z dnia 27 kwietnia 2004, s. 7.

⁶⁰⁹ Obwieszczenie Komisji w sprawie odsyłania spraw..., op. cit., pkt 45.

⁶¹⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Gas Natural/Endesa* z dnia 27 października 2005 r.

⁶¹¹ Ibidem, par. 17.

⁶¹² Ibidem.

⁶¹³ Ibidem, par. 10.

⁶¹⁴ Ibidem, par. 16.

⁶¹⁵ European Competition Authorities (ECA) Principles on the application, by National Competition Authorities within the ECA, of Articles 4 (5) and 22 of the EC Merger Regulation, pkt 22-24. Akt ten (dalej: Zasady) stanowi tzw. *soft-law* i został wypracowany przez europejskie organy antymonopolowe w celu skoordynowania współpracy tych organów w sprawach dotyczących odesłań spraw do Komisji.

⁶¹⁶ Przedstawiona przykładowa sytuacja znajduje zastosowanie przy założeniu, że organ krajowy ma prawo przekazać do Komisji sprawę koncentracji niepodlegającą zgłoszeniu w myśl prawa krajowego.

dni może podjąć decyzję o przejęciu danej sprawy, jeśli stwierdzi wystąpienie materialnoprawnych przesłanek kwalifikujących koncentrację do odesłania przez krajowe organy. Brak podjęcia decyzji w terminie jest równoznaczny z przejęciem sprawy przez Komisję zgodnie z wnioskiem państw(a). Jak wynika z brzmienia przepisu art. 22 ust. 3, przejęcie sprawy jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem Komisji. Uznanie organu antymonopolowego nie jest nieograniczona – powinna się ona kierować m.in. wytycznymi zawartymi w obwieszczeniu w sprawie odsyłania spraw, a przede wszystkim ogólnymi zasadami prawa UE.

Warto dodać, że „klauszula holenderska” stanowi na gruncie unijnej kontroli koncentracji przedsiębiorstw wyjątek od zasady *one-stop-shop* – jeżeli tylko część państw, w których koncentracja podlega zgłoszeniu, wyrazi w formie wniosku wolę przejęcia sprawy przez Komisję, to Komisja ma kompetencję do działania jedynie w zakresie wskazanym we wniosku, tj. „w imieniu” tych państw. Jurysdykcje, które takiej woli nie wyraziły, mogą równolegle z Komisją prowadzić postępowanie antymonopolowe zgodnie z krajowymi przepisami. Niemniej Komisja, przejąwszy sprawę, dla oceny dopuszczalności koncentracji stosuje prawo unijne, a nie krajowe⁶¹⁷. Nie zwalnia to oczywiście żadnego z organów z obowiązku lojalnej współpracy w ramach UE (art. 4 ust. 3 TFUE)⁶¹⁸. Przejęcie sprawy przez Komisję na wniosek władz polskich w trybie art. 22 ust. 1 rozporządzenia 139/2004 stanowi przesłankę umorzenia postępowania antymonopolowego (art. 75 ust. 1 pkt 3 u.o.k.k.).

5.3. Wnioski

Podsumowując powyższe rozważania dotyczące jurysdykcji organów antymonopolowych w sprawach dotyczących kontroli koncentracji, należy zauważyć, że problemem, z którym nieustannie muszą się zmagać organy ochrony konkurencji (zarówno Komisja, jak i krajowe organy państw członkowskich UE oraz państw trzecich), jest ekstraterytorialne stosowanie tego prawa. Praktyka stosowania krajowych (i ponadnarodowych) porządków prawnych wskazuje, że zbieg jurysdykcji antymonopolowej różnych państw może skutkować konfliktami kompetencyjnymi, a nawet rozbieżnościami w rozstrzyganiu tych samych spraw (np. zgoda na koncentrację w jednym państwie i zakaz koncentracji w innym). Pożądane byłoby w tym zakresie wykształcenie systemu umów międzynarodowych, zawierającego (wzorem prawa prywatnego międzynarodowego) „normy kolizyjne”, wskazujące, które ustawodawstwo antymonopolowe jest właściwe przy rozstrzyganiu o losach danej koncentracji. W sektorze energetycznym uzasadniona byłaby rewizja art. 6 Traktatu Karty Energetycznej, polegająca na ubogaceniu ogólnie sformułowanego przepisu dotyczącego polityki konkurencji (o charakterze *opt-out*) o tego rodzaju „normę kolizyjną”. Realizacja takiego postulatu stanowi w chwili obecnej utopijną wizję ze względu na (uzasadniony) opór państw przeciwko oddawaniu obcym jurysdykcjom kompetencji decydowania o sprawach mogących wyrzucić nieodwracalne skutki dla krajowej gospodarki. W przypadku sektora energii elektrycznej skutek ten może rozciągać się także na zagospodarcze aspekty, np. polityczne. Stąd obecny model kooperacji międzynarodowej w formie współpracy międzyinstytucjonalnej, wzmocniony wieloma umowami dwustronnymi oraz „kodeksami dobrych praktyk”, pozostaje jedynym współcześnie możliwym rozwiązaniem.

Problem konfliktów jurysdykcyjnych został w ograniczonym zakresie rozwiązany na poziomie Unii Europejskiej poprzez ustanowienie jakościowych i ilościowych przesłanek decydujących o unijnym lub krajowym wymiarze danej koncentracji. Okazuje się jednak, że takie ukształtowanie kwotowych progów obrotu (jako kryterium decydującego o jurysdykcji) może wywołać wiele niejasności przy koncentracjach przedsiębiorstw energetycznych. Po pierwsze, w celu obliczenia obrotu przedsiębiorstw konieczne jest posłużenie się właściwymi standardami rachunkowości, tj. krajowym prawem bilansowym (sprawa *Endesa przeciwko Komisji*). Sposoby te mogą różnić się pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi, co może prowadzić do nierównego traktowania przedsiębiorstw w ramach rynku wewnętrznego (w jednym państwie obrót przedsiębiorstwa będzie przekraczał progi z rozporządzenia 139/2004, a w innym państwie w podobnej sytuacji nie będzie ich przekraczał). Po drugie, powiązanie kryterium obrotu z dwoma ostatnimi latami

⁶¹⁷ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 126-127.

⁶¹⁸ Ibidem, s. 128.

obrotowymi może prowadzić do nadużyć przez przedsiębiorstwa energetyczne. Mianowicie, w razie zawierania kontraktów długoterminowych na dostawy dużej ilości energii z płatnością z góry za okres dłuższy niż rok obrotowy przedsiębiorstwa energetyczne dostarczające ogromne ilości energii mogą osiągać niższe progi obrotu w stosunku do rzeczywistej skali działalności. W wyjątkowych przypadkach może to prowadzić do braku unijnego (krajowego) wymiaru danej koncentracji. Wreszcie, szeroka definicja przedsiębiorcy na potrzeby unijnego prawa konkurencji nakazuje zagregowanie obrotu grup kapitałowych, co oznacza konieczność uwzględnienia całości obrotu przedsiębiorstwa energetycznego mimo obowiązku rozdzielenia księgowego (unbundlingu), wynikającego z regulacji sektorowej.

Stanowiąca negatywną przesłankę jurysdykcji Komisji reguła „dwóch trzecich” może godzić w interesy mniejszych państw w EOG, w szczególności na tle koncentracji w sektorze energii elektrycznej. W rzeczywistości może to prowadzić do kreowania przez jurysdykcje dużych państw „narodowych liderów”, prowadzących ekspansywną politykę gospodarczą. Słabością unijnego systemu kontroli koncentracji jest brak możliwości przejęcia takiej sprawy przez Komisję na wniosek poszkodowanych państw. Art. 22 rozporządzenia 139/2004 pozwala jedynie organom antymonopolowym na przekazanie Komisji swoich kompetencji. Organy krajowe, które nie zechcą przekazać swojej jurysdykcji na szczebel unijny, pozostają właściwe w tym zakresie. Jest to zjawisko szczególnie niebezpieczne ze względu na brak gwarancji niezależności krajowych organów antymonopolowych wobec administracji rządowej (por. spór między Prezesem Rady Ministrów a Prezesem UOKiK na tle koncentracji *PGE/Energa*). Pożądane byłoby zatem stworzenie systemu gwarancji niezależności krajowych organów antymonopolowych w tym zakresie.

Wreszcie, rozwiązaniem korzystnym na tle „strategicznych” koncentracji jest rozbudowany system odesłań spraw między Komisją a państwami członkowskimi. Wrażliwość sektora energii elektrycznej skutkuje tendencją przekazywania spraw z Komisji do krajowych organów antymonopolowych (na etapie przednotyfikacyjnym i postnotyfikacyjnym). Do rzadkości należy sytuacja przekazywania spraw na szczebel unijny - niechętnie są tej praktyce państwa członkowskie, ale także praktyka decyzyjna Komisji wskazuje na ostrożne podejście unijnego organu antymonopolowego do tej kwestii (zob. decyzja w sprawie *Gas Natural/Endesa*). Nie oznacza to, że Komisja zawsze rezygnuje na rzecz państwa członkowskiego z rozstrzygania spraw koncentracji przedsiębiorstw energetycznych (np. decyzja w sprawie *EDF/London Electricity*). W dużej mierze wynika to jednak z wymogu zamknięcia referencyjnego rynku geograficznego w granicach państwa członkowskiego, co jest cechą charakterystyczną rynków energii elektrycznej na obecnym etapie liberalizacji sektora w ramach UE⁶¹⁹. Niemniej rozwój konkurencji na tych rynkach może w przyszłości doprowadzić do częstszego przejmowania spraw przez Komisję.

⁶¹⁹ Zob. rozdział IV.

Rozdział VI Ochrona interesów państw członkowskich w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji

Rozporządzenie 139/2004, oprócz ustanowienia podziału kompetencji między Komisję a krajowe organy regulacyjne, daje państwom członkowskim możliwość zastosowania wobec koncentracji środków służących ochronie uzasadnionych interesów państwa. Pojęcie „uzasadnionych interesów” nie obejmuje interesów branych pod uwagę w rozporządzeniu (przede wszystkim takich jak ochrona konkurencji na rynku wewnętrznym). Art. 21 ust. 4 rozporządzenia stanowi „wyjście awaryjne” na wypadek, gdyby unijne prawo antymonopolowe nie było w stanie zapewnić społeczeństwom państw członkowskich ochrony przed innymi zagrożeniami niż zakłócenie konkurencji. Tego rodzaju rozbieżność interesów często będzie pojawiała się w przypadku koncentracji w strategicznych sektorach gospodarki, przede wszystkim w energetyce, co potwierdza dotychczasowa praktyka postępowań przed Komisją i Trybunałem Sprawiedliwości.

Środki zastosowane przez państwa członkowskie na podstawie tego artykułu muszą być „właściwe”, tj. zmierzać do osiągnięcia zamierzonego celu w postaci ochrony interesów państwa, a także być zgodne z zasadami ogólnymi oraz innymi przepisami prawa unijnego. Jeżeli chodzi o zasady, ograniczenie to dotyczy zarówno zasad zawartych w traktatach, jak i wyinterpretowanych przez Trybunał⁶²⁰. Natomiast przez prawo unijne należy rozumieć zarówno przepisy prawa pierwotnego, jak i wtórnego (zwłaszcza regulacji sektora energetycznego)⁶²¹. Oznacza to, że środki zastosowane przez państwo na podstawie art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 nie mogą pozostawać w sprzeczności z aktami III pakietu liberalizacyjnego, m.in. dyrektywą 2009/72/WE. Zatem nawet w przypadku wystąpienia uzasadnionego interesu w przypadku koncentracji przedsiębiorstw energetycznych, państwa nie mogą kształtować modelu sektora energii elektrycznej w sposób sprzeczny z prawem unijnym.

W przypadku skutecznego powołania się państwa na klauzulę ochrony uzasadnionych interesów państwo może zastosować jedynie bardziej restrykcyjne środki od przyjętych przez Komisję⁶²². Oznacza to, że państwo może zakazać koncentracji, na którą Komisja wyraziła zgodę, lub obwarować ją dodatkowymi warunkami, nie może natomiast zezwolić na dokonanie koncentracji zakazanej przez Komisję lub zwolnić przedsiębiorstwa z obowiązku spełnienia warunków zawartych w decyzji warunkowej.

Rozporządzenie kategoryzuje uzasadnione interesy w następujący sposób:

- i) bezpieczeństwo publiczne
- ii) pluralizm środków przekazu
- iii) zasady ostrożnościowe
- iv) inne rodzaje interesu publicznego.

Kategorie (i)-(iii) są uznawane za uzasadniony interes z mocy prawa i nie wymaga on zgłoszenia Komisji. Do koncentracji w sektorze energii elektrycznej będzie miał zastosowanie tylko pierwszy z wymienionych przypadków. Każdy inny interes będzie wymagał zgłoszenia i przeprowadzenia w tej sprawie postępowania przed unijnym organem antymonopolowym, zakończonego wydaniem odpowiedniej decyzji. Państwa członkowskie muszą jednak mieć na uwadze, że klauzula uzasadnionego interesu publicznego jest wąsko interpretowana przez Komisję i Trybunał Sprawiedliwości. Oznacza to, że jest to wyjątek od ogólnej zasady nieingerencji państw członkowskich w kompetencje Komisji.

⁶²⁰ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 129.

⁶²¹ Ibidem.

⁶²² A.L. Schild [w:] G. Hirsch, F. Montag, F.J. Säcker (red.), *Competition Law...*, op. cit., s. 2434.

6.1. Bezpieczeństwo publiczne

Prawo unijne dopuszcza wyłączenie zastosowania przepisów dotyczących swobód traktatowych oraz ochrony konkurencji (art. 106 TFUE) w odniesieniu do przedsiębiorstw prowadzących działalność gospodarczą w sektorze energii elektrycznej (chodzi tu przede wszystkim o dystrybucję energii)⁶²³. W orzeczeniu w sprawie *Campus Oil*, w odniesieniu do produktów naftowych Trybunał stwierdził, że produkty te ze względu na swoje wyjątkowe znaczenie jako źródło energii stanowią podstawę funkcjonowania nie tylko gospodarki, ale także usług użyteczności publicznej, służących zapewnieniu podstawowych potrzeb mieszkańców (*survival of inhabitants*)⁶²⁴. Ponadto ewentualne przerwy w dostawach tych produktów mogą skutkować poważnymi konsekwencjami dla istnienia państwa, zatem zapewnienie bezpieczeństwa dostaw wykracza poza uzasadnienie czysto ekonomiczne i stanowi element bezpieczeństwa publicznego⁶²⁵. Biorąc pod uwagę charakter unijnych i krajowych regulacji sektora energetycznego, standard *Campus Oil* można odnieść do innych rodzajów działalności gospodarczej w sektorze energetycznym - nie tylko do produktów naftowych, ale także gazu ziemnego oraz energii elektrycznej. Zapewnienie bezpieczeństwa dostaw energii w Unii stanowi jeden z celów unijnej polityki energetycznej, zgodnie nowym (wprowadzonym traktatem lizbońskim) przepisem art. 194 ust. 1 lit. b TFUE. Możliwość nałożenia na przedsiębiorstwa działające w sektorze elektroenergetycznym obowiązków użyteczności publicznej dotyczących szeroko pojętego bezpieczeństwa przewiduje art. 3 ust. 2 dyrektywy 2009/72/WE (a także dyrektywy elektryczne poprzednich pakietów). Ponadto do tej kwestii odnosi się bezpośrednio dyrektywa 2005/89/WE dotycząca działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych⁶²⁶.

Należy jednak pamiętać, że klauzula bezpieczeństwa publicznego, będąca podstawą wyłączenia zastosowania swobód traktatowych, powinna być interpretowana restrykcyjnie jako wyjątek od zasady ogólnej⁶²⁷. Ponadto środek ten musi być zgodny z zasadami ogólnymi prawa UE, a przede wszystkim z zasadą proporcjonalności, a także nie powinien on wywierać niezgodnych z prawem unijnym skutków poza obszarami, które ma chronić⁶²⁸. Mimo bezpośredniego wskazania bezpieczeństwa publicznego w art. 22 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 jako uzasadnionego interesu państwa członkowskiego środek zastosowany przez państwo na tej podstawie podlega kontroli Komisji⁶²⁹ - art. 21 ust. 4 nie może stanowić tzw. *self-judging clause*.

Weryfikacji środków zastosowanych przez państwo członkowskie dokonała Komisja oraz Sąd Pierwszej Instancji (obecnie: Sąd) w sprawie koncentracji *E.ON/Endesa*.⁶³⁰ Władze hiszpańskie zainteresowane były utworzeniem iberyjskiego giganta energetycznego, który miał powstać po połączeniu spółek *Gas Natural* i *Endesa*. Jak już zostało wspomniane wcześniej, zarząd *Endesy* uznał ofertę nabycia całości akcjonariatu za wrogie przejęcie, a postępowanie przed organami hiszpańskimi oraz Komisją i SPI opóźniły transakcję (mimo przegranej *Endesy* przed Trybunałem). Sytuację wykorzystało niemieckie przedsiębiorstwo energetyczne *E.ON*, które wystąpiło z ofertą przejęcia *Endesy*. O ile zarząd *Endesy* był zainteresowany uczestnictwem w grupie kapitałowej *E.ON*, o tyle hiszpańskie władze chciały dokonać koncentracji zgodnej z pierwszą ofertą (*Gas Natural*). Dlatego też 24 lutego 2006 r. (wkrótce po ogłoszeniu oferty przez *E.ON*) władze hiszpańskie przyjęły dekret królewski 4/2006 zmieniający kompetencje Narodowej Komisji Energetyki (*Comisión*

⁶²³ Wyroki Trybunału w sprawach: C-393/92, par. 48; C-174/04, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, z dnia 2 czerwca 2005 r., E.C.R. [2005], s. I-04933, par. 40; Wyrok Trybunału w sprawie C-503/99, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii*, z dnia 4 czerwca 2002 r., E.C.R. [2002], s. I-04809, par. 46.

⁶²⁴ Wyrok Trybunału w sprawie 72/83, *Campus Oil Limited i inni przeciwko ministrem pour l'Industrie i l'Energie i inni*, z dnia 10 lipca 1984 r., E.C.R. [1984], s. 02727, par. 34.

⁶²⁵ Ibidem, par. 35.

⁶²⁶ Dyrektywa 2005/89/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 stycznia 2006 r. dotycząca działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych (Dz.Urz. WE L 33 z dnia 4 lutego 2006 r., s. 22-27).

⁶²⁷ Wyrok Trybunału w sprawie C-367/89, *Postępowanie karne przeciwko Aimé Richardt i Les Accessoires Scientifiques SNC* z dnia 4 października 1991 r., E.C.R. [1991], s. I-04621, par. 20.

⁶²⁸ Wyrok Trybunału w sprawie C-83/94, *Postępowanie karne przeciwko Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf i Otto Holzer*, z dnia 17 października 1995 r., E.C.R. [1995], s. I-03231, par. 33.

⁶²⁹ Wyrok Trybunału w sprawie C-463/00, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, z dnia 13 maja 2003 r., E.C.R. [2003], s. I-4581, par. 72.

⁶³⁰ Zob. rozdział V.

Nacional de Energía - CNE), krajowego organu regulacyjnego. Dekret nakładał na podmioty zamierzające nabyć co najmniej 10 proc. udziałów lub majątku strategicznych przedsiębiorstw energetycznych (m.in. *Endesa*) wymóg uzyskania uprzedniej zgody CNE (ze względu na ogólnikowość sformułowań dekretu regulator dysponował dużą uznaniowością przy wydawaniu takiej decyzji)⁶³¹. Nowe uregulowania miały objąć swoim zastosowaniem także transakcje „w toku” (m.in. ofertę *E.ON*), transakcje wcześniej w inny sposób zatwierdzone przez CNE (m.in. oferta *Gas Natural*). Następnie 25 kwietnia 2006 r. Komisja wyraziła zgodę na koncentrację *E.ON/Endesa*, uznając zamierzoną operację za zgodną ze wspólnym (wewnętrznym) rynkiem⁶³². Wykonanie operacji było jednak - zgodnie z nowym prawem hiszpańskim - uzależnione od uzyskania zgody CNE. Zgoda taka została wydana 27 lipca 2006 r., jednak wymagała ona od *E.ON* spełnienia 19 warunków znacznie ograniczających opłacalność inwestycji⁶³³. Komisja wydała wówczas dwie decyzje uznające przyjęte przez Hiszpanię środki za sprzeczne z art. 22 ust. 4 rozporządzenia 139/2004⁶³⁴. Komisja uznała następujące zobowiązania nałożone na *E.ON* za niezgodne z zasadami swobody przepływu kapitału i przedsiębiorczości oraz nieuzasadnione w celu ochrony bezpieczeństwa publicznego:

- i) zakaz restrukturyzacji grupy kapitałowej *Endesa*, polegający na:
 - a) pozostawieniu tej samej spółki matki (*Endesa SA*) na czele grupy oraz zakazie zmian strukturalnych w grupie kapitałowej - rozdzielenie prawne (*legal unbundling*) ustanowione przepisami II pakietu energetycznego jest wystarczającym sposobem zapewnienia przejrzystości funkcjonowania przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo, a państwa członkowskie nie mogą nakładać dodatkowych ograniczeń w tym zakresie w sposób ograniczający swobodę przedsiębiorczości⁶³⁵;
 - b) zakazie przenoszenia statutowej siedziby oraz siedziby zarządu *Endesy* poza terytorium Hiszpanii - hiszpańskie prawo regulacji sektorowych ani dyrektywa 2003/54/WE nie ograniczają jurysdykcji terytorialnej oraz rzeczywistych możliwości działania organów regulacyjnych (CNE i CSN - Rada Bezpieczeństwa Atomowego) do terytorium Hiszpanii⁶³⁶;
- ii) zobowiązania finansowe (utrzymanie przez *Endesę* określonego wskaźnika zadłużenia; zakaz wypłaty dywidendy w przypadku nieosiągnięcia przez spółkę przychodu wystarczającego na pokrycie kosztów planowanych inwestycji, bieżącego zadłużenia i kosztów działalności) oraz prowadzenie inwestycji zgodnie z dotychczasowymi planami (*Endesy*, rządu i raportami CNE) - analogiczne zobowiązania nie zostały nałożone na drugiego oferenta (*Gas Natural*), a stabilność finansową grupy kapitałowej i związane z nią bezpieczeństwo dostaw można osiągnąć mniej restrykcyjnymi środkami, przewidzianymi m.in. w dyrektywie 2003/54/WE, np. kontrolą *ex post* wykonywaną przez CNE nad działalnością gospodarczą prowadzoną przy wykorzystaniu sieci przesyłowych i dystrybucyjnych⁶³⁷;
- iii) obowiązek informowania władz o planowanych inwestycjach - warunek nieuzasadniony w świetle dotychczasowego ustawodawstwa hiszpańskiego oraz unijnej zasady swobody przedsiębiorczości⁶³⁸;
- iv) obowiązek utrzymania zdolności wytwórczej elektrowni - obowiązek taki istniał już w hiszpańskim prawie energetycznym, a dodatkowe obwarowanie go uciążliwymi dla przedsiębiorstwa sankcjami stanowi dyskryminacyjne traktowanie⁶³⁹;
- v) zbycie niektórych części mienia *Endesy*:
 - a) infrastruktury związanej z wytwarzaniem energii jądrowej - bezpieczeństwo jądrowe należy do kompetencji dzielonych Unii (a w niektórych aspektach do wyłącznych kompetencji EURATOM), zmiana właściciela nie ograniczy dotychczasowych

⁶³¹ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 26 września 2006 r., par. 11-13.

⁶³² Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4110 z dnia 25 kwietnia 2006 r.

⁶³³ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 26 września 2006 r., par. 18.

⁶³⁴ Decyzje Komisji w sprawach: *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 26 września 2006 r.; *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 20 grudnia 2006 r.

⁶³⁵ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 26 września 2006 r., par. 46.

⁶³⁶ Ibidem, par. 54-58.

⁶³⁷ Ibidem, par. 60-72.

⁶³⁸ Ibidem, par. 73-76.

⁶³⁹ Ibidem, par. 80-81.

kompetencji krajowych oraz unijnych organów regulacyjnych (zwłaszcza, że zagraniczne przedsiębiorstwa posiadały już udziały w spółkach hiszpańskich związanych z energetyką jądrową⁶⁴⁰; w drugiej decyzji CNE zobowiązało *E.ON* do informowania o wszelkich wypadkach w trakcie produkcji energii jądrowej (choć obowiązek taki istniał już w prawie hiszpańskim)⁶⁴¹;

b) infrastruktury położonej poza kontynentalną częścią Hiszpanii (w drugiej decyzji warunek ten zamieniony na obowiązek zbycia tej infrastruktury po 5 latach od dokonania koncentracji) - zapewnienie bezpieczeństwa dostaw w odniesieniu do tzw. odbiorców wrażliwych jest możliwe przy użyciu mniej restrykcyjnych środków, np. mechanizmu rekompensaty za świadczenie usługi kompleksowej z art. 3 ust. 5 dyrektywy 2003/54/WE (obecnie art. 3 ust. 7 dyrektywy 2009/72/WE)⁶⁴²;

c) elektrowni produkujących energię elektryczną z węgla hiszpańskiego (w drugiej decyzji zamieniony na obowiązek używania hiszpańskiego węgla do produkcji energii przez okres 5 lat od dokonania koncentracji) - w celu utrzymania kontroli gospodarowania strategicznym surowcem państwo członkowskie może zastosować środki ochrony bezpieczeństwa energetycznego przewidziane w art. 3 ust. 2 dyrektywy 2003/54/WE (2009/72/WE) oraz rozporządzeniu 1407/2002/WE⁶⁴³ jako dozwolonej pomocy publicznej dla sektora węglowego⁶⁴⁴;

vi) ograniczenia związane ze zmianami struktury akcjonariatu (zgoda CNE na zbycie 10 proc. udziałów *Endesy* oraz kompetencja regulatora do wycofania zgody na koncentrację w przypadku objęcia 50 proc. akcjonariatu *E.ON* przez jeden podmiot) - zagrożeniom wynikającym z możliwych modyfikacji strategii biznesowej grupy *E.ON*, w wyniku zmian własnościowych, można zapobiec przy użyciu mniej restrykcyjnych środków, np. sprzeciwu władz państwowych wobec decyzji przedsiębiorstwa zagrażającej bezpieczeństwu energetycznemu⁶⁴⁵;

vii) postugiwanie się przez 5 lat od dokonania transakcji nazwą handlową *Endesa*⁶⁴⁶;

viii) poddanie hiszpańskiemu prawu zbycia jakichkolwiek praw udziałowych w *Endesie*⁶⁴⁷;

ix) poddanie wszelkich strategicznych decyzji w przejmowanej spółce prawu hiszpańskiemu⁶⁴⁸.

Komisja w dwóch postępowaniach uznała zastosowane przez państwo członkowskie środki za niezgodne z traktatowymi swobodami przepływu kapitału i zasadą swobody łączenia się (*freedom to merge*), będącą elementem swobody przedsiębiorczości. W odniesieniu do obowiązków związanych z użyciem rodzimego węgla do produkcji energii, Komisja uznała to także za ograniczenie swobody przepływu towarów. Większość środków zastosowanych przez Hiszpanię miało w ocenie unijnego organu antymonopolowego charakter dyskryminacyjny - zostały one wprowadzone w związku z wcześniejszą ofertą *Gas Natural* i miały podłoże protekcyjnistyczne. Po stwierdzeniu przez Komisję niezastosowania się Hiszpanii do drugiej decyzji, Komisja wszczęła postępowanie przed Trybunałem w związku z uchybieniem zobowiązaniu państwa członkowskiego na podstawie art. 226 TWE (obecnie art. 258 TFUE). Trybunał nie zakwestionował decyzji Komisji, wskazując, że w toczącym się postępowaniu państwo nie może się już skutecznie powoływać na ewentualną nieważność decyzji Komisji (zarzucano naruszenie art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004)⁶⁴⁹. Niepowodzenie koncentracji *E.ON/Endesa* z przyczyn biznesowych nie przesądzało o niemożliwości wykonania decyzji Komisji⁶⁵⁰. W rezultacie żaden ze środków przyjętych przez władze hiszpańskie w stosunku

⁶⁴⁰ Ibidem, par. 86-98.

⁶⁴¹ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 20 grudnia 2006 r., par. 71.

⁶⁴² Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 26 września 2006 r., par. 105.

⁶⁴³ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1407/2002 z dnia 23 lipca 2002 r. w sprawie pomocy państwa dla przemysłu węglowego (Dz.U. L 205 z 2 sierpnia 2002 r., s. 1-8). Zgodnie z art. 14 ust. 3, rozporządzenie przestało obowiązywać z dniem 31 grudnia 2010 r.

⁶⁴⁴ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 26 września 2006 r., par. 113-116.

⁶⁴⁵ Ibidem, par. 130.

⁶⁴⁶ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/Endesa*, COMP IV/M.4197 z dnia 20 grudnia 2006 r., par. 64-66.

⁶⁴⁷ Ibidem, par. 90.

⁶⁴⁸ Ibidem, par. 92-94.

⁶⁴⁹ Wyrok w sprawie C-196/07, par. 33-39.

⁶⁵⁰ Ibidem, par. 24-31.

do zamierzonego przejęcia *Endesy* nie okazał się zasadny w świetle klauzuli bezpieczeństwa publicznego z art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004.

Hiszpański regulator sektora energetycznego w podobny sposób odniósł się do kolejnej oferty przejęcia *Endesy*, tym razem przez spółki *ENEL* (włoski operator zasiedziały) i *Acciona* (spółka prawa hiszpańskiego). Komisja po raz kolejny oceniła dopuszczalność środków krajowych na tle klauzuli bezpieczeństwa publicznego w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 oraz dyrektyw 2003/54/WE i 2005/89/WE. Ograniczenia nałożone na uczestników koncentracji zostały oparte na tej samej podstawie prawnej (dekrecie królewskim nr 4/2006) i ukształtowane podobnie przez CNE. W swojej decyzji Komisja w oparciu o wyżej wskazane kryteria uznała za niezgodne z prawem unijnym obowiązki nałożone na *ENEL* i *Accionę*, tj.: zakaz restrukturyzacji grupy *Endesa* i zmiany nazwy spółki matki, informowanie krajowego regulatora o sytuacji finansowej spółki, obowiązek dokonywania inwestycji w wyznaczonych terminach, zawiadamianie o wypadkach jądrowych, obligatoryjne używanie węgla wydobytego w Hiszpanii do produkcji energii elektrycznej, warunkowy nakaz zbycia infrastruktury znajdującej się poza kontynentalnym terytorium Hiszpanii⁶⁵¹.

Protekcjonistyczne działania władz hiszpańskich w stosunku do spółki *Endesa* zmusiły Komisję do wytoczenia kolejnego postępowania przed Trybunałem Sprawiedliwości w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (obecnie art. 258 TFUE)⁶⁵². Trybunał stwierdził, że każdorazowe nabycie 10 proc. udziałów lub majątku *Endesy* nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa dostaw energii, które uzasadniałyby wprowadzenie wymogu uzyskania zgody krajowego organu regulacyjnego⁶⁵³. Ponadto zgodnie z wyrokiem, prewencyjna kontrola tego rodzaju transakcji nie stanowi sama w sobie gwarancji bezpieczeństwa dostaw - CNE nie jest w stanie przewidzieć skutków wszystkich zatwierdzanych przez siebie operacji⁶⁵⁴. Trybunał podkreślił, że dyrektywy 2003/54/WE i 2005/89 (w odniesieniu do energii elektrycznej) oraz 2003/55/WE⁶⁵⁵ i 2004/67/WE⁶⁵⁶ (w odniesieniu do gazu) dają państwom członkowskim bardzo dużą swobodę sprawowania bieżącego nadzoru nad sektorem energetycznym i nie ma potrzeby wprowadzania dodatkowego ograniczenia, tj. prewencyjnej kontroli transakcji przez CNE⁶⁵⁷. Trybunał wyraził obawy związane z przyznaniem zbyt szerokiego zakresu kompetencji krajowemu regulatorowi. Ogólnikowe i nieprecyzyjne przepisy dekretu dawały CNE możliwość rozstrzygania spraw w oparciu o inne cele polityki energetycznej, niezwiązanymi z bezpieczeństwem dostaw⁶⁵⁸. Trybunał stwierdził, że przepisy hiszpańskie ograniczają swobodę przepływu kapitału i swobodę przedsiębiorczości.

Przykład *Endesy* wskazuje na konieczność wąskiego rozumienia pojęcia bezpieczeństwa publicznego zawartego w art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004. Nie ulega jednak wątpliwości, że elementem bezpieczeństwa publicznego jest bezpieczeństwo dostaw energii elektrycznej. Większość środków zastosowanych przez Hiszpanię co prawda służyła zapewnieniu bezpieczeństwa dostaw energii, jednak były one sprzeczne z ogólnymi zasadami prawa unijnego (m.in. zasadą proporcjonalności) i swobodami traktatowymi. Chcąc nałożyć na łączące się przedsiębiorstwa energetyczne jakiegokolwiek ograniczenia związane z bezpieczeństwem publicznym, właściwych środków należy szukać w przepisach III pakietu liberalizacyjnego (m.in. dyrektywie 2009/72/WE), dyrektywie 2005/89/WE oraz przepisach EURATOM.

6.2. Inny uzasadniony interes

Katalog uzasadnionych interesów z art. 21 ust. 4 (bezpieczeństwo publiczne, pluralizm środków przekazu, zasady ostrożnościowe) nie jest katalogiem zamkniętym. Niemniej każdy inny rodzaj

⁶⁵¹ Decyzja Komisji w sprawie *ENEL/Acciona/Endesa*.

⁶⁵² Wyrok Trybunału (trzecia izba) w sprawie C-207/07, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, z dnia 17 lipca 2008 r., E.C.R. [2008] s. I-00111.

⁶⁵³ Ibidem, par. 51.

⁶⁵⁴ Ibidem, par. 52-53.

⁶⁵⁵ Dyrektywa 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz.Urz. WE L 176 z dnia 15 lipca 2003 r., s. 57-78).

⁶⁵⁶ Dyrektywa Rady 2004/67/WE z dnia 26 kwietnia 2004 r. dotycząca środków zapewniających bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego (Dz.Urz. WE L 127 z dnia 29 kwietnia 2004 r., s. 92-96).

⁶⁵⁷ Ibidem, par. 44.

⁶⁵⁸ Ibidem, par. 55-56.

interesu publicznego musi zostać zgłoszony Komisji przez państwo członkowskie, które ocenia *ex ante* jego zgodność z przepisami prawa unijnego. Decyzję akceptującą dany interes jako uzasadniony Komisja wydaje po przeprowadzeniu formalnego postępowania w terminie 25 dni roboczych od zgłoszenia takiego interesu Komisji (art. 21 ust. 4 akapit 3). Podnosi się, że do czasu wydania decyzji przez Komisję państwo powinno wstrzymać się z wprowadzaniem danego środka w życie (klauszula *stand-still*)⁶⁵⁹. Procedura ta jest stosunkowo rzadko uruchamiana przez władze państw członkowskich⁶⁶⁰.

Na tle koncentracji w sektorze energii elektrycznej z wnioskiem takim wystąpił rząd Zjednoczonego Królestwa w sprawie *EDF/London Electricity*⁶⁶¹. Przyjęte środki miały polegać na:

- i) nałożeniu wobec koncentrujących się przedsiębiorstw obowiązków wynikających z krajowego prawa energetycznego,
- ii) dokonaniu zmian w licencji ustawowej spółki *Public Electricity Supply (PES)*⁶⁶².

Liberalizacja brytyjskiego sektora energetycznego wyprzedzała znacznie unijne standardy unbundlingu, wynikające z I pakietu energetycznego (dyrektywa 96/92/WE), a zamierzona koncentracja, prowadząc do pionowej integracji przedsiębiorstw, mogła skutecznie zablokować tę inicjatywę. Dlatego też państwo członkowskie zamierzało przyznać organowi regulacyjnemu *DGES (Director General of Electricity Supply)* kompetencje polegające na:

- i) monitorowaniu transakcji związanych z kontraktami na różnicę (*Contracts for Differences - CfD*) między uczestnikami przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo (reguła „długości ramion”),
- ii) wyrażaniu zgody na nabycie lub konstrukcję nowych elektrowni w ramach *PES*,
- iii) obowiązku rozmieszczenia elektrowni poza okręgiem wokół *PES*.⁶⁶³

Komisja uznała, że zastosowanie krajowych środków regulacji sektorowej w celu kontrolowania pionowej integracji przedsiębiorstw jest jak najbardziej zasadne w świetle prawa unijnego i w żaden sposób nie narusza wyłącznej kompetencji Komisji do oceny danej koncentracji (art. 21 ust. 2 rozporządzenia 4064/89). Unijny organ antymonopolowy nie dostrzegł potrzeby wszczynania procedury derogacyjnej z art. 21 ust. 3 dawnego rozporządzenia w sprawie koncentracji (obecnie art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004)⁶⁶⁴.

W odniesieniu do regulacji sektorowych procedura derogacyjna została uruchomiona przed Komisją w związku ze sprawą koncentracji *Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water*⁶⁶⁵. Komisja zaakceptowała potrzebę ochrony interesów państwowych w związku ze zbiorowym zaopatrzeniem w wodę i odprowadzaniem ścieków. Dozwolone środki przyjęte przez władze brytyjskie w stosunku do francuskiej spółki polegały na zaostrzeniu kontroli taryf na świadczone usługi oraz obowiązku wprowadzenia do roku 2005 r. całego akcjonariatu spółki prowadzącej działalność w sektorze regulowanym⁶⁶⁶. Ze względu na podobny kształt regulacji sektorów energetycznego i kanalizacyjno-ściekowego jak najbardziej zasadne byłoby zastosowanie analogicznych środków ochrony „innych uzasadnionych interesów” w odniesieniu do przedsiębiorstw energetycznych (o ile byłyby niedyskryminacyjne i proporcjonalne).

⁶⁵⁹ S. Dudzik, *Współpraca Komisji...*, op. cit., s. 149.

⁶⁶⁰ W przypadku Polski procedura ta została uruchomiona przez Komisję (!) w sprawie *Unicredito/HBV* (COMP IV/M.3894 z dnia 18 października 2005 r.). Rząd Rzeczypospolitej Polskiej cofnął skargę na decyzję Komisji w sprawie T-41/06 i nie doszło do jej merytorycznego rozpoznania.

⁶⁶¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/London Electricity*, COMP IV/M.1346 z dnia 27 stycznia 1999 r.

⁶⁶² Ibidem, par. 4.

⁶⁶³ Ibidem, par. 12.

⁶⁶⁴ Ibidem, par. 14.

⁶⁶⁵ Decyzja Komisji w sprawie *Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water*, COMP IV/M.567 z dnia 21 grudnia 1995 r., Dz.Urz. WE C 11 z dnia 16 stycznia 1996 r., s. 3.

⁶⁶⁶ Ibidem, par. 7-8.

6.3. Złota akcja jako właściwy środek w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004

Fala prywatyzacji, która miała miejsce w Europie Zachodniej w latach 1980-1990 oraz po transformacji ustrojowej w państwach byłego bloku wschodniego, pozbawiła władze publiczne ekonomicznej kontroli nad wieloma dziedzinami gospodarki. W przypadku strategicznych sektorów, takich jak energetyka, państwa wprowadziły instrumenty prawne pozwalające zachować określone kompetencje kontrolne mimo utraty większościowych pakietów udziałów lub akcji w dawnych przedsiębiorstwach państwowych. Często stosowanym w takich przypadkach instrumentem są tzw. złote akcje (*golden shares*, *actions spécifiques*, *golden Aktien*). W tradycyjnym ujęciu pod tym pojęciem rozumie się mniejszościowy udział kapitałowy Skarbu Państwa (nawet pojedynczą akcję) dający państwu prawo zawetowania strategicznych decyzji przedsiębiorstwa⁶⁶⁷. W szerszym ujęciu dotyczy to wszelkich uprawnień „pozostawionych” przez państwo w prywatyzowanym przedsiębiorstwie, umożliwiających zablokowanie istotnych decyzji (np. odwoływanie członków zarządu, wymóg zatwierdzenia transakcji zbycia części mienia)⁶⁶⁸. Jest to kategoria zbiorcza obejmująca wiele rodzajów kompetencji państwa w stosunku do prywatyzowanych przedsiębiorstw⁶⁶⁹. Państwo nie musi posiadać żadnych udziałów w przedsiębiorstwie - kompetencje takie uzyskuje *ex lege* ze względu na strategiczny charakter działalności gospodarczej tego przedsiębiorstwa⁶⁷⁰.

Począwszy od drugiej połowy lat 90., złote akcje stały się przedmiotem wielu decyzji Komisji i orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości UE. Komisja kwestionowała legalność takich rozwiązań z punktu widzenia swobody przepływu kapitału oraz niedyskryminacji. Zazwyczaj te szczególne kompetencje służą ochronie bezpieczeństwa publicznego, w tym m.in. bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej. Są to wartości, co do których prawo unijne dopuszcza możliwość wyłączenia lub ograniczenia obowiązywania swobód. Z tego też względu zarezerwowanie sobie przez państwo jakichkolwiek specjalnych uprawnień w przedsiębiorstwach strategicznych nie jest objęte bezwzględnym zakazem. Ich prawna regulacja musi jednak odpowiadać zasadom proporcjonalności i pewności prawnej oraz być zgodna z traktatowymi zasadami swobody przepływu kapitału i swobody przedsiębiorczości⁶⁷¹. Sama złota akcja zatem nie jest zakazana przez prawo unijne, ale sposób wykonywania uprawnień z niej wynikających może budzić zastrzeżenia z punktu widzenia prawa unijnego i tego dotyczą orzeczenia wydane na tym tle⁶⁷².

W orzeczeniach wydanych w sprawach postępowań przeciwko państwom członkowskim Trybunał dopuścił możliwość istnienia złotej akcji. Niemniej w większości rozpoznawanych spraw stwierdził naruszenie prawa unijnego (zasady proporcjonalności i pewności prawnej)⁶⁷³. Zgodnie z orzeczeniami w sprawach ze skargi Komisji przeciwko Belgii i Hiszpanii, wprowadzenie złotej akcji jest dopuszczalne w świetle prawa unijnego ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej⁶⁷⁴. Jednak samo świadczenie przez przedsiębiorstwo usług, polegających na dostarczaniu energii elektrycznej, nie może dawać państwu nieograniczonych uprawnień wobec

⁶⁶⁷ I. Kuznetsov, *The Legality of Golden Shares under EC Law*, *Hanse Law Review*, Vol. 1, Nr 1, s. 22.

⁶⁶⁸ Ibidem, s. 23.

⁶⁶⁹ S. Sottysiński [w:] S. Sottysiński..., op. cit., s. 1540; M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Kraków 2007, s. 152-153.

⁶⁷⁰ Nie jest wymagany udział kapitałowy Skarbu Państwa w spółkach strategicznych przez polską Ustawę z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (Dz.U. 2010 r., Nr 65, poz. 404) (dalej: „ustawa o złotej akcji”). Należy zauważyć, że charakter złotej akcji miała prewencyjna kontrola CNE nad transakcjami zbycia co najmniej 10 proc. akcji (mienia) *Endesy*.

⁶⁷¹ Wyroki Trybunału w sprawach: C-58/99, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, z dnia 23 maja 2000 r., E.C.R. [2000], s. I-03811; C-367/98, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Portugalskiej*, z dnia 4 czerwca 2002 r., E.C.R. [2002], s. I-04731; C-503/99, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, z dnia 4 czerwca 2002 r., E.C.R. [2002], s. I-04781; C-463/00; C-98/01, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, z dnia 13 maja 2003 r., E.C.R. [2003], s. I-04641.

⁶⁷² P. Cameron, *Competition in Energy Markets...*, op. cit., s. 417-418.

⁶⁷³ Np. wyrok w sprawie C-483/99, par. 51-52.

⁶⁷⁴ Wyroki w sprawach: C-503/99, par. 47; C-463/00, par. 71.

wszelkich decyzji gospodarczych spółki. Zakres złotej akcji powinien dotyczyć tylko tej części działalności przedsiębiorstwa, która jest strategiczna dla bezpieczeństwa publicznego (w tym bezpieczeństwa dostaw energii). Trybunał co prawda dopuścił możliwość wprowadzenia przez władze hiszpańskie złotej akcji do *Endesy* jako spółki strategicznej, jednakże tak ukształtowane prerogatywy państwa nie mogą obejmować całości działalności spółki, która jest aktywna także na rynkach zagranicznych, m.in. w Ameryce Południowej⁶⁷⁵. Ograniczenie działania złotej akcji i możliwości powołania się na bezpieczeństwo publiczne do strategicznego wycinka działalności przedsiębiorstwa energetycznego ma ogromne znaczenie w przypadku koncentracji transgranicznych.

W jedynej sprawie przegranej przez Komisję (spośród powyżej przywołanych), tj. sprawie *Komisja przeciwko Belgii*, Trybunał uznał za zgodne z prawem unijnym następujące rozwiązania:

- i) poszanowanie swobody decyzyjnej organów przedsiębiorstwa - sprzeciw ministra wobec wybranych decyzji zamiast aprobaty wobec wszelkiego rodzaju działań określonego rodzaju⁶⁷⁶,
- ii) ograniczenie złotej akcji do decyzji związanych ze strategicznymi aktywami (sieciami energetycznymi)⁶⁷⁷,
- iii) ograniczenie przesłanek interwencji publicznej tylko do naruszenia celów polityki energetycznej⁶⁷⁸,
- iv) obowiązek przestrzegania przez władze procedury związanej z wykonywaniem praw ze złotej akcji: ustalenie ścisłych terminów, formalne uzasadnienie interwencji oraz poddanie działań organów rządowych kontroli sądowej⁶⁷⁹.

W tej samej sprawie Trybunał nie uznał za sprzeczne z prawem unijnym ustawowych środków zachęcających przedsiębiorstwa energetyczne (gazowe) do zawierania kontraktów długoterminowych, dywersyfikacji źródeł zaopatrzenia i wprowadzenia systemu licencji w sektorze⁶⁸⁰. Są to środki dopuszczalne jako zapewniające bezpieczeństwo dostaw energii (element bezpieczeństwa publicznego w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004).

Powyższe wymogi zdaje się spełniać polska ustawa o złotej akcji. Nie wdając się w dyskusje dotyczące istoty nowej regulacji oraz jej zgodności z przepisami k.s.h⁶⁸¹, ustawa odnosi się bezpośrednio do sytuacji koncentracji przedsiębiorstw. Jej art. 7 stanowi, że minister właściwy do spraw Skarbu Państwa zachowuje szczególne uprawnienia w nowo powstałych spółkach w przypadku ich połączenia (lub podziału). Szczególne uprawnienia polegają na możliwości sprzeciwu wobec decyzji organów przedsiębiorstwa dotyczących infrastruktury krytycznej, służącej do wytwarzania i przesyłania energii elektrycznej (art. 2). Kompetencje ministra związane są przy tym nie ze spółką, ale z określonymi składnikami jej majątku (infrastrukturą krytyczną). Możliwości ingerencji organów władzy publicznej w swobodę działalności przedsiębiorstw strategicznych zgodnie z prawem unijnym przewiduje ustawa o zarządzaniu kryzysowym.

6.4. Uprawnienia regulatora krajowego w odniesieniu do koncesji przedsiębiorstw energetycznych

Dyrektywy: elektryczna (2009/72/WE), kogeneracyjna (2004/8/WE), dotycząca bezpieczeństwa dostaw energii (2005/89/WE) oraz inne unijne akty prawne przyjęte w celu wspierania rynku wewnętrznego energii elektrycznej uwzględniają interesy inne niż regulacja na rzecz konkurencji (*regulation for competition*). Państwa członkowskie zachowują wiele uprawnień w stosunku do sektorów sieciowych ze względu na politykę ochrony środowiska (wspieranie kogeneracji i wytwarzania energii ze źródeł odnawialnych), kwestie bezpieczeństwa energetycznego,

⁶⁷⁵ Wyrok Trybunału w sprawie C-463/00, par. 35.

⁶⁷⁶ Wyrok Trybunału w sprawie C-503/99, par. 49.

⁶⁷⁷ Ibidem, par. 50.

⁶⁷⁸ Ibidem, par. 51.

⁶⁷⁹ Ibidem, par. 49, 51.

⁶⁸⁰ Ibidem, par. 53.

⁶⁸¹ Por. np. A. Szymański, „Złota” akcja w prawie polskim, PPH 1998, nr 12, s. 1-7.

bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej, efektywności energetycznej, a także inwestycji infrastrukturalnych oraz innych kwestii związanych z bezpieczeństwem państwa. Ze względu na fakt, że Unia Europejska jest w przeważającej mierze konsumentem energii (nie tylko elektrycznej), a produkcja energii wymaga współpracy z państwami trzecimi (Rosją, państwami Bliskiego Wschodu), niektóre ze wskazanych celów zostały wprowadzone do art. 194 TFUE traktatem lizbońskim. Szczególnego rodzaju celem unijnej polityki infrastrukturalnej (energetycznej) jest wspieranie rozwoju sieci transeuropejskich. Jak wynika z opisanych w poprzednich podrozdziałach spraw, cele te (o ile są zgodne z zasadami proporcjonalności, niedyskryminacji oraz swobodami rynku wewnętrznego) mogą stanowić „uzasadnione interesy” w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004.

Przepisy III pakietu bardzo ogólnie określają uprawnienia krajowych organów regulacyjnych w odniesieniu do transakcji (w tym koncentracji) z udziałem przedsiębiorstw energetycznych. Dyrektywa 2009/72/WE nakłada na krajowych regulatorów obowiązki (art. 37 ust. 1), m.in. zapobiegania subsydiowaniu skośnemu (lit. f) i monitorowania planów inwestycyjnych TSO (lit. g), monitorowania inwestycji w zdolności wytwórcze w odniesieniu do bezpieczeństwa dostaw. Obowiązki wynikające z dyrektywy mogą stanowić podstawę ingerencji regulatora w transakcję będącą koncentracją w rozumieniu prawa antymonopolowego. Dyrektywa ponadto nakazuje państwom członkowskim przyznanie określonych uprawnień krajowym organom regulacyjnym (art. 37). Każdy unijny regulator musi posiadać możliwość prowadzenia dochodzeń w sprawie funkcjonowania rynków energii elektrycznej oraz regulacji na rzecz konkurencji na tych rynkach, a także zapewnioną możliwość udziału w postępowaniach z zakresu ochrony konkurencji prowadzonych przez Komisję i krajowe organy antymonopolowe (ust. 4 lit. b). W przypadku wyznaczenia w państwie członkowskim TSO niezależnego od struktur przedsiębiorstwa zintegrowanego pionowo krajowy regulator uzyskuje w szczególności kompetencje do:

- i) monitorowania powiązań handlowych i finansowych między przedsiębiorstwami zintegrowanymi pionowo a TSO (art. 37 ust. 5 lit. d dyrektywy 2009/72/WE),
- ii) zatwierdzania wszelkich umów handlowych i finansowych między przedsiębiorstwami zintegrowanymi pionowo a TSO, pod warunkiem, że są one zgodne z warunkami rynkowymi (lit. e).

Ograniczenie, a nawet zablokowanie przez krajowego regulatora koncentracji przedsiębiorstw energetycznych, na którą Komisja wyraziła zgodę, wydaje się jak najbardziej zasadne w świetle art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004, jeżeli takie ograniczenie wynika z wyżej przytoczonych przepisów dyrektywy elektrycznej.

Na tle polskiego prawa energetycznego pojawia się pytanie o dopuszczalność zastosowania przez Prezesa URE kompetencji organu koncesyjnego wobec koncentrujących się przedsiębiorstw energetycznych. Polski organ regulacyjny jest uprawniony do udzielania, odmowy udzielenia, zmiany i cofania koncesji (art. 5 pkt 1 u.s.d.g.) wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią (art. 46 ust. 1 pkt 3 u.s.d.g.), określonych w art. 32 pr.energ. Jeżeli chodzi o koncesję na prowadzenie określonego rodzaju działalności gospodarczej, to w prawie polskim przyjmuje ona formę decyzji administracyjnej w rozumieniu art. 107 § 1 k.p.a.⁶⁸². W doktrynie podkreśla się znaczenie szczególnej cechy koncesji, jaką jest jej trwałość (prawomocność) wynikająca z zasady zaufania obywateli do państwa i ochrony praw słusznie nabytych⁶⁸³. Trwałość decyzji koncesyjnej oznacza, że możliwość wyeliminowania jej z obrotu prawnego jest sytuacją o charakterze wyjątkowym. Cofnięcie koncesji lub zmiana jej zakresu jest możliwa tylko i wyłącznie w przypadku wystąpienia określonych prawem okoliczności⁶⁸⁴. Możliwość cofnięcia lub zmiany zakresu koncesji przedsiębiorstw energetycznych została przewidziana w art. 41 pr.energ. oraz art. 58 u.s.d.g. Obie ustawy przewidują możliwość obligatoryjnego i fakultatywnego cofnięcia (zmiany zakresu) koncesji. Z punktu widzenia rozważań dotyczących koncentracji przedsiębiorstw energetycznych największe znaczenie ma instytucja fakultatywnego cofnięcia lub zmiany zakresu koncesji.

⁶⁸² K. Strzyżkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 253.

⁶⁸³ M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 262-263.

⁶⁸⁴ K. Strzyżkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 257.

Jedną z alternatywnych przesłanek fakultatywnego cofnięcia (zmiany zakresu) koncesji przedsiębiorstwa energetycznego przez Prezesa URE jest zagrożenie bezpieczeństwa państwa lub bezpieczeństwa obywateli (art. 41 ust. 4 pkt 1 pr.energ. w zw. z art. 58 ust. 3 u.s.d.g.). Tego rodzaju zagrożenie może być wywołane monopolizacją rynków dostaw⁶⁸⁵ (np. w wyniku koncentracji). W literaturze podnosi się, że działanie Prezesa URE polegające na cofnięciu lub zmianie zakresu koncesji powinno być instrumentem stosowanym wyjątkowo, gdy inne szczególne środki okażą się niewystarczające wobec zagrożenia monopolizacji rynków dostaw⁶⁸⁶. Ponadto zagrożenie tego rodzaju musi wystąpić w trakcie realizacji decyzji koncesyjnej i może być znane organowi koncesyjnemu w momencie podejmowania decyzji w sprawie wniosku o udzielenie koncesji⁶⁸⁷. Decyzja o cofnięciu koncesji lub zmianie jej zakresu w przypadku, gdy Prezes URE mógł przewidzieć wystąpienie danego rodzaju zagrożenia dla bezpieczeństwa, powinna zostać uchylona w ramach postępowania administracyjnego lub sądowno-administracyjnego jako wydana z naruszeniem prawa materialnego.

Drugą szczególnego rodzaju sytuacją mogącą skutkować władczą ingerencją polskiego organu regulacyjnego w treść uprawnień koncesyjnych jest łączenie się przedsiębiorstw energetycznych z innymi podmiotami (art. 41 ust. 4 pkt 2 pr.energ. *in fine*). Należy wskazać, że koncesja, stanowiąc składnik przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym (art. 55¹ pkt 5 k.c.), podlega sukcesji administracyjnej w przypadku łączenia spółek (art. 494 § 2 k.s.h.).⁶⁸⁸ Analizując koncesję jako stosunek administracyjnoprawny, należy zauważyć, że zmiana podmiotu tego stosunku (koncesjonariusza), np. w wyniku koncentracji przedsiębiorców, powoduje co do zasady jego wygaśnięcie⁶⁸⁹. Nie kwestionując indywidualizowanego charakteru decyzji koncesyjnej⁶⁹⁰, należy przyjąć, że koncesja wydawana przez Prezesa URE ma przede wszystkim związek z przedsiębiorstwem w znaczeniu przedmiotowym (infrastrukturą sieciową) - por. kryteria udzielenia koncesji z art. 33 ust. 1 pr.energ. Oznacza to, że uprawnienia wynikające z koncesji podlegają sukcesji, zgodnie z art. 494 § 2 k.s.h.⁶⁹¹. Niemniej interwencja Prezesa URE jako organu koncesyjnego w każdym przypadku łączenia się przedsiębiorstw jest jak najbardziej zasadna⁶⁹². Ewentualne skuteczne cofnięcie koncesji przez Prezesa URE stanowi okoliczność uniemożliwiającą naczelnikowi urzędu celnego wydanie zezwolenia na prowadzenie składu podatkowego w rozumieniu przepisów ustawy o podatku akcyzowym (art. 48 ust. 1 pkt 6).

Zmiana zakresu koncesji w przypadku łączenia przedsiębiorstw energetycznych nie zawsze musi mieć charakter represyjny - może być to uzasadnione potrzebą objęcia jedną koncesją wszystkich rodzajów działalności (wytwarzania, przesyłania, obrotu), gdy dotychczas każdy z uczestników koncentracji posiadał własną koncesję dotyczącą jednego rodzaju działalności. W takim przypadku, zakres jednej z koncesji ulega rozszerzeniu (art. 41 ust. 4 pkt 2 pr.energ), a pozostałe wygasają, zgodnie z art. 162 § 1 k.p.a.⁶⁹³

Oczywiście, rozstrzygnięcie o cofnięciu lub zmianie zakresu koncesji wymaga uzasadnienia przez Prezesa URE i podlega kontroli w trybie art. 127 § 3 k.p.a. (wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy przez Prezesa URE - ministra w rozumieniu art. 5 § 2 pkt 4 k.p.a.) oraz kontroli przez Wojewódzki Sąd Administracyjny oraz Naczelny Sąd Administracyjny w przypadku skutecznego wniesienia skargi kasacyjnej. Tak ukształtowane wobec koncentracji przedsiębiorstw energetycznych kompetencje Prezesa URE jako organu koncesyjnego stanowią należytą gwarancję poszanowania zasady wolności działalności gospodarczej (art. 22 Konstytucji) i swobód traktatowych (przedsiębiorczości, przepływu towarów i kapitału).

⁶⁸⁵ M. Domagała, *Bezpieczeństwo energetyczne - aspekty administracyjno-prawne*, Lublin 2008, s. 116.

⁶⁸⁶ Z. Muras (red.), *Prawo energetyczne. Komentarz*, Legalis. Autor nie wskazuje jednak, jakiego rodzaju „szczególne środki” powinny mieć pierwszeństwo przed cofnięciem lub zmianą zakresu koncesji.

⁶⁸⁷ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 258.

⁶⁸⁸ A. Szumański [w:] S. Soltysieński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaia (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom IV. Komentarz do artykułów 459-633*, Warszawa 2009, s. 263.

⁶⁸⁹ M. Szydło, *Swoboda działalności...*, op. cit., s. 265.

⁶⁹⁰ Ibidem, s. 269.

⁶⁹¹ M. Czarnecka, T. Ogłódek, *Prawo energetyczne...*, op. cit., s. 465.

⁶⁹² Ibidem; Z. Muras, op.cit.

⁶⁹³ Z. Muras, op.cit.

6.5. Wnioski

Klauzula interesu publicznego, zawarta w art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004, stanowi odpowiednik art. 106 TFUE w sprawach z zakresu kontroli koncentracji. Klauzula ta będzie często przywoływana przez państwa członkowskie w celu ochrony swoich interesów w sektorze energetycznym. Pozwala ona na złagodzenie ewentualnych zagrożeń wynikających z obecnego ukształtowania ilościowych kryteriów oceny koncentracji w rozporządzeniu 139/2004 oraz systemu odesłań. Ponieważ art. 21 ust. 4 stanowi odstępstwo od zasady swobody przedsiębiorczości (a ściślej: swobody połączeń - *freedom to merge*), powinien być stosowany przez państwa członkowskie jedynie w sytuacjach wyjątkowych, przy zastosowaniu ogólnych zasad prawa UE (w szczególności proporcjonalności i niedyskryminacji).

Bezpieczeństwo energetyczne, będące elementem bezpieczeństwa publicznego, może stanowić uzasadnioną podstawę do powołania się przez państwo na klauzulę uzasadnionego interesu. Nie jest dopuszczalne jednak powoływanie się przez państwo na art. 21 ust. 4 przy stosowaniu środków o charakterze protekcyjnym wobec własnej gospodarki. Promocja rodzimego przemysłu nie jest interesem „innym niż polityka konkurencji” i nie może być skutecznie przywołana w tym kontekście. Zastosowanie przez państwo „uzasadnionych środków” nie wymaga zgłoszenia takiego działania Komisji, co nie wyklucza kontroli zasadności zastosowania tych środków przez unijny organ antymonopolowy (nie jest to tzw. *self-judging clause*). Każdy inny niż wymieniony w art. 21 ust. 4 interes publiczny powinien zostać zgłoszony do Komisji, która oceni jego zasadność na tle danej sprawy. Specyficzny model regulacji w odniesieniu do usług użyteczności publicznej może stanowić tego rodzaju interes (sprawa *Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water*).

Nie ma potrzeby powoływania się przez państwo na art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 przy zamiarze zastosowania wobec koncentracji środków wynikających z unijnego prawa regulacji sektorowej. Przepisy dyrektywy 2009/72/WE, mając na uwadze strategiczne znaczenie energii elektrycznej dla gospodarek i bezpieczeństwa państw członkowskich, pozwalają państwom członkowskim na nałożenie na przedsiębiorstwa energetyczne szeregu obowiązków o charakterze publicznym (np. świadczenie usługi kompleksowej). Środki te powinny być jednak stosowane zgodnie z ogólnymi zasadami prawa UE (tj. w sposób proporcjonalny i niedyskryminacyjny). Trzeba pamiętać, że celem prawa antymonopolowego, jak i regulacji sektorowej jest stworzenie i zapewnienie konkurencji na rynkach właściwych w sektorze infrastrukturalnym.

Dopuszczalnym sposobem skorzystania przez państwo z uprawnień przewidzianych w art. 21 ust. 4 jest tzw. złota akcja Skarbu Państwa. Sam jej generalno-abstrakcyjny charakter prawny powinien być zgodny z prawem unijnym, a jego zastosowanie w sprawie danej koncentracji także doznaje ograniczeń z punktu widzenia swobód traktatowych i zasad ogólnych (por. wyroki TSUE w sprawach: *Komisja przeciwko: Hiszpanii, Włochom, Belgii, Portugalii i Francji*). Każdorazowe zastosowanie złotej akcji powinno podlegać kontroli sądowej. W prawie polskim daleko idącą kompetencją Prezesa URE jest możliwość cofnięcia koncesji w przypadku połączenia przedsiębiorstw energetycznych w sposób zagrażający bezpieczeństwu państwa. Jest to jednak środek ostateczny, który powinien być stosowany jedynie w wyjątkowych sytuacjach, gdy inne środki nie pozwolą na zapewnienie wystarczającej ochrony „uzasadnionego interesu”.

Rozdział VII Analiza poszczególnych rodzajów koncentracji

Liberalizacja rynków w sektorze energetycznym, zainicjowana aktami prawnymi I pakietu (m.in. dyrektywą 96/92/WE w odniesieniu do rynków energii elektrycznej), spowodowała wkroczenie reguł wolnego rynku do strategicznego sektora gospodarki. Zgodnie z wyrażoną w art. 345 TFUE zasadą poszanowania prawa własności państw członkowskich, wiele przedsiębiorstw energetycznych (w rozumieniu unijnych przepisów regulacji sektorowej) zachowało przynależność do sektora publicznego. Nawet w przypadku bardzo daleko posuniętej prywatyzacji tych przedsiębiorstw, państwa członkowskie pozostawiły w nich szereg uprawnień związanych z ochroną swoich podstawowych interesów (por. rozważania dotyczące złotej akcji). Ingerencja tego rodzaju jest dopuszczalna przez prawo unijne (dyrektywa 2009/72/WE oraz wyrok TSUE w sprawie *Komisja przeciwko Belgii*). Obecność na rynkach energii elektrycznej przedsiębiorstw publicznych (lub kontrolowanych przez władze publiczne) oznacza nałożenie się interesów gospodarczych i politycznych w działalności przez nie prowadzonej.

Kolejne pakiety energetyczne wprowadzały coraz dalej idące rozdzielanie (unbundling) działalności przedsiębiorstw energetycznych. Reakcją prawa antymonopolowego i regulacji sektorowej na pionową integrację przedsiębiorstw energetycznych jest obligatoryjne oddzielenie działalności prowadzonej w warunkach monopolu naturalnego (dystrybucja i przesył) od wytwarzania energii i dostarczania jej odbiorcom końcowym⁶⁹⁴. Nowa dyrektywa 2009/72/WE wprowadziła w art. 9 najdalej idące, bo własnościowe rozdzielanie (*ownership unbundling*), co oznacza, że ten sam podmiot nie może być właścicielem przedsiębiorstw energetycznych aktywnych zarówno w sferze przesyłu lub dystrybucji, jak i wytwarzania lub dostarczania energii⁶⁹⁵. Działania takie mają na celu przeciwdziałanie pionowej integracji przedsiębiorstw energetycznych, która jest naturalnym zjawiskiem w sektorach infrastrukturalnych⁶⁹⁶.

Ponadto kolejne pakiety liberalizacyjne, dążąc do stworzenia unijnego rynku wewnętrznego energii, wprowadziły szereg instrumentów sprzyjających rozszerzaniu się działalności przedsiębiorstw energetycznych poza granice państw członkowskich (np. obowiązek promowania współpracy regionalnej z art. 6 dyrektywy 2009/72/WE). Osiągnięcie pożądanego stanu rzeczy (stworzenie wewnętrznego rynku energii) wymaga stworzenia nie tylko odpowiednich ram prawnych, ale także dużego nakładu inwestycyjnego (rozbudowa połączeń międzysystemowych). Założenie to stanowi długoterminowe wyzwanie zarówno dla Unii, jak i państw członkowskich.

Ze względu na powyższe uwarunkowania w praktyce stosowania unijnego prawa ochrony konkurencji wykształciły się trzy modele koncentracji przedsiębiorstw w sektorze energetycznym:

- 1) „ekspansja” za granicę - dotychczasowi monopolisci (operatorzy zasiedziali), stając się przedsiębiorcami, dążą do maksymalnego zwiększenia zysku; w tym celu nabywają oni przedsiębiorstwa energetyczne działające na sąsiednich rynkach właściwych geograficznie (zwykle będzie to koncentracja o charakterze horyzontalnym);
- 2) pionowa integracja przedsiębiorstw - operator zasiedziały, chcąc umocnić swoją pozycję na rynku krajowym, nabywa przedsiębiorstwa energetyczne działające na sąsiadujących rynkach właściwych produktowo, np. dystrybutor nabywa przedsiębiorstwa wytwarzające energię (tego rodzaju koncentracja ma charakter wertykalny);
- 3) „symboliczne” wejście na rynek sąsiadujący geograficznie - polega na nabyciu przez operatora zasiedzającego z państwa A przedsiębiorstwa posiadającego niewielki udział (10-20 proc.) w rynku właściwym w państwie B; tego rodzaju „wkroczenie na cudze terytorium” (zazwyczaj mające charakter wzajemny) powstrzymuje operatorów zasiedzających przed dalszą ekspansją na zagraniczne rynki - obniżenie ceny na „cudzym” rynku w celu zwiększenia udziałów spowoduje analogiczne zachowanie niewielkiego „cudzego”

⁶⁹⁴ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, op. cit., s. 566.

⁶⁹⁵ Ibidem, s. 567.

⁶⁹⁶ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, op. cit., s. 114-115.

przedsiębiorstwa na własnym rynku; tego rodzaju „wojna o udziały” przyniesie jedynie straty obu przedsiębiorstwom (taka koncentracja ma zwykle charakter horyzontalny).⁶⁹⁷

Jak widać, spośród wskazanych wyżej typów koncentracji tylko pierwszy nie budzi zastrzeżeń z punktu widzenia zgodności z rynkiem wewnętrznym i stanowi realizację postulatów III pakietu liberalizacyjnego. Skutkować może on jednak zjawiskiem tworzenia „narodowych liderów” prowadzących ekspansywną działalność gospodarczą, czego obawiają się mniejsze i słabsze ekonomicznie państwa członkowskie. Drugi sposób stopniowo traci na znaczeniu (przynajmniej w odniesieniu do przedsiębiorstw aktywnych w sektorze przesyłu i dystrybucji energii) ze względu na obligatoryjny unbundling własnościowy, wprowadzony dyrektywą 2009/72/WE (por. art. 9d polskiego pr.energ.). Trzeci model nie jest zakazany przepisami rozporządzenia 139/2004 - w przypadku zakwalifikowania takich działań jako kartelu lub nadużywania kolektywnej pozycji dominującej mogą być one ocenione w świetle art. 101 lub 102 TFUE. Niemniej na tle obecnego stanu prawnego tego rodzaju koncentracje stanowią patologię rynku wewnętrznego, ponieważ blokują rozwój konkurencji na rynkach energetycznych. Praktyka ta może zostać wyeliminowana jedynie w ramach ustawodawczych działań na szczeblu unijnym.

7.1. Ocena koncentracji

O zgodności koncentracji z wewnętrznym (krajowym) rynkiem rozstrzyga organ antymonopolowy (Komisja, Prezes UOKiK) w formie decyzji (art. 2 ust. 2-3 rozporządzenia 139/2004 i art. 18-20 u.o.k.k.). Na gruncie rozporządzenia 139/2004 Komisja bada, czy dana koncentracja „przeszkadzała by znacząco skutecznej konkurencji” (*significantly impedes effective competition* - SIEC) na rynku wewnętrznym lub znacznej jego części. Z kolei polska ustawa antymonopolowa nakazuje badanie koncentracji pod kątem „istotnego ograniczenia konkurencji na rynku” (art. 18-20). Mimo odmiennego brzmienia tego sformułowania, rozwiązanie to jest wzorowane na prawie unijnym, a Prezes UOKiK, rozstrzygając daną sprawę, kieruje się tymi samymi wytycznymi, co Komisja Europejska⁶⁹⁸. Tzw. test SIEC zbliżony jest do amerykańskiego testu SLC (*substantial lessening of competition* - znaczne ograniczenie konkurencji)⁶⁹⁹. Na gruncie obecnych przepisów unijnego prawa kontroli koncentracji przeszkoda tego rodzaju może wynikać w szczególności ze stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej. Dawne rozporządzenie 4064/89 za koncentracje utrudniające konkurencję na rynku uznawało jedynie operacje prowadzące do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej. Powodowało to konieczność wprowadzenia rozszerzającej wykładni tego przepisu, co budziło zastrzeżenia doktrynalne i w rezultacie doprowadziło do przyjęcia przepisu art. 2 ust. 2 i 3 rozporządzenia 139/2004 w jego obecnym kształcie. Stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej jest głównym, chociaż nie jedynym, sposobem wywołania antykonkurencyjnych skutków przez daną koncentrację (podobną regulację zawiera u.o.k.k.). Test SIEC polega na zbadaniu, czy dana koncentracja wywołuje antykonkurencyjne skutki, które nie muszą wynikać z osiągnięcia lub umocnienia pozycji dominującej⁷⁰⁰.

Prócz pozycji dominującej, innym zagrożeniem dla konkurencji, do którego odsyła art. 2 rozporządzenia, jest wyeliminowanie znacznej presji konkurencyjnej wywieranej na uczestników rynku oligopolistycznego (motyw 25) - tzw. „przejęcie firmy *Maverick*” (w doktrynie amerykańskiej)⁷⁰¹. Dotyczy to sytuacji, gdy mimo niewielkiej liczby uczestników gry rynkowej poszczególne przedsiębiorstwa są „dyscyplinowane” przez agresywną konkurencję ze strony przedsiębiorstwa posiadającego niewiele udziałów w rynku (przedsiębiorstwo to zwykle dysponuje ogromnym potencjałem i nowymi rozwiązaniami technicznymi, które są w stanie zagrozić operatorom zasiedziały)⁷⁰². Przejęcie takiego uczestnika rynku może skutkować negatywnymi dla konkurencji skutkami. Uwarunkowania oligopolu występują w szczególności

⁶⁹⁷ C.W. Jones, *Merger control in the electricity and gas sectors* [w:] C.W. Jones (red.), *EU Energy Law...*, s. 361-363.

⁶⁹⁸ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 520.

⁶⁹⁹ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji...*, op. cit., s. 193-194.

⁷⁰⁰ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 523.

⁷⁰¹ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji...*, op. cit., s. 192.

⁷⁰² „*Maverick*” [is] a firm that plays a disruptive role in the market to the benefit of customers: U.S. Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission, z dnia 19 sierpnia 2010 r., § 2.1.5.

w sektorze energetycznym w warunkach liberalizacji - następuje zniesienie monopolu, ale wysoka kapitałochłonność inwestycji w energetyce i wysokie bariery wejścia na rynek (ograniczona ilość koncesji) pozwalają na działalność niewielkiej ilości przedsiębiorstw energetycznych. Mając na uwadze inicjatywy zmierzające do poszukiwania i promowania nowych źródeł energii, doktryna „Maverick” znajduje zastosowanie w odniesieniu do koncentracji na rynkach energii elektrycznej.

7.2. Czynniki uwzględniane przy ocenie koncentracji

Dokonując każdorazowej oceny danej koncentracji, organ antymonopolowy (Komisja oraz Prezes UOKiK) ma obowiązek uwzględnić czynniki mogące mieć wpływ na ograniczenie konkurencji na rynkach. Zostały one wymienione w art. 2 ust. 1 lit. a i b rozporządzenia 139/2004. Zalicza się do nich:

- i) potrzebę zachowania i rozwoju skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym z punktu widzenia m.in. struktury wszystkich danych rynków właściwych oraz rzeczywistej i potencjalnej konkurencji ze strony przedsiębiorstw zlokalizowanych w Unii lub poza nią,
- ii) pozycję rynkową zainteresowanych przedsiębiorstw,
- iii) ich siłę ekonomiczną i finansową,
- iv) możliwości dostępne dla dostawców i użytkowników,
- v) ich dostęp do zaopatrzenia lub rynków,
- vi) wszelkie prawne lub inne bariery wejścia na rynek,
- vii) trendy podaży i popytu w stosunku do właściwych dóbr i usług,
- viii) interesy konsumentów pośrednich i końcowych,
- ix) rozwój postępu technicznego i gospodarczego, pod warunkiem, że dokonuje się on z korzyścią dla konsumentów i nie stanowi przeszkody dla konkurencji.

Polska ustawa antymonopolowa nie zawiera analogicznego katalogu. Ze względu jednak na cele i konstrukcję polskiego prawa kontroli koncentracji wzorowanego na prawie unijnym dopuszczalne jest stosowanie przez Prezesa UOKiK wyżej wymienionych czynników jako kryteriów oceny operacji koncentracyjnych.

Wszystkie te czynniki należy brać pod uwagę przy stosowaniu testu SIEC. Niemniej przy rozstrzyganiu spraw koncentracji przedsiębiorstw energetycznych w UE, niektóre z tych czynników mają szczególnie doniosłe znaczenie dla prawidłowej oceny skutków takiej transakcji. Energetyka jako sektor infrastrukturalny o strategicznym znaczeniu dla państwa posiada pewne cechy swoje, które w mniejszym stopniu występują w innych dziedzinach gospodarki.

7.2.1. Udziały w rynku

Ustalenie wielkości udziałów w każdym z rynków właściwych pozwala na stwierdzenie, czy w wyniku koncentracji dojdzie do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej. Rozporządzenie 139/2004 nie określa progu, powyżej którego pozycja przedsiębiorstwa na rynku uważana jest za dominującą. Wytyczne Komisji w sprawie oceny horyzontalnych połączeń przedsiębiorstw⁷⁰³ za taki próg co do zasady uznają 50 proc. udziałów w rynku. Wskazują jednak na możliwość wystąpienia pozycji dominującej w przypadku przedsiębiorstwa posiadającego 40-50 proc. udziałów w rynku, a w wyjątkowych sytuacjach nawet poniżej 40 proc.⁷⁰⁴. Polskie prawo antymonopolowe ustanawia domniemanie pozycji dominującej w przypadku, gdy udział przedsiębiorcy w rynku właściwym przekracza 40 proc. (art. 4 pkt 10). Jest to tzw. domniemanie wzruszalne, które można obalić dowodem przeciwnym. Domniemanie tego rodzaju znacznie upraszcza postępowanie przed Prezesem UOKiK w sprawach kontroli koncentracji.

⁷⁰³ Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz.Urz. WE C 31 z dnia 5 lutego 2004 r., s. 10.

⁷⁰⁴ Ibidem, pkt 17.

Biorąc pod uwagę fakt, że większość rynków właściwych geograficznie w sektorze energii elektrycznej zamyka się w granicach państw członkowskich, pozycję dominującą będą posiadali zazwyczaj dawni monopolisci (operatorzy zasiedziali). Jeżeli koncentracje z ich udziałem będą miały miejsce w tym samym państwie członkowskim, to zawsze będą one oceniane w oparciu o test SIEC, jako mogące spowodować antykonkurencyjne skutki.

7.2.2. Poziom koncentracji rynku

Ten czynnik ma szczególne znaczenie w odniesieniu do koncentracji horyzontalnych. Określenie stopnia koncentracji rynku pozwala stwierdzić, jak bardzo konkurencyjny jest dany rynek właściwy i jakie efekty dla konkurencji może przynieść dana koncentracja. Miara poziomu koncentracji rynku jest wskaźnik HHI (*Herfindahl-Hirschman Index*). Obliczenie wartości tego wskaźnika wymaga ustalenia procentowych udziałów w rynku poszczególnych przedsiębiorstw. Następnie każdą z tych należy wartości podnieść do kwadratu i zsumować otrzymane wyniki. Tak uzyskane wskaźniki przyjmują wartości HHI od 0 (konkurencja doskonała) do 10 000 (monopol). Przy rozpoznawaniu sprawy danej koncentracji konieczne jest ustalenie wartości HHI dla rynku sprzed koncentracji oraz HHI dla sytuacji powstałej po dokonaniu koncentracji. Różnica między tymi wartościami (delta) pozwala ocenić, w jakim stopniu koncentracja wywrze wpływ na rynek.

Komisja wskazuje następujące poziomy wskaźnika HHI (po zaistnieniu koncentracji) relewantne dla oceny skutków koncentracji dla konkurencji:

- i) $HHI < 1\,000$ - brak problemów z konkurencją,
- ii) $1\,000 < HHI < 2\,000$ - brak problemów z konkurencją, jeżeli $\Delta = 250$,
- iii) $HHI > 2\,000$ - brak problemów z konkurencją, jeżeli $\Delta = 150$.

Wyjątkiem od dwóch ostatnich przypadków są m.in. sytuacja przejścia „*Mavericka*” oraz koncentracja dokonana z udziałem dominanta (udziały powyżej 50 proc.⁷⁰⁵). Koncentracje (horyzontalne) przedsiębiorstw energetycznych będą jednak zwykle przekraczały wskazane progi i wymagały analizy pod kątem wystąpienia ewentualnych antykonkurencyjnych skutków.

Zawsze trzeba mieć na uwadze nieprecyzyjność tego wskaźnika ze względu na to, że dokładne wyliczenie udziału rynkowego wszystkich przedsiębiorstw (nawet tych najmniejszych oraz działających w „szarej strefie”) jest niemożliwe i nieoptyczne. Jednak minimalne wartości wskaźnika HHI dla małych przedsiębiorstw nie będą miały wielkiego wpływu na ocenę rzeczywistej zmiany stopnia koncentracji rynku (po podniesieniu do kwadratu będą to niewielkie wartości). Możliwość wystąpienia rozbieżności między wskaźnikiem HHI a rzeczywistym stopniem koncentracji rynku jest jeszcze mniej istotna w odniesieniu do sektora energetycznego, gdzie rynki właściwe mają co do zasady charakter oligopolistyczny i konieczne jest uwzględnienie udziałów wszystkich jego uczestników w celu prawidłowego wyliczenia wskaźnika HHI.

7.2.3. Bariery wejścia na rynek

Jest to czynnik charakterystyczny dla sektorów infrastrukturalnych. Bariery te mogą mieć charakter prawny (wynikający z aktów normatywnych, np. koncesjonowania działalności gospodarczej) lub umowny (wynikający z woli stron umowy, np. KDT). Istnieją także pozaprawne bariery wejścia na rynek, wynikające z uwarunkowań technicznych (np. uprzywilejowana pozycja monopolisty naturalnego). Sektor energetyczny jest obszarem gospodarki, gdzie występuje szczególnie dużo barier wejścia - są to rynki oligopolistyczne (lub monopolistyczne), funkcjonujące w ramach regulacji sektorowej, a podjęcie aktywności ekonomicznej wymaga uzyskania określonego rodzaju zezwoleń (np. koncesji). Stawia to w uprzywilejowanej sytuacji przedsiębiorstwa od dawna aktywne na rynku (m.in. operatorów zasiedziały) w stosunku do podmiotów zamierzających rozpocząć działalność na rynkach energii elektrycznej. Te uwarunkowania czynią sektory infrastrukturalne rynkami mało konkurencyjnymi. Ma temu przeciwdziałać ingerencja organu regulacyjnego, m.in. Prezesa URE.

⁷⁰⁵ Ibidem, pkt 19-20.

7.2.3.1. Pionowa integracja przedsiębiorstw

Piętrowa struktura rynków jest cechą charakterystyczną energetyki. Dawni monopolisci państwowi prowadzili działalność na wszystkich szczeblach sektora. Największe zagrożenia dla raczkującej konkurencji wynikają z kontrolowania przez przedsiębiorstwa energetyczne systemów przesyłowych i dystrybucyjnych. Ze względu na kluczowy charakter infrastruktury sieciowej (doktryna *essential facilities*) przedsiębiorstwa wytwarzające i dostarczające energię elektryczną zawsze będą dążyły do uzyskania możliwie największego wpływu w ramach sieci przesyłowej lub dystrybucyjnej (zmierzając nawet do jej przejęcia). Połączenie działalności prowadzonej na rynku konkurencyjnym (wytwarzanie, dostawy) z działalnością sieciową (przesył, dystrybucja) stawia przedsiębiorstwo zintegrowane pionowo w korzystniejszej w stosunku do konkurentów sytuacji. Przewaga ta może polegać na: posiadaniu informacji o odbiorcach końcowych, zagwarantowaniu minimalnego udziału w rynku oraz pokusie dyskryminacyjnego traktowania przedsiębiorstw niewchodzących w skład przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo⁷⁰⁶. Patologiczną sytuacją związaną z integracją pionową jest subsydiowanie skośne, co dostrzega m.in. Prezes UOKiK⁷⁰⁷.

Co prawda, dyrektywa 2009/72/WE nakazuje w art. 9 wprowadzenie unbundlingu własnościowego, niemniej uznaje ona wciąż istnienie przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo (art. 2 pkt 21). Art. 9 ust. 1 dyrektywy nałożył na państwa członkowskie obowiązek rozdzielenia do dnia 3 marca 2012 r. działalności w zakresie wytwarzania/dostaw energii od działalności związanej z przesyłaniem energii. Na gruncie przepisów dyrektywy 2009/72/WE wciąż jest możliwe funkcjonowanie przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo, łączących wytwarzanie/dostawy energii elektrycznej z działalnością w zakresie dystrybucji, co potwierdza mniej rygorystyczne brzmienie art. 26 dyrektywy. Zgodny z przyjętym w III pakiecie energetycznym model unbundlingu wprowadza pr.energ. w art. 9d. Oznacza to, że pozaprawna bariera wejścia na rynek w postaci pionowej integracji przedsiębiorstw energetycznych jest wciąż obecna w aktualnych warunkach liberalizacji sektora w ramach UE.

7.2.3.2. Dodatkowe zdolności wytwórcze

Znaczącą barierą wejścia na rynek, dającą operatorowi zasiedziałemu przewagę nad potencjalnymi konkurentami, jest posiadanie i rozbudowa szczególnego rodzaju infrastruktury wytwarzającej energię elektryczną - dotyczy to przede wszystkim elektrowni atomowych i wodnych. Zróżnicowanie źródeł pochodzenia energii pozwala przedsiębiorcy energetycznemu dostosować się do zmieniających się uwarunkowań losowych (np. związanych z porami roku) i prawnych (np. zwolnienie z podatku akcyzowego energii wytworzonej ze źródeł odnawialnych w ramach prośrodowiskowej polityki państwa)⁷⁰⁸. Zróżnicowanie źródeł energii jest często wymagane przez prawo (stanowi wówczas barierę regulacyjną - por. niżej)⁷⁰⁹. W sprawie *Verbund/Energie Allianz* konieczność zakupu „zielonej” energii wynikała z preferencji austriackich odbiorców⁷¹⁰.

7.2.3.3. Kontrakty długoterminowe (KDT)

Historyczni monopolisci opierali często swoją działalność na systemie kontraktów długoterminowych, które z jednej strony zapewniały operatorom zasiedziałym stały przyrost inwestycji w infrastrukturę sieciową i wytwórczą, z drugiej zobowiązywały ich do zakupu całej wytworzonej w ramach kontraktów energii⁷¹¹. Szczególnie w państwach byłego bloku wschodniego KDT okazały się korzystnym instrumentem pozyskiwania zagranicznych inwestorów w celu rozbudowy i modernizacji przestarzałej infrastruktury. Umowy nie sprzyjają rozwojowi konkurencyjnego rynku wewnętrznego

⁷⁰⁶ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 375; decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Suez*, par. 908-911.

⁷⁰⁷ Decyzje Prezesa UOKiK: nr DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r., s. 10; nr DOK-29/07 z dnia 8 marca 2007 r., s. 7; nr DKK-32-07 z dnia 28 września 2007 r., s. 5.

⁷⁰⁸ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 292.

⁷⁰⁹ Decyzje Komisji w sprawach: *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico*, par. 32; *Gaz de France/Suez*, par. 899-907.

⁷¹⁰ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 73.

⁷¹¹ Por. np. Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-107/02 z dnia 11 grudnia 2002 r., s. 7.

energii elektrycznej, ponieważ wiążą znaczną część mocy wytwórczych⁷¹². Komisja konsekwentnie wywiera wpływ na państwa członkowskie w celu doprowadzenia do zlikwidowania systemu KDT, czego przykładem może być chociażby postępowanie arbitrażowe przed Międzynarodowym Centrum Rozstrzygania Sporów Inwestycyjnych (*International Center for Settlement of Investment Disputes*, ICSID) z powództwa spółki AES przeciwko Węgrom⁷¹³. W postępowaniu powód podtrzymywał, że zerwanie KDT stanowiło wywłaszczenie w rozumieniu ECT - Traktatu Karty Energetycznej (Trybunał Arbitrażowy dopuścił Komisję do udziału w postępowaniu jako *amicus curie*). Kontrakty długoterminowe same w sobie będą jednak oceniane przede wszystkim w świetle art. 101 i 102 TFUE⁷¹⁴. W odniesieniu do koncentracji natomiast stanowią one barierę wejścia na rynek⁷¹⁵.

7.2.3.4. Sprzedawca z urzędu i usługa kompleksowa

Instytucja sprzedawcy z urzędu jest „złem koniecznym” w sektorze energii elektrycznej na obecnym stopniu liberalizacji rynków unijnych. W zamian za określone obowiązki o charakterze publicznym, *supplier of last resort* posiada szereg uprawnień niedostępnych dla innych przedsiębiorstw energetycznych (m.in. zwolnienie od nakazu unbundlingu i świadczenie usługi kompleksowej). Przedsiębiorstwo takie ma zagwarantowany pewien minimalny udział w rynku, wynikający ze świadczenia usługi na rzecz odbiorców niekorzystających z prawa wyboru sprzedawcy. Ponadto wyznaczenie „oficjalnego” sprzedawcy przez organy władzy publicznej zwiększa zaufanie do takiego przedsiębiorstwa i utrzymuje klientelę na stałym poziomie.⁷¹⁶

Niebezpiecznym zjawiskiem związanym z dostarczaniem energii elektrycznej odbiorcom niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy jest subsydiowanie skośne. W celu utrzymania *status quo* udziałów w rynku, operator zasiedziały może proponować odbiorcom korzystającym z prawa wyboru dostawcy korzystniejsze oferty, nawet poniżej kosztów wytworzenia. Poniesione w wyniku takich przetargów straty zostaną zrekompensowane poprzez podwyższenie cen energii odbiorcom niekorzystającym z prawa wyboru sprzedawcy⁷¹⁷.

7.2.3.5. Bariery regulacyjne

Są to uwarunkowania specyficzne dla sektora energetycznego, wynikające z reglamentacji działalności gospodarczej w strategicznym dla państwa sektorze. Wymogi uzyskania różnego rodzaju zezwoleń administracyjnych są różne w każdym państwie członkowskim. W Polsce przedsiębiorstwo energetyczne obowiązane jest do posiadania koncesji (art. 32 ust. 1 pr.energ. w zw. z art. 46 ust. 1 pkt 3 u.s.d.g.), a także uzyskania pozwoleń na budowę (art. 28 prawa budowlanego⁷¹⁸), decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych (art. 71 ustawy o udostępnianiu informacji o środowisku⁷¹⁹) oraz zezwolenia na prowadzenie składu podatkowego (art. 48 ustawy o podatku akcyzowym). Budowa urządzeń przesyłowych wymaga nie tylko znacznego nakładu środków, ale także uruchomienia instrumentów administracyjnoprawnych (np. wywłaszczenie - art. 112 w zw. z art. 6 pkt 2 ustawy o gospodarce nieruchomościami⁷²⁰) oraz cywilnoprawnych (np. ustanowienie służebności przesyłu - 305² k.c.⁷²¹). Ponadto szereg ustaw szczególnych przewiduje dodatkowe obostrzenia w stosunku

⁷¹² M.S. Ciszewski, *Duży może mniej? O kontraktach długoterminowych w dziedzinie energii i w prawie konkurencji* [w:] B. Kurcz (red.), *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2010, s. 58.

⁷¹³ *AES Summit Generation Limited, AES-Tisza Erőmű Kft v. the Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22 z dnia 23 września 2010 r.

⁷¹⁴ M.S. Ciszewski, *Duży może mniej?...*, op. cit., s. 64-66.

⁷¹⁵ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*.

⁷¹⁶ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 376.

⁷¹⁷ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/EnBW*, par. 44-50.

⁷¹⁸ Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. 1994 nr 89 poz. 414 ze zm.).

⁷¹⁹ Ustawa z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. 2008 r., Nr 199, poz. 1227 ze zm.).

⁷²⁰ Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. 1997r. Nr 115, poz. 741 ze zm.).

⁷²¹ Uproszczenie procedury inwestycji infrastrukturalnych przewiduje rządowy projekt ustawy o korytarzach przesyłowych (<http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/2/23511/23514/23515/dokument22195.pdf?lastUpdateDay=10.02.12&lastUpdateHour=4%3A04&userLogged=false&date=Monday%2C%13+February+2012>). Projekt budzi jednak kontrowersje jako naruszający prawo własności i pozbawiający właścicieli nieruchomości słusznego odszkodowania (R. Krupa-Dąbrowska, *Sztuczne tabele zastąpią rzetelną wycenę*, „Rzeczpospolita”. Prawo co dnia, 15 marca 2012 r.).

do przedsiębiorstw energetycznych wytwarzających energię z określonego rodzaju źródeł (np. prawo wodne⁷²², prawo atomowe⁷²³).

Należy zauważyć, że system pozwoleń i innych barier regulacyjnych nie został zharmonizowany na poziomie UE. III pakiet energetyczny wprowadza jedynie ogólne ramy regulacyjne. Oznacza to, że przedsiębiorstwa energetyczne zamierzające prowadzić działalność w innych państwach członkowskich będą musiały dostosować się do obowiązujących w tych krajach wymogów regulacji sektorowej i innych porządków prawnych (np. podatkowych)⁷²⁴. Obowiązek każdorazowego uzyskiwania szeregu pozwoleń administracyjnych w każdym państwie UE będzie stanowił dla nowych przedsiębiorstw energetycznych istotną barierę wejścia na rynek.

Poza tym przedsiębiorstwo energetyczne planujące wejście na rynek innego państwa członkowskiego powinno posiadać wiedzę o jego specyficznych uwarunkowaniach. Szczególnego rodzaju utrudnienia z tym związane wystąpiły w przypadku koncentracji *Verbund/Energie Allianz* (konieczność poniesienia dodatkowych kosztów związanych z dystrybucją i bilansowaniem oraz kosztów przesyłu energii między sieciami zarządzanymi przez ponad 100 różnych operatorów)⁷²⁵.

7.2.3.6. Przepustowość połączeń międzysystemowych

Jest to podstawowa bariera w tworzeniu rynku wewnętrznego energii elektrycznej. Krajowe sektory energetyczne, zamknięte dotychczas w granicach państw członkowskich, nie są technicznie przygotowane na import/eksport energii elektrycznej na dużą skalę. Postanowienia traktatów dotyczące sieci transeuropejskich oraz rozporządzenie 714/2009 stymulują transgraniczny obrót energią elektryczną, jednak osiągnięcie celów III pakietu w zakresie zwiększenia przepustowości połączeń międzysystemowych wymaga znacznych nakładów inwestycyjnych. W przypadku niektórych obszarów geograficznych możliwości te są znacznie ograniczone, niezależnie od skali inwestycji (np. Grecja, obszary wyspiarskie). Zwiększenie przepustowości połączeń międzysystemowych powodujące rozszerzenie rynków właściwych powiodło się na obszarze Skandynawii, gdzie swobodny obrót energią elektryczną dokonywany jest w ramach NordPoolu⁷²⁶. Bariera ta sprawia jednak, że większość rynków energetycznych w UE ma wymiar krajowy⁷²⁷.

7.2.3.7. „Lojalność” odbiorców końcowych wobec operatora zasiedziałego

Liberalizacja zmonopolizowanego sektora, gdzie dotychczas aktywne były jedynie podmioty publiczne, często wywołuje obawy i nieufność odbiorców końcowych (zwłaszcza gospodarstw domowych). Nawet w przypadku znacznej liberalizacji rynku odbiorcy zazwyczaj nie korzystają z prawa zmiany dostawcy energii, pozostając przy dotychczasowym usługodawcy. Tego rodzaju pozaprawne (psychologiczne) bariery stanowią poważną przeszkodę wejścia na rynek dla nowych podmiotów w sektorze energii elektrycznej. Takie zachowanie odbiorców końcowych potwierdzają badania rynku przeprowadzone na potrzeby rozstrzygnięcia konkretnych spraw.

Zmiana dostawcy może być także związana z koniecznością poniesienia znacznych kosztów przez odbiorcę końcowego. Staje się ona wówczas nieopłacalna w stosunku do potencjalnych korzyści, jakie mogą wynikać z zawarcia umowy z nowym dostawcą. Taka sytuacja miała miejsce w sprawie *IVO/Neste*, gdzie prawo fińskie co prawda *expressis verbis* nie zakazywało zmiany dostawcy, ale konieczność zakupu nowego urządzenia pomiarowego w przypadku takiej zmiany (wymagany przepisami) zniechęcała odbiorców do zawierania umów z innymi podmiotami⁷²⁸. Podobnie w 2002 r. Prezes UOKiK stwierdził, że istotnym ograniczeniem wdrożenia zasady TPA (prawa do wyboru

⁷²² Ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz.U. 2001 r. Nr 115, poz. 1229 ze zm.).

⁷²³ Ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. - Prawo atomowe (Dz.U. 2001r. Nr 3, poz. 18 ze zm.).

⁷²⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 58-59.

⁷²⁵ Ibidem, par. 70-72.

⁷²⁶ W sprawie *Neste/IVO* (2 czerwca 1998 r.) Komisja uznała krajowy wymiar rynku fińskiego ze względu na niewielki import/eksport energii (par. 25-26). W sprawie *Sydskraft/Gräninge* (30 października 2003 r.) uznano już szerszy niż terytorium Szwecji wymiar rynku wytwarzania i dostaw hurtowych ze względu na zwiększoną przepustowość połączeń międzysystemowych (par. 26-27).

⁷²⁷ Decyzje Komisji w sprawach: *EDF/Louis Dreyfus*, par. 32; *VEBA/VIAG*, par. 23-31; *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico*, par. 32.

⁷²⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Neste/IVO*, par. 43.

dostawcy) jest brak opłacalności zmiany dostawcy oraz brak wypracowanych reguł zawierania odpowiednich umów, co mogło wywołać stan niepewności wśród przedsiębiorców (ze względu na brak regulacji prawnej)⁷²⁹ - zostało to potwierdzone w późniejszych decyzjach z roku 2006⁷³⁰ i 2007⁷³¹. W sprawie *PGE/Energa* Prezes UOKiK wskazał na nieopłacalną konstrukcję prawną instytucji zmiany sprzedawcy w prawie polskim, co wiąże się z rozwiązaniem umowy o świadczenie usługi kompleksowej⁷³².

7.2.3.8. Koszty osierocone (*stranded costs*)

Dozwolona pomoc publiczna przyznana przedsiębiorstwom energetycznym, przeznaczona na ułatwianie rozwoju niektórych działań gospodarczych lub niektórych regionów gospodarczych (art. 107 ust. 3 lit b TFUE), może stanowić przeszkodę wejścia na rynek. Dotyczy to sytuacji, gdy pomoc taka ma zrekompensować tzw. koszty osierocone, tj. wówczas, gdy cena rynkowa kształtuje się poniżej ceny produkcji. Aby nie dopuścić do zagrożenia bezpieczeństwa energetycznego, państwo powinno zrekompensować stratę ponoszoną przez przedsiębiorstwo. W przeciwnym razie nieopłacalna działalność spowoduje wycofanie się strategicznie ważnego podmiotu z rynku. Tak ukształtowany system pomocy publicznej może dać przedsiębiorstwom energetycznym możliwość wprowadzania cen konkurencyjnych lub niższych w stosunku do oferowanych przez nowego uczestnika rynku. Taka sytuacja została dostrzeżona przez Komisję w sprawie *EDP/ENI/GDP* (gdzie wcześniej Komisja wydała decyzję o zgodności pomocy publicznej ze wspólnym rynkiem)⁷³³.

7.2.3.9. Problem „podwójnej oferty” (*dual offer*)

Niektóre przedsiębiorstwa energetyczne są aktywne zarówno na rynkach dostaw energii elektrycznej, jak i gazu ziemnego (a także innych paliw). Stworzenie takiego rodzaju konglomeratu energetycznego pozwala jednemu podmiotowi na świadczenie kilku rodzajów usług użyteczności publicznej. Taka pozycja operatora zasiedziatego działu odstrasza na nowych uczestników gry rynkowej. Sprzedaż energii elektrycznej i gazu ziemnego pozwala nie tylko osiągać korzyści ekonomii skali. Taki podwójny dominant może także kompensować straty ekonomiczne poniesione w wyniku walki o udziały na jednym rynku (np. dostaw gazu ziemnego) poprzez podwyższenie cen na innym rynku (np. dostaw energii elektrycznej). Obawy związane z „podwójną ofertą” wyraziła Komisja w sprawie *Gaz de France/Suez*.⁷³⁴

Możliwe jest także stworzenie „oferty kombinowanej”, dotyczącej nie tylko dostarczania energii elektrycznej, ale także usług telekomunikacyjnych, ciepła czy wody/odprowadzania ścieków. Taka usługa typu *multi-utility* czyni dane przedsiębiorstwo atrakcyjnym wobec małych odbiorców końcowych (gospodarstw domowych)⁷³⁵, niemniej stanowi ona poważną barierę wejścia na rynek, gdyż zmusza potencjalnych konkurentów do rozszerzenia swojej działalności (por. analiza koncentracji *EDP/ENI/GDP*).

7.2.3.10. Stopień rozwoju rynku obrotu energią

Kolejne pakiety energetyczne mają na celu wprowadzenie zasad konkurencji do zmonopolizowanego dotychczas sektora. W sprawie *Gaz de France/Suez* Komisja uznała, że to właśnie stopień rozwoju rynku obrotu energią elektryczną stanowi wskaźnik liberalizacji. Swobodny obrót energią (czy to w formie „fizycznej”, czy derywatów) pozwala na zrównoważenie popytu i podaży, zarządzanie nadwyżką i dostosowanie planów inwestycyjnych do rzeczywistego zapotrzebowania na energię⁷³⁶. Tylko na tak rozwiniętym rynku energia staje się towarem w rozumieniu przepisów TFUE dotyczących swobody przepływu towarów.

⁷²⁹ Decyzje Prezesa UOKiK: nr DDI-107/02 z dnia 11 grudnia 2002 r., s. 7; DDI-108/02 z dnia 13 grudnia 2002 r., s. 11.

⁷³⁰ Decyzje Prezesa UOKiK: nr DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r., s. 10, 17; nr DKK-32/07 z dnia 28 września 2007 r., s. 5.

⁷³¹ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-29/07 z dnia 8 marca 2007 r., s. 7.

⁷³² Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r., s. 17.

⁷³³ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 294-298.

⁷³⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Gaz de France/Suez*, par. 861-866.

⁷³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK nr DDI-107/02 z dnia 11 grudnia 2002 r., s. 14.

⁷³⁶ Ibidem, par. 885-898.

7.3. Koncentracje horyzontalne

Koncentracje horyzontalne obejmują połączenia i przejęcia przedsiębiorstw dokonywane na tym samym rynku właściwym produktowo. Występują one powszechnie w każdym sektorze gospodarki i stanowi podstawową formę ekspansji przedsiębiorstw. Biorąc pod uwagę specyficzne uwarunkowania zliberalizowanego rynku wewnętrznego energii, można wyodrębnić dwa modele koncentracji horyzontalnych:

- i) koncentracja przedsiębiorstw dokonywana na tym samym rynku właściwym produktowo i geograficznie,
- ii) koncentracja przedsiębiorstw działających na sąsiednich rynkach geograficznych, zazwyczaj obejmujących obszar sąsiednich państw członkowskich⁷³⁷.

7.3.1. Koncentracje horyzontalne na tym samym rynku właściwym produktowo i geograficznie

Biorąc pod uwagę wysoki stopień koncentracji (wartość wskaźnika HHI) na rynkach energii elektrycznej, koncentracje z udziałem przedsiębiorstw energetycznych, posiadających znaczny udział w rynku, będą zwykle wzbudzały obawy co do ich zgodności z rynkiem wewnętrznym lub krajowym. Szczególnie wnikliwej analizie powinny być poddawane koncentracje z udziałem historycznych monopolistów. Istnieje zatem wysokie prawdopodobieństwo wydania przez organ decyzji warunkowej, a nawet zakazującej koncentracji. Z drugiej jednak strony, transakcje te zazwyczaj będą podlegały jurysdykcji krajowych organów ochrony konkurencji ze względu na narodowy wymiar tych rynków. Nawet w przypadku osiągnięcia progów obrotu ustalonych w art. 1 rozporządzenia 139/2004 zasadne będzie przekazanie takiej koncentracji przez Komisję krajowym organom antymonopolowym na podstawie art. 4 ust. 4 rozporządzenia lub „klauszuli niemieckiej” (np. sprawa *ECS/Sibelga*).

Komisja spotkała się z tego rodzaju sytuacją przy rozstrzyganiu sprawy koncentracji *VEBA/VIAG*, dotyczącej połączenia dwóch niemieckich przedsiębiorstw o charakterze konglomeracyjnym (aktywnych m.in. w sektorach elektroenergetycznym, gazowym i naftowym)⁷³⁸. Mimo horyzontalnego charakteru koncentracji największym zagrożeniem dla konkurencji okazała się właśnie pionowa integracja przedsiębiorstw energetycznych. Rynkiem właściwym (dla sektora elektroenergetycznego), na który koncentracja wywierała bezpośredni wpływ, był rynek dostaw hurtowych energii elektrycznej. Co prawda, oba przedsiębiorstwa prowadziły działalność w różnych geograficznie regionach Niemiec, jednak był to wciąż ten sam rynek właściwy asortymentowo i terytorialnie, o krajowym zasięgu⁷³⁹. Okazało się, że połączone przedsiębiorstwa *VEBA* i *VIAG* nie uzyskałyby pozycji dominującej na rynku dostaw hurtowych (21,2 proc. + 12,2 proc. = 33,4 proc.)⁷⁴⁰. Niemniej jednak to właśnie pionowa integracja uczestników koncentracji wywoływała obawy o stan konkurencji na rynku wewnętrznym. Oba przedsiębiorstwa kontrolowały bowiem za pośrednictwem spółek córek znaczną część mocy wytwórczych w Niemczech (w tym wszystkie elektrownie atomowe). Ponadto pod kontrolą uczestników koncentracji znalazłaby się znaczna część sieci przesyłowych na terenie kraju⁷⁴¹. W podobnej sytuacji znajdował się do tego największy konkurent połączonych spółek, tj. *RWE* (Bundeskartellamt był w trakcie rozpoznawania sprawy przejęcia przez *RWE* niewielkiej spółki *HEW*)⁷⁴². *RWE*, będąc liderem na niemieckim rynku energii, posiadał niewielką przewagę nad obiema spółkami. Bezwarunkowa zgoda na koncentrację stworzyłaby na rynku niemieckim sytuację duopolu stycznej dominacji *VEBA/VIAG* i *RWE*. Oba przedsiębiorstwa posiadałyby łącznie (wraz ze spółkami zależnymi) ok. 60 proc. udziałów w rynku wytwarzania i hurtowych dostaw energii elektrycznej. Biorąc jednak pod uwagę rezerwy wytwórcze oraz kontrolę przez oba przedsiębiorstwa (po połączeniu) 93 proc. niemieckich sieci przesyłowych,

⁷³⁷ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 380.

⁷³⁸ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par. 4-5.

⁷³⁹ Zob. rozdział IV, pkt 2.1.

⁷⁴⁰ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par. 49.

⁷⁴¹ Ibidem, par. 59.

⁷⁴² C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 382.

Komisja dostrzegła znaczące zagrożenie dla konkurencji na tym rynku. Zgoda na koncentrację została jednak wydana, ale unijny organ antymonopolowy uzależnił ją od wyzbycia się kontroli nad częścią spółek zależnych (m.in. wschodnioniemieckim BEWAG).

Charakter koncentracji horyzontalnej na tym samym rynku właściwym geograficznie ma koncentracja *PGE/Energa*, rozstrzygnięta przez Prezesa UOKiK decyzją zakazującą z dnia 13 stycznia 2011 r.⁷⁴³. Zgodnie ze stanowiskiem polskiego organu antymonopolowego, koncentracja miałaby doprowadzić do utworzenia pozycji dominującej połączonego przedsiębiorcy na rynku sprzedaży detalicznej energii elektrycznej (poprzez eliminację rzeczywistego konkurenta *PGE*), co doprowadziłoby do wzrostu cen energii elektrycznej w kraju⁷⁴⁴. Podobnie jak w sprawie *VEBA/VIAG*, pojawił się tu problem wywierania skutków wertykalnych przez koncentrację o wymiarze horyzontalnym. Większość energii elektrycznej w grupie *Energa* jest wytwarzana przez elektrownię w Ostrołęce - *PGE* posiada znacznie bardziej rozbudowane zdolności wytwórcze⁷⁴⁵. Ponadto w stanie sprzed koncentracji *PGE* zmuszona była do sprzedaży znacznej części wytworzonej przez siebie energii poza swoją grupę kapitałową⁷⁴⁶. Nierównomierne udziały przedsiębiorców w sąsiednich rynkach właściwych produktowo stymulowały rozwój konkurencji w sektorze energii elektrycznej. Oznacza to zatem, że koncentracja horyzontalna może mieć antykonkurencyjne skutki, jeżeli jest dokonywana w ramach tej samej transakcji na kilku rynkach produktowych powiązanych ze sobą.

7.3.2. Koncentracje horyzontalne dokonywane na sąsiadujących rynkach właściwych geograficznie

Ze względu na krajowy wymiar rynków właściwych w sektorze energii elektrycznej koncentracje tego rodzaju będą miały przede wszystkim charakter transgraniczny. Oznacza to, że będą one podlegały przede wszystkim jurysdykcji Komisji Europejskiej. Unijny organ ochrony konkurencji powinien unikać przekazywania tego rodzaju spraw do państw członkowskich. Energetyka związana jest z ich strategicznymi interesami, dlatego sprawy koncentracji z udziałem przedsiębiorstw energetycznych nie powinny być rozstrzygane przez organy państw obcych.

Koncentracje tego rodzaju stanowią najskuteczniejszy sposób urzeczywistnienia traktatowych swobód przedsiębiorczości oraz przepływu towarów i kapitału. Problem „wąskich gardel” wynikający z ograniczonej przepustowości transgranicznych połączeń międzysystemowych uniemożliwia swobodny przepływ energii elektrycznej w ramach rynku wewnętrznego. Zakładanie nowej spółki lub oddziału (pierwotna swoboda przedsiębiorczości) na obcym rynku jest rozwiązaniem mało opłacalnym i ryzykownym. Mimo postępowych rozwiązań zawartych w III pakiecie liberalizacyjnym (m.in. rozporządzeniu 714/2009) fuzje i przejęcia wciąż pozostają najskuteczniejszym sposobem wejścia na obcy rynek. Inwestycje tego rodzaju są nie tylko irrelewantne z punktu widzenia prawa konkurencji, ale także pożądane jako instrument tworzenia rynku wewnętrznego energii elektrycznej⁷⁴⁷. Przedsiębiorstwo aktywne na dwóch różnych rynkach właściwych geograficznie będzie zainteresowane inwestycjami w rozbudowę połączeń międzysystemowych w celu zwiększenia swojej roli na rynku.

Uczestnikami koncentracji tego rodzaju są zwykle operatorzy zasiedziali - generowane przez nich przychody zwykle przekraczają progi obrotu z art. 1 rozporządzenia 139/2004. Koncentracje między historycznymi monopolistami zazwyczaj wzbudzają obawy co do zgodności z rynkiem wewnętrznym. Nowy podmiot wkraczający na rynek musi zacząć budowanie swojej pozycji od zera i podejmuje działalność na innym rynku właściwym. Nie oznacza to, że Komisja zawsze wydaje zgodę bezwarunkową na koncentrację w przypadku fuzji transgranicznej. Jak już zostało wspomniane, patologiczna sytuacja występuje w przypadku nabycia niewielkiego przedsiębiorstwa na sąsiednim rynku geograficznym w celu powstrzymania presji konkurencyjnej. Komisja powinna stanowczo reagować wobec tego rodzaju transakcji.

⁷⁴³ Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

⁷⁴⁴ Ibidem, s. 54-55.

⁷⁴⁵ Ibidem, s. 53.

⁷⁴⁶ Ibidem, s. 58.

⁷⁴⁷ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 385-386.

Przykładem transgranicznej koncentracji horyzontalnej była sprawa *EDF/EnBW*, kiedy to francuski operator zasiedziały przejął południowoniemiecką grupę przedsiębiorstw energetycznych. Wobec zwiększonej przepustowości francusko-niemieckich połączeń międzysystemowych (5-15 proc.) pojawiła się groźba rozszerzenia francuskiego rynku dostaw hurtowych energii elektrycznej i wejście nowego konkurenta na rynek⁷⁴⁸. Rzeczywistym celem przejęcia było zatem zapobieżenie wejściu na francuski rynek nowego uczestnika. Ponadto transakcja umocniła pozycję *EDF* na rynku niemieckim (którego *nota bene* Komisja nie rozważyła jako rynku właściwego w sprawie), stwarzając konkurencyjną groźbę dla innych niemieckich spółek energetycznych zamierzających wejść na rynek francuski⁷⁴⁹. Unijny organ antymonopolowy wyraził zgodę na koncentrację, obwarowując ją warunkami udostępnienia części zdolności wytwórczych we Francji w formie aukcji wirtualnych (*Virtual Power Plants - VPP*) oraz wyzbycia się praw udziałowych *EnBW* w spółce *WATT*⁷⁵⁰. Przyzwolenie Komisji na zablokowanie naturalnego rozwoju rynku wewnętrznego energii jest krytykowane w doktrynie⁷⁵¹.

Ekspansywny charakter miała również koncentracja *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*. *EDF* za pośrednictwem nowo przejętej spółki *EnBW* zamierzał w podobny jak we wcześniejszej sprawie sposób wkroczyć na rynek hiszpański. Komisja dostrzegła, że przed dokonaniem koncentracji *EDF*, jako wiodący europejski eksporter energii, był zainteresowany inwestowaniem w rozbudowę połączeń międzysystemowych w Pirenejach, co było pożądane ze względu na perspektywę geograficznego rozszerzenia rynków właściwych⁷⁵². Nabycie spółki *Hidroeléctrica del Cantábrico* za pośrednictwem *EnBW* dawało *EDF* kontrolę nad częścią elektrowni hiszpańskich. Oznaczało to utratę zainteresowania inwestowaniem w połączenia międzysystemowe ze stony *EDF* i pozostawienie rynków zamkniętych w dotychczasowych granicach⁷⁵³. Wejście *EnBW* na rynek hiszpański umocniłoby jedynie duopol *Endesa-Iberdrola*⁷⁵⁴. W tej sprawie Komisja również wydała warunkową zgodę na koncentrację. Swoje stanowisko potwierdziła w sprawie koncentracji *EnBW/EDP/Cajastur/HidroCántabrico*⁷⁵⁵.

Komisja nie uznała jednak za zagrożenie dla konkurencji przejęcia wspólnej kontroli nad hiszpańską spółką *HidroCántabrico* przez *EDP*, *Cajastur* i *Caser*⁷⁵⁶. Organ antymonopolowy uznał, że *EDP* (portugalski operator zasiedziały) mimo przejęcia hiszpańskiej spółki dystrybucyjnej nie będzie w stanie zagrozić tamtejszemu duopolowi ze względu na marginalne znaczenie *HidroCántabrico* na rynku hiszpańskim⁷⁵⁷. Przejęcie nie zostało uznane za zakłócające rozwój konkurencji na rynku wewnętrznym energii - *HidroCántabrico* nie mogło zostać uznane za konkurenta *EDP* na portugalskim rynku dostaw energii odbiorcom korzystającym z prawa wyboru sprzedawcy. Przyczyną takiego stwierdzenia Komisji był brak kontroli ze strony *HidroCántabrico* nad elektrowniami portugalskimi oraz bardzo ograniczona przepustowość hiszpańsko-portugalskich połączeń międzysystemowych⁷⁵⁸. Nie wystąpiła tu zatem analogiczna sytuacja jak w sprawie *EDF/EnBW*, a Komisja wydała bezwarunkową zgodę na koncentrację.

Koncentracje o charakterze typowo transgranicznym będą występowały coraz rzadziej na zliberalizowanym rynku energii elektrycznej. Niektórzy z operatorów zasiedziały (np. *EDP*, *EDF*, *RWE*, *Vattenfall*) prowadzą obecnie działalność na rynkach energii elektrycznej w wielu państwach członkowskich. Ze względu na ich ugruntowaną pozycję wejście nowych uczestników na rynek wydaje się mało prawdopodobne, co oznacza że koncentracje będą zazwyczaj dokonywane w ramach tego samego rynku właściwego. W kontekście tego stwierdzenia można zatem uznać, że jedno z założeń rynku wewnętrznego energii elektrycznej jest z powodzeniem realizowane w praktyce.

⁷⁴⁸ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/EnBW*, par. 55.

⁷⁴⁹ Ibidem, par. 69-74.

⁷⁵⁰ Ibidem, par. 91-112.

⁷⁵¹ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 390-391.

⁷⁵² Decyzja Komisji w sprawie *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, par. 81-87.

⁷⁵³ Ibidem, par. 102-122.

⁷⁵⁴ Ibidem, par. 99-101.

⁷⁵⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EnBW/EDP/Cajastur/HidroCántabrico*, par. 40-42.

⁷⁵⁶ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/Cajastur/Caser/HidroCántabrico*.

⁷⁵⁷ Ibidem, par. 14.

⁷⁵⁸ Ibidem, par. 15-16.

7.4. Koncentracje wertykalne

Sektor energetyczny (a także inne sektory sieciowe) rodzą szczególną pokusę pionowej integracji przedsiębiorstw. Związane jest to z kwestią sieci przesyłowych i dystrybucyjnych, mających strategiczne znaczenie dla przedsiębiorstw działających na konkurencyjnych rynkach właściwych. Kontrola nad sieciami przesyłowymi daje przedsiębiorstwu energetycznemu przewagę nad konkurentami, polegającą na:

- i) zapewnieniu minimalnego udziału w rynku niższego szczebla (*downstream market*),
- ii) przejściu informacji o odbiorcach końcowych, ich zachowaniach i tendencjach rynkowych,
- iii) przejściu klienteli przywiązanej do dotychczasowego odbiorcy, obawiającej się (z różnych przyczyn) korzystania z prawa wyboru sprzedawcy,
- iv) dyskryminacyjnym traktowaniu odbiorców chcących korzystać z prawa wyboru sprzedawcy, zgodnie z art. 32 dyrektywy 2009/72/WE - państwa członkowskie mogą zwolnić z obowiązku unbundlingu przedsiębiorstwa zintegrowane pionowo, które obsługują mniej niż 100 000 przyłączonych odbiorców lub małe systemy wydzielone (art. 26 ust. 4 dyrektywy 2009/72/WE)⁷⁵⁹.

Do przejęcia aktywów sieciowych będą zatem dążyli producenci i dostawcy energii („integracja wstecz”), ale nie pozostaną również bierni właściciele tych sieci, którzy sami będą chcieli wykorzystać swoją pozycję i opanować rynki sąsiednie („integracja w przód”)⁷⁶⁰. Dyrektywa 2009/72/WE nakazuje w art. 9 wprowadzenie własnościowego rozdzielenia TSO od innych rodzajów działalności prowadzonej przez to przedsiębiorstwo (por. art. 9k pr.energ.). Niemniej jednak obowiązek rozdzielenia nie dotyczy DSO, wobec którego istnieje jedynie obowiązek unbundlingu prawnego (art. 26 ust. 1 dyrektywy). Oznacza to, że w praktyce przedsiębiorstwa aktywne na rynkach szczebla wyższego (*upstream markets*) i niższego (*downstream markets*) będą dążyły do uzyskania kontroli nad systemami dystrybucyjnymi. Tego rodzaju koncentracje, o ile będą dokonywane na tym samym rynku właściwym geograficznie, zawsze będą budziły wątpliwości co do zgodności z rynkiem wewnętrznym lub krajowym. Koncentracje skośne natomiast (na różnych rynkach właściwych produktowo i geograficznie) będą zazwyczaj miały prokonkurencyjny charakter jako przyczyniające się do budowy rynku wewnętrznego energii elektrycznej⁷⁶¹.

Przykładem koncentracji wertykalnej o wymiarze unijnym była sprawa *Verbund/Energie Allianz*. Austriackie przedsiębiorstwo energetyczne *Verbund*, zajmujące się przede wszystkim wytwarzaniem energii elektrycznej (największy producent na rynku austriackim) oraz jej przesyłem, dostawami i obrotem, zamierzało utworzyć dwa wspólne przedsiębiorstwa (*E&S* i *APT*) wraz z *Energie Allianz* - związkiem lokalnych DSO⁷⁶². Oprócz uzyskania pozycji dominującej na rynku dostaw hurtowych⁷⁶³ oraz umocnienia pozycji *Energie Allianz* na rynku dostaw detalicznych⁷⁶⁴ za szczególne zagrożenie dla konkurencji Komisja uznała uzyskanie kontroli przez powstały podmiot nad znacznymi zdolnościami wytwórczymi⁷⁶⁵. *Verbund*, będąc właścicielem większości elektrowni wodnych w Austrii, posiadał przewagę nad innymi przedsiębiorstwami energetycznymi nie tylko ze względu na największy udział w rynku, ale także z powodu korzyści związanych z wytwarzaniem „czystej” energii (na którą w Austrii jest wysoki popyt)⁷⁶⁶. Dystrybutorzy niezrzeszeni w *Energie Allianz* byli zależni od *Verbund*, który w wyniku koncentracji zamierzał wkroczyć na rynek sąsiedni⁷⁶⁷. Ponadto pionowa integracja i związana z tym kontrola całego cyklu oddziaływała negatywnie na rynek bilansowania systemu - VIU posiadało najlepszą wiedzę umożliwiającą mu prawidłową ocenę sytuacji na rynku w danej chwili, a posiadane elektrownie wodne były technicznie najlepszym

⁷⁵⁹ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 398-399.

⁷⁶⁰ M. Szydło, *Prawo konkurencji...*, op. cit., s. 114-115.

⁷⁶¹ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 400.

⁷⁶² Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 5-7.

⁷⁶³ Ibidem, par. 104-106.

⁷⁶⁴ Ibidem, par. 126-131.

⁷⁶⁵ Ibidem, par. 114-118.

⁷⁶⁶ Ibidem.

⁷⁶⁷ Ibidem, par. 118.

„narzędziem” bilansowania⁷⁶⁸. I wreszcie - nabycie DSO oznaczało przejście małych odbiorców przywiązanych do dotychczasowego dystrybutora⁷⁶⁹.

W sprawie *EDF/British Energy* (przejście szkockiej spółki przez francuskiego operatora zasiedziałego) pojawił się problem związany z horyzontalną koncentracją na rynkach sąsiednich. Komisja dostrzegła bowiem ryzyko zmniejszenia przez przejęte przedsiębiorstwo ilości wytwarzanej energii, co miało doprowadzić do zwiększenia cen na rynku dostaw hurtowych⁷⁷⁰. Biorąc pod uwagę fakt, że *EDF* był już wcześniej obecny na rynku brytyjskim (por. decyzja w sprawie *EDF/London Electricity*), koncentracja ta miała także wymiar wertykalny w ramach tego samego rynku geograficznego (Wielka Brytania). Komisja zauważyła, że pionowa integracja obu spółek spowoduje zmniejszenie płynności (*reduce level of liquidity*) rynku dostaw hurtowych. Przejęcie nowych zdolności wytwórczych zniechęciłoby połączony podmiot do nabywania energii spoza grupy *EDF* i produkowania na własne potrzeby gospodarcze⁷⁷¹. Co więcej, powiększony *EDF* byłby skłonny wycofać z rynku część zdolności wytwórczych - ograniczenie podaży skutkowałoby wzrostem ceny energii elektrycznej⁷⁷². Ponadto *EDF*, przejmując *British Energy*, obejmował kontrolę nad większością brytyjskich elektrowni atomowych, a przejście szczególnego rodzaju zdolności wytwórczych także groziło istotnym ograniczeniem konkurencji na znacznej części rynku wewnętrznego⁷⁷³.

Argumentem przemawiającym za dopuszczalnością pionowej integracji przedsiębiorstw energetycznych są wymogi unbundlingu wynikające z kolejnych pakietów energetycznych. Przedsiębiorstwo nabywające infrastrukturę przesyłową lub dystrybucyjną wchodzi na rynek monopolistyczny, poddany bieżącemu nadzorowi organu regulacyjnego (np. Prezesa URE). Dążenie do maksymalizacji zysku z działalności kosztem odbiorców końcowych jest poddane ograniczeniom regulacji sektorowej, m.in. obowiązki ustalania cen energii w oparciu o urzędowo zatwierdzone taryfy. Podkreśla się jednak, że przejmowanie przez przedsiębiorstwa energetyczne wielu DSO stanowi zagrożenie dla konkurencji. W kontekście sprawy *PGE/Energa* Prezes URE zwrócił uwagę organu antymonopolowego na sposób ustalania taryf (formuła benchmarkingu). Zgodnie z regulacją sektorową (Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną)⁷⁷⁴, taryfy i ceny energii elektrycznej ustalane są w oparciu o analizę porównawczą działalności prowadzonej przez różnych DSO. Mniejsza liczba dystrybutorów niezależnych od przedsiębiorstw zintegrowanych pionowo ogranicza możliwość ustalenia korzystnej dla odbiorców końcowych ceny usługi. Ma to negatywny wpływ na konkurencję na rynkach sąsiednich i skutkuje wyższymi cenami energii elektrycznej⁷⁷⁵.

7.5. Koncentracje konglomeracyjne (elektryczno-gazowe)

Ze względu na stosunkowo jednolity charakter działalności gospodarczej w sektorze energii elektrycznej i gazu ziemnego państwa członkowskie, jeszcze w fazie przedliberalizacyjnej, powierzały świadczenie usług dostarczania energii elektrycznej i gazu (często również paliw ciekłych) temu samemu podmiotowi. Skupienie działalności gospodarczej w całym sektorze energetycznym w ręku jednego podmiotu było korzystne zarówno dla przedsiębiorcy publicznego, jak i odbiorców końcowych. Liberalizacja energetyki i wprowadzenie reguł wolnego rynku do sektora sieciowego spowodowało konieczność zmiany spojrzenia na konglomeraty elektryczno-gazowo-naftowe. Zmusza to orany antymonopolowe do ostrożnej oceny koncentracji prowadzących do powstania tego rodzaju podmiotów.

⁷⁶⁸ Ibidem, par. 119-120.

⁷⁶⁹ Ibidem, par. 123.

⁷⁷⁰ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/British Energy*, COMP IV/M.5224, z dnia 22 grudnia 2008 r., Dz.Urz. WE C 38 z dnia 17 lutego 2009 r., s. 8, par. 29-37.

⁷⁷¹ Ibidem, par. 38-40.

⁷⁷² Ibidem, par. 25-36.

⁷⁷³ Ibidem, par. 107-122.

⁷⁷⁴ Dz.U. 2011 r., Nr 189, poz. 1126.

⁷⁷⁵ Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-1/2011, s. 60.

Poszczególne przedsiębiorstwa będą dążyły do opanowania także innych rynków w sektorze energetycznym (również tych niezwiązanych z energią elektryczną). Biorąc pod uwagę fakt, że energia elektryczna jest niezbędna do prowadzenia działalności w sektorze gazu ziemnego, a gaz ziemny stanowi jeden z surowców służących do wytwarzania energii, połączona usługa w zakresie energii elektrycznej i gazu ziemnego (tzw. *dual offer*) pozwala na uzyskanie korzyści ekonomii skali. Przedsiębiorstwo aktywne w kilku sferach sektora energetycznego może w ten sposób obniżyć koszty dostarczanej energii (gazu, paliw ciekłych) i zaoferować kilka usług po obniżonej cenie. Jest to oferta korzystna z punktu widzenia odbiorcy końcowego, który otrzymuje jedną fakturę VAT za wszystkie usługi, a ich cena jest niższa niż gdyby miał płacić osobno kilku różnym podmiotom⁷⁷⁶.

Początkowo Komisja wydawała się nie dostrzegać zagrożeń wynikających z tego rodzaju połączeń (np. sprawy: *Tractbel/Distrigaz* i *Electrabel/Epon*), niemniej podejście to uległo zmianie przy rozstrzygnięciu sprawy koncentracji *EDP/ENI/GDP*, zakończonej wydaniem jedyne dotychczas zakazu koncentracji w sektorze energetycznym w praktyce decyzyjnej Komisji. Zakaz ten został potwierdzony wyrokiem Sądu Pierwszej Instancji.

Sprawa *EDP/ENI/GDP* dotyczyła zamiaru przejęcia wspólnej kontroli przez *EDP* (portugalski zasiedziały operator elektroenergetyczny) i *ENI* (włoska spółka energetyczna) nad *GDP* (portugalski zasiedziały operator gazowy)⁷⁷⁷. Badanie rynku przeprowadzone przez Komisję wykazało, że przejęcie kontroli nad *GDP* przez aktywnych uczestników koncentracji oznaczało wyeliminowanie potencjalnego konkurenta z rynków energii elektrycznej. *GDP* rozwijało bowiem infrastrukturę elektroenergetyczną, która miała umożliwić stworzenie oferty elektryczno-gazowej (*dual offer*)⁷⁷⁸. Horyzontalnym efektem przejęcia miało zatem być umocnienie własnej pozycji dominującej.

W zakresie skutków wertykalnych koncentracji Komisja stwierdziła, że wejście *EDP* na portugalski rynek gazu ziemnego da przedsiębiorstwom przejmującym dostęp do cennych informacji dotyczących spółki *Turbogás* (oraz innych portugalskich przedsiębiorstw energetycznych) wytwarzającej energię elektryczną w elektrowniach gazowych przy użyciu turbin gazowo-parowych (*combined cycle gas turbines - CCGT*). Ze względu na to, że 70 proc. gazu *Turbogás* nabywał od *GDP*, koncentracja oznaczałaby pośrednie podporządkowanie konkurenta portugalskiemu operatorowi zasiedziałemu.⁷⁷⁹

Ponadto przejęcie oznaczało wzrost znaczenia *EDP* na rynku wytwarzania i hurtowych dostaw gazu ziemnego. Posiadanie kontroli nad wydobyciem gazu ziemnego⁷⁸⁰, a także kontrola nad międzynarodowym rurociągiem z Algierii⁷⁸¹, terminalu LNG w Sinès⁷⁸² oraz dostęp do instalacji magazynowania gazu ziemnego⁷⁸³ dawały *EDP* silną pozycję w sektorze gazu ziemnego. Kontrolowanie rynku pierwotnego, czyli wprowadzania gazu do obrotu, pozwalało podwójnemu operatorowi zasiedziałemu na kształtowanie zachowań rynkowych nie tylko na podrzędnych rynkach w sektorze gazowym, ale także na wywieranie presji na rzeczywistych i potencjalnych konkurentów na rynkach energii elektrycznej. Wszelkie elektrownie wytwarzające energię elektryczną w układzie gazowo-parowym (używające turbin CCGT) zostałyby uzależnione od powiększonej grupy kapitałowej⁷⁸⁴. Bardzo silna pozycja konglomeratu *EDP-GDP* na rynkach hurtowych dostaw energii elektrycznej działałaby odstraszaюще na potencjalną konkurencję.

Jeżeli chodzi o rynek dostaw detalicznych, Komisja rozważyła możliwość proponowania odbiorcom końcowym „podwójnej oferty”. Mimo atrakcyjnego dla konsumentów charakteru tej oferty możliwość łącznej sprzedaży energii elektrycznej i gazu wzbudziła obawy jako potencjalne zagrożenie dla konkurencji na rynku. Odbiorcy końcowi, zainteresowani tańszą i mniej skomplikowaną ofertą *EDP-GDP*, zmieniliby dostawcę na byłego państwowego monopolistę o uznanej w Portugalii renomie. Aby skutecznie konkurować z grupą *EDP*, przedsiębiorstwa energetyczne musiałyby także stworzyć

⁷⁷⁶ C.W. Jones, *Merger control in electricity...*, op. cit., s. 408-410.

⁷⁷⁷ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 5-9.

⁷⁷⁸ Ibidem, par. 335-337.

⁷⁷⁹ Ibidem, par. 368-379.

⁷⁸⁰ Ibidem, par. 380-383.

⁷⁸¹ Ibidem, par. 384-390.

⁷⁸² Ibidem, par. 391-402.

⁷⁸³ Ibidem, par. 403-404.

⁷⁸⁴ Ibidem, par. 415-429.

„podwójną ofertę”, co byłoby niemożliwe ze względu na bardzo silną pozycję powiększonego EDP w sektorze gazu ziemnego⁷⁸⁵. Oznaczało to, że w krótkim czasie mogłoby dojść do monopolizacji obu sektorów przez podwójnego operatora zasiedziałego.

Uczestnicy koncentracji nie zdolali przekonać Komisji argumentem, że rynek właściwy geograficznie wykracza poza terytorium Portugalii i ma zasięg iberyjski⁷⁸⁶. Propozycja rozwiązania kontraktu długoterminowego również nie przekonała unijnego organu antymonopolowego do zmiany stanowiska. W rezultacie koncentracja została uznana za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.

Po rozstrzygnięciu sprawy koncentracji EDP/ENI/GDP Komisja wydała jeszcze kilka ważnych decyzji dotyczących połączeń z udziałem przedsiębiorstw energetycznych aktywnych zarówno na rynkach energii elektrycznej, jak i gazu ziemnego (a także energii cieplnej). Chodzi o rozstrzygnięcia w sprawach: DONG/Elsam/Energi 2, Gaz de France/Suez i E.ON/MOL. Komisja wydała w tych sprawach zgody warunkowe, co podkreśla groźny dla konkurencji charakter tworzenia podwójnych operatorów zasiedziałych. Negatywne skutki koncentracji konglomeracyjnych były jednak odczuwalne przede wszystkim na rynkach gazu ziemnego, a ich szczegółowa analiza wykraczałaby poza obręb tematyczny niniejszych rozważań.

7.6. Środki zaradcze

Wydanie decyzji zakazującej dokonania koncentracji powinno być środkiem stosowanym tylko w wyjątkowych sytuacjach, gdy niezależnie od warunków połączenia (przejęcia) istnieje znaczne ryzyko ograniczenia konkurencji na rynku. Nawet w sektorze energetycznym, gdzie stopień koncentracji rynków jest bardzo wysoki, wydanie decyzji zakazującej koncentracji jest stosowane jedynie w wyjątkowych przypadkach. Dowodzi tego praktyka zarówno Komisji Europejskiej (sprawa EDP/ENI/GDP), jak i Prezesa UOKiK (sprawa PGE/Energia). Takie ostrożne odejście organów antymonopolowych w wydawaniu radykalnych decyzji jest jak najbardziej zrozumiałe – każdorazowy zakaz koncentracji stanowi bowiem ograniczenie traktatowej swobody przedsiębiorczości i przepływu kapitału oraz konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej.

Zarówno przepisy rozporządzenia 139/2004 (art. 6 ust. 2 oraz art. 8 ust. 2), jak i u.o.k.k. (art. 19) dają organom antymonopolowym możliwość nałożenia na uczestników koncentracji określonego rodzaju zobowiązań, mających na celu zapewnienie zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym lub krajowym. Zobowiązania te, zwane środkami zaradczymi, mogą (a nawet powinny) zaproponować sami uczestnicy koncentracji. Kwestie z tym związane szczegółowo określa zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych⁷⁸⁷ (dalej: zawiadomienie ws. środków zaradczych).

Zobowiązania tego rodzaju dzielą się na:

- środki behawioralne - nakładające na strony obowiązek zachowania się (działania lub zaniechania) w określony w decyzji sposób⁷⁸⁸,
- środki strukturalne - obowiązki określonego rozporządzania aktywami.⁷⁸⁹

Zasadnicza różnica pomiędzy tymi dwoma rodzajami środków polega na tym, że środki strukturalne trwale ingerują w stan aktywów przedsiębiorstwa i stanowią bezpośrednie ograniczenie prawa własności. Środki behawioralne natomiast jedynie ograniczają swobodę korzystania z mienia przedsiębiorstwa. Zgodnie z zasadą proporcjonalności, środki behawioralne powinny mieć pierwszeństwo przed strukturalnymi jako bardziej „drastycznymi”, niemniej ze względów praktycznych preferowane jest (w szczególności przez Komisję Europejską) stosowanie środków strukturalnych⁷⁹⁰. Wynika to z dogodnego i jednorazowego charakteru tych środków – po wprowadzeniu w życie przez uczestników koncentracji danego środka, rola organu antymonopolowego się kończy (próba odzyskania utraconych aktywów będzie skutkowała wszczęciem nowego postępowania

⁷⁸⁵ Ibidem, par. 466.

⁷⁸⁶ Zob. rozdział IV, pkt 2.

⁷⁸⁷ Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz.Urz. WE C 267 z dnia 22 października 2008 r., s. 1-26).

⁷⁸⁸ A. Jones, B. Surfin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2001, s. 790.

⁷⁸⁹ C. J. Cook, C. S. Kerse, *EC Merger Control*, Londyn 2000, s. 206.

⁷⁹⁰ V. Landes, *Remedies in energy mergers* [w:] C. W. Jones (red.), *EU Energy Law...*, op. cit., s. 427-428.

w sprawie kontroli nad koncentracjami lub zostanie oceniona w świetle art. 101 lub 102 TFUE). Środki behawioralne natomiast wymagają stałego zaangażowania organów antymonopolowych w monitorowanie bieżącej działalności przedsiębiorstw⁷⁹¹. Ponadto środki strukturalne są także dogodne z punktu widzenia przedsiębiorcy - często lepszym rozwiązaniem jest zbycie aktywów, z których można korzystać w sposób mocno ograniczony.

Rozporządzenie 139/2004 nie zawiera nawet przykładowego katalogu środków zaradczych - zostały one bardziej szczegółowo opisane w zawiadomieniu ws. środków zaradczych. Z kolei katalog z art. 19 ust. 2 u.o.k.k. ma jedynie charakter egzemplifikacyjny. Oznacza to, że zarówno Komisja, jak i Prezes UOKiK, a przede wszystkim zainteresowane przedsiębiorstwa dysponują znaczną uznaniowością w zakresie „obwarowywania” koncentracji modyfikacjami. W zakresie praktyki kontroli koncentracji na rynkach energii elektrycznej można wyodrębnić pewne „schematyczne” rodzaje środków zaradczych stosowanych przez organy antymonopolowe.

Należy pamiętać, że środki zaradcze (zarówno strukturalne, jak i behawioralne) są to zobowiązania przedsiębiorców o charakterze indywidualnym - ich adresatem są tylko uczestnicy danej koncentracji. Są one stosowane w przypadku, gdy generalno-abstrakcyjne powinności wynikające z przepisów prawa są niewystarczające w celu zapobieżenia antykonkurencyjnym zachowaniom przedsiębiorców. Oznacza to, że środki zaradcze nie mogą być powtórzeniem ani rozszerzeniem obowiązków wynikających z przepisów prawa (np. zobowiązanie przedsiębiorstw energetycznych do dokonywania sprzedaży energii elektrycznej za pośrednictwem giełdy towarowej - art. 49a ust. 2 pr.energ.)⁷⁹².

7.6.1. Wyzbycie się kontroli nad przedsiębiorstwami (przedsiębiorcami)

Wyzbycie się kontroli zazwyczaj polega na zbyciu określonych pakietów udziałów lub akcji, co stanowi jeden z najczęściej stosowanych w praktyce środków strukturalnych⁷⁹³. Środek ten dotyczy przeważnie spółek zależnych od uczestnika koncentracji. Ilość udziałów każdorazowo zostanie określona w decyzji organu antymonopolowego. Przeważnie konkurencja na rynku nie zostanie zachwiana, jeżeli przedsiębiorstwo wyzbędzie się jedynie części posiadanych praw udziałowych. Utrata kontroli będzie miała miejsce w przypadku odebrania uczestnikowi koncentracji większościowego pakietu udziałów lub akcji.

Zastosowanie takiego środka miało miejsce w sprawie *Neste/IVO*, gdzie komisja wyraziła zgodę na koncentrację pod warunkiem wyzbycia się kontroli nad spółką *Gasum* w drodze obniżenia udziałów *Neste* z 75 proc. do 25 proc. (24 proc. miał przejąć Skarb Państwa Finlandii, a pozostałe 26 proc. miało zostać zbyte niezależnym podmiotom)⁷⁹⁴.

Pozytywnie oceniła również Komisja zobowiązania zaproponowane przez uczestników koncentracji *VEBA/VIAG*, gdzie wyzbycie się przez oba przedsiębiorstwa udziałów w spółce *VEAG* miało spowodować wkroczenie nowego konkurenta na rynek. *VEAG* miał się stać w ten sposób niezależny od duopolu *VEBA-VIAG* i *RWE*⁷⁹⁵. Podobny cel miało zbycie przez każdego z uczestników transakcji własnych udziałów w mniejszych spółkach *VEW* i *HEW*⁷⁹⁶. Z kolei wyzbycie się przez *VEBA* większościowego pakietu udziałów w *Rhenag* (54,1 proc.) miało doprowadzić do zerwania sojuszu z *RWE* (drugi wspólnik w *Rhenag*) i zapobiec zgodnemu kształtowaniu zachowań dominantów (realna groźba duopolu na rynku niemieckim).⁷⁹⁷

Obowiązek wyzbycia się całości udziałów posiadanych w spółce zależnej został nałożony na uczestników koncentracji *EDF/EnBW*. W ocenie Komisji zbycie udziałów *EnBW* w szwajcarskiej

⁷⁹¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDP/ENI/GDP*, par. 663 i 719.

⁷⁹² Wyrok SOKiK z dnia 14 maja 2012 r., XVII Ama 41/11 [za:] T. Skoczny, *Kontrola koncentracji - przesłanki zgody warunkowej i odstąpienia od zakazu dokonania koncentracji; błędy proceduralne w postępowaniu przed Prezesem UOKiK poza kontrolą sądową*, internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny (iKAR) 2012, nr 4(1), s. 121.

⁷⁹³ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 553.

⁷⁹⁴ Decyzja Komisji w sprawie *Neste/IVO*, par. 56-57.

⁷⁹⁵ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par. 229.

⁷⁹⁶ Ibidem, par. 241.

⁷⁹⁷ Ibidem, par. 231.

spółce WATT miało zapobiec umocnieniu się pozycji grupy EDF w Szwajcarii i utworzeniu europejskiego dominanta energetycznego w dłuższej perspektywie⁷⁹⁸.

Podobne zobowiązania zostały nałożone na uczestników koncentracji *Verbund/Energie Allianz*. Posiadanie znacznych udziałów na austriackich rynkach dystrybucji energii elektrycznej pozwalało uczestnikom na „agresywne” wejście na rynek dostaw energii dużym odbiorcom przemysłowym. W celu zapobieżenia temu zagrożeniu *Verbund* zaproponował zbycie większościowego pakietu udziałów w spółce dystrybucyjnej APC, na co Komisja wyraziła zgodę⁷⁹⁹. Ze względu na wrażliwy charakter małych odbiorców przedsiębiorstwa wyraziły zgodę na zbycie udziałów mniejszościowych w spółkach *Unsere Wasserkraft* i *MyElectric*, co miało zapobiec wywieraniu jakiegokolwiek wpływu wertykalnego na kształtowanie cen energii w Austrii⁸⁰⁰.

W sprawie *RWE/Essent* Komisja uzależniła zgodę na koncentrację od wyzbycia się przez *RWE* kontrolnego pakietu akcji (51 proc.) w spółce *Swb AG*. Spółka była historycznym, pionowo zintegrowanym monopolistą energetycznym na obszarze Bremy, Bremerhaven i okolic. Wyzbycie się 51 proc. akcji *Swb* pozwoliłoby spółce na działanie niezależnie od *RWE*, co było równoznaczne z wejściem na rynek nowego konkurenta⁸⁰¹. Transakcja ta pozwalała, w ocenie Komisji, na zachowanie aktualnego stanu konkurencji na rynku.

Obowiązek tego rodzaju został nałożony przez Komisję również przy rozstrzyganiu sprawy koncentracji *Vattenfall/Nuon Energy*. Unijny organ antymonopolowy stwierdził, że zagrożenie związane z horyzontalnym nałożeniem się działalności obu przedsiębiorstw na rynku dostaw detalicznych energii elektrycznej dla małych odbiorców, zostanie wyeliminowane, jeżeli uczestnicy wyzbędą się całości udziałów w *Nuon Deutschland* wraz z infrastrukturą, firmą i zasobami ludzkimi⁸⁰². Niezależny konkurent będzie w stanie „zdyscyplinować” powiększoną grupę kapitałową *Vattenfall*.

Wreszcie w sprawie *GDF Suez/International Power* zaakceptowanym przez Komisję środkiem było wycofanie się obu przedsiębiorstw ze spółki *T-Power*⁸⁰³. To „uwolnienie” konkurenta miało zapewnić równowagę na belgijskim rynku wytwarzania i dostaw hurtowych (środek ten został wzmocniony poprzez wyzbycie się nie tylko udziałów, ale także uczestnictwa w zarządzaniu elektrownią *T-Power*)⁸⁰⁴.

Szeroka definicja kontroli w unijnym prawie kontroli koncentracji nakazuje obejmować tym pojęciem także „unie personalne” między przedsiębiorstwami⁸⁰⁵. Zatem sposobem wdrożenia środka strukturalnego, polegającego na wyzbyciu się kontroli, może polegać także na zmianie kształtu władz przedsiębiorstwa, np. poprzez odwołanie członków zarządu w jednej ze spółek⁸⁰⁶. W sprawie *Neste/IVO* Komisja wyraziła zgodę na wyznaczenie czterech członków rady nadzorczej *Gasum* przez dwie grupy akcjonariuszy, tj. *Neste-Skarb Państwa Finlandii* (2) i niezależnych inwestorów (2). Pozostali członkowie oraz prezes mieli być niezależni⁸⁰⁷.

Środkiem dotyczącym wyzbycia się kontroli, mającym cechy środka behawioralnego, jest również nałożenie na przedsiębiorstwa obowiązku powstrzymywania się od głosowania na zgromadzeniach wspólników (lub akcjonariuszy) w spółkach zależnych. Tego rodzaju zobowiązania przyjął na siebie *Verbund* w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, deklarując tymczasowe powstrzymanie się od głosowania w spółkach *Stewag* i *Steg* w zakresie dotyczącym działalności konkurencyjnej, co miało osłabić więzi strukturalne między przedsiębiorstwami⁸⁰⁸.

⁷⁹⁸ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/EnBW*, par. 111-112.

⁷⁹⁹ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 143(a) i 147.

⁸⁰⁰ Ibidem, par. 150.

⁸⁰¹ Decyzja Komisji w sprawie *RWE/Essent*, par. 449-465.

⁸⁰² Decyzja Komisji w sprawie *Vattenfall/Nuon Energy*, par. 62 i 67.

⁸⁰³ Decyzja Komisji w sprawie *EDF Suez/International Power*, par. 140.

⁸⁰⁴ Ibidem.

⁸⁰⁵ Zob. rozdział II.

⁸⁰⁶ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 554.

⁸⁰⁷ Decyzja Komisji w sprawie *Neste/IVO*, par. 58.

⁸⁰⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 143(d) i 149.

7.6.2. Obowiązek nabycia/zbycia energii (zdolności wytwórczych)

Ze względu na wysoki stopień koncentracji rynków w UE kolejne dyrektywy elektryczne (oraz inne akty prawne poszczególnych pakietów liberalizacyjnych) nakładały na państwa członkowskie szereg obowiązków z zakresu tzw. regulacji na rzecz konkurencji (*regulation for competition*). Z uwagi na wysokie bariery wejścia na rynek (por. wyżej) niejednokrotnie konieczne jest zastosowanie środków mających na celu wesprzeć raczkującą konkurencję. Działania takie mogą stanowić zgodną z rynkiem wewnętrznym formę pomocy publicznej (art. 107 ust. 3 lit. c TFUE). W ramach kontroli nad koncentracjami organy antymonopolowe mogą nakładać na przedsiębiorstwa energetyczne obowiązek działania w ograniczonym zakresie w celu ułatwienia konkurentom zdobycia równorzędnej pozycji na rynku. Spełniającym tego rodzaju przesłanki środkiem zaradczym o charakterze behawioralnym jest obowiązek nabycia lub zbycia określonych ilości energii elektrycznej na rzecz konkurenta.

W sprawie *VEBA/VIAG* Komisja zgodziła się na zastosowanie środka polegającego na obowiązku nabywania określonych ilości energii od *VEAG* przez okres 7 lat od wydania zgody. Ilość energii objętej obowiązkiem zakupu miała być corocznie zmniejszana. Było to zagwarantowanie minimum popytu dla *VEAG*, który w momencie dokonywania koncentracji był słabym i zależnym od uczestników koncentracji przedsiębiorstwem. Ten 7-letni okres przejściowy miał umożliwić wypracowanie przez *VEAG* silnej pozycji na rynku, równorzędnej *VEBA-VIAG*⁸⁰⁹.

Organ antymonopolowy może nałożyć również obowiązek wyzbycia się części zdolności wytwórczych na rzecz konkurentów. Środek tego rodzaju stanowił warunek koncentracji *EDF/EnBW*. W celu zapewnienia zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym *EDF* miał obowiązek udostępnienia konkurentom 6 000 MW mocy wytwórczych na terenie Francji. Większość tych zdolności miała zostać zbyta w drodze otwartych nieograniczonych przetargów na elektrownie wirtualne (*virtual power plants - VPP*)⁸¹⁰. W ocenie Komisji organizowanie tego rodzaju przetargów miało przyciągnąć głównie zagranicznych inwestorów, m.in. z Niemiec (koncentracja zablokowała możliwość wejścia *EnBW* na rynek francuski - por. wyżej)⁸¹¹.

W sprawie *Verbund/Energie Allianz*, zaakceptowany został środek polegający na zobowiązaniu obu uczestników transakcji do udostępniania w formie publicznego przetargu 450 GWh energii elektrycznej, z czego połowa miała być wytwarzana w elektrowniach wodnych⁸¹². Spółki miały oferować własne zdolności wytwórcze przez 5 lat od wyrażenia przez Komisję zgody na koncentrację⁸¹³. Komisja stwierdziła, że taka ilość wprowadzonej na wolny rynek energii wystarczy, aby skutecznie wzmocnić pozycję konkurentów i przyczynić się do zniesienia barier rynkowych⁸¹⁴. Znacząca ilość hydroenergii na rynku pozwoli także sprostać zapotrzebowaniu popytu małych odbiorców końcowych w Austrii⁸¹⁵.

7.6.3. Udostępnienie/zbycie infrastruktury i obowiązki inwestycyjne

Zgodnie z zaakceptowaną przez Komisję Europejską doktryną *essential facilities*, skuteczna konkurencja na rynkach infrastrukturalnych jest uzależniona od dostępu do infrastruktury sieciowej (przesyłowej lub dystrybucyjnej w odniesieniu do energii elektrycznej). Niemniej jednak pionowa integracja przedsiębiorstw energetycznych rodzi system wzajemnych współzależności pomiędzy przedsiębiorstwami działającymi na różnych szczeblach cyklu energetycznego (TSO jest zależny od producenta energii i odbiorcy bezpośredniego, a DSO - od TSO i małego odbiorcy końcowego, itp.). W związku z tym, nie tylko infrastruktura sieciowa będzie podlegała udostępnieniu w ramach

⁸⁰⁹ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par. 237.

⁸¹⁰ System VPP polega na koordynacji wytwarzania energii „przy odbiorcy” (np. w gospodarstwach domowych w formie baterii słonecznych, farm wiatrowych, turbin wodnych). Rola elektrowni ogranicza się wówczas jedynie do zapewnienia koordynacji działań tych systemów i dostaw energii wszystkim odbiorcom (M. Filipowicz, *Wirtualne elektrownie*, *Nafta & Gaz Biznes*, Nr 7-8, 2004).

⁸¹¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/EnBW*, par. 93-104 i 107-109.

⁸¹² Decyzja Komisji w sprawie *Verbund/Energie Allianz*, par. 145(b).

⁸¹³ Ibidem.

⁸¹⁴ Ibidem, par. 152.

⁸¹⁵ Ibidem.

tego środka strukturalnego, ale wszelkie składniki mienia, od których zależna jest skuteczna konkurencja na rynku sąsiednim (np. elektrownie). Kontrola nad tego rodzaju urządzeniami kluczowymi stawia przedsiębiorcę w uprzywilejowanej pozycji w stosunku do konkurentów. Jeżeli organ antymonopolowy nie nakaze wyzbycia się tego mienia, może on skutecznie nałożyć na przedsiębiorstwo obowiązek rozbudowy lub ulepszenia urządzeń (np. zwiększenie przepustowości połączeń międzysystemowych).

W sprawie *VEBA/VIAG* Komisja przyjęła zaproponowane przez uczestników zobowiązanie częściowego udostępnienia przepustowości połączenia międzysystemowego na granicy niemiecko-duńskiej. Przedsiębiorstwo *VEBA* miało udostępnić odbiorcom skandynawskim dodatkowe 400 MW energii (dotychczas mogli korzystać jedynie z 500 MW przy przepustowości 1 200 MW)⁸¹⁶. Zwiększenie dostaw niemieckiej energii do Skandynawii miało w ocenie Komisji wywrzeć presję konkurencyjną na niemieckie przedsiębiorstwa energetyczne ze względu na niskie ceny skandynawskiej energii⁸¹⁷.

Obowiązek rozbudowy połączeń międzysystemowych został także nałożony na uczestników koncentracji *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*. *EDF* za pośrednictwem spółek zależnych zgodził się na rozbudowę połączenia francusko-hispańskiego (rozbudowa linii istniejącej – dodatkowe 300 MW i budowa dwóch nowych linii, każda po 1 200 MW)⁸¹⁸. Komisja stwierdziła, że zobowiązanie inwestycyjne zmniejszy energetyczną izolację Hiszpanii od reszty kontynentu i przyczyni się do ograniczenia wpływów francuskiego duopolu *Endesa-Iberdrola*⁸¹⁹. Analogiczne zobowiązania zostały przyjęte przez unijny organ antymonopolowy odnośnie koncentracji *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico*⁸²⁰.

Trudny z punktu widzenia bezpieczeństwa publicznego środek został zastosowany w odniesieniu do koncentracji *EDF/British Energy*. Komisja zaakceptowała zmieniony pakiet środków zaradczych, zgodnie z którym *EDF* został zobowiązany m.in. do zbycia dwóch obszarów pod budowę elektrowni atomowych (Heysham i Dungeness). Mimo posiadania przez *EDF* innych pól przeznaczonych na budowę tego rodzaju infrastruktury Komisja uznała zbycie dwóch „najpewniejszych” miejsc za wystarczające w celu ochrony konkurencji na rynku i zapobieżeniu skupienia znacznej części zdolności wytwórczych tego samego rodzaju pod kontrolą jednego podmiotu⁸²¹.

7.6.4. Rozwiązanie kontraktów długoterminowych

Jak już zostało wspomniane, kontrakty długoterminowe stanowią mocno ugruntowaną w warunkach unijnych przeszkodę w rozwoju konkurencji na rynkach energetycznych. Sposobem zmuszenia przedsiębiorstw energetycznych do rozwiązania takich umów jest nałożenie odpowiedniego środka zaradczego. Środek ten został dwukrotnie z powodzeniem wykorzystany przy rozstrzyganiu spraw koncentracji w sektorze gazu ziemnego (sprawy *EnBW/ENI/GVS*⁸²² i *E.ON/MOL*)⁸²³. W sektorze energii elektrycznej środek zaradczy w postaci rozwiązania kontraktu długoterminowego został zaproponowany przez uczestników koncentracji *EDP/ENI/GDP* – okazał się on jednak niewystarczający dla zapewnienia zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym⁸²⁴.

Propozycję rozwiązania umów z TSO złożyli uczestnicy koncentracji *EDF/British Energy*. Komisja wyraziła zgodę na zastosowanie tego środka jako zapewniającego podmiotom trzecim dostęp do infrastruktury sieciowej i zapobiegającego nakładaniu się działalności uczestników koncentracji⁸²⁵.

Mimo antykonkurencyjnego charakteru kontraktów długoterminowych, Komisja wydaje się stosować ten środek zaradczy jedynie w wyjątkowych sytuacjach. Zniesienie więzi prawnej łączącej strony

⁸¹⁶ Decyzja Komisji w sprawie *VEBA/VIAG*, par. 224.

⁸¹⁷ Ibidem, par. 247-248.

⁸¹⁸ Decyzja Komisji w sprawie *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, par. 129.

⁸¹⁹ Ibidem, par. 136-137.

⁸²⁰ Decyzja Komisji w sprawie *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico*, par. 50 i 57-61.

⁸²¹ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/British Energy*, par. 188-194.

⁸²² Decyzja Komisji w sprawie *EnBW/ENI/GVS*, COMP IV/M. 2822 z dnia 17 grudnia 2002 r., Dz.Urz. WE L 248 z dnia 30 września 2003 r., s. 51, par. 61-72.

⁸²³ Decyzja Komisji w sprawie *E.ON/MOL*, par. 749-754.

⁸²⁴ Por. rozważania dotyczące sprawy *EDP/ENI/GDP*.

⁸²⁵ Decyzja Komisji w sprawie *EDF/British Energy*, par. 195-197.

takiej umowy może bowiem wywołać kosztowne konsekwencje (por. postępowanie arbitrażowe w sprawie AES przeciwko Węgrom).

7.7. Przestanki egzoneracyjne

Prawo konkurencji pozwala na stosunkowo swobodną ocenę zachowań rynkowych przedsiębiorców. Jedynym antykonkurencyjnym zachowaniem bezwzględnie zakazanim przez prawo antymonopolowe jest nadużywanie pozycji dominującej (art. 102 TFUE). Kartele natomiast, w szczególności obejmujące współpracę wertykalną, mogą mieć wiele pożądaných dla gospodarki skutków (art. 101 ust. 3 TFUE). Antykonkurencyjne porozumienia przyjęto zatem oceniać w świetle tzw. reguły rozsądku (*rule of reason*). Podobne uwarunkowania występują w odniesieniu do koncentracji. Nawet jeżeli dana transakcja stanowi zagrożenie dla konkurencji na rynkach właściwych (w układzie horyzontalnym, wertykalnym czy konglomeracyjnym), możliwe jest uzyskanie zgody na koncentrację (warunkowej lub bezwarunkowej). Istnieją zatem sytuacje, gdy mimo powstania lub umocnienia pozycji dominującej na rynku, organ antymonopolowy nie stwierdza zagrożenia dla konkurencji. Co więcej, koncentracja może czasem przynieść pozytywne efekty, np. w przypadku, gdy transakcja jest przeprowadzana w formie porozumień badawczo-rozwojowych (*research and development - R&D*)⁸²⁶.

7.7.1. Przejęcie upadającej spółki (*failing company defence*)

W ramach prawa konkurencji UE dopuszczalne jest także wyrażenie zgody na koncentrację polegającą na przejęciu spółki w trudnej sytuacji finansowej (*acquisition of a failing company*). W odniesieniu do tego rodzaju przejęć Komisja formułuje trzy warunki pozwalające na udzielenie zgody na koncentrację (nawet w razie wystąpienia antykonkurencyjnych skutków):

- i) jeżeli przedsiębiorstwo nie zostanie przejęte, to w niedalekiej przyszłości zostałoby zmuszone do wycofania się z rynku,
- ii) nie ma żadnego innego niż zgłaszana koncentracja sposobu nabycia przedsiębiorstwa, który byłby mniej szkodliwy dla konkurencji,
- iii) w razie niedokonania koncentracji mienie przedsiębiorstwa zostanie wykluczone z gry rynkowej⁸²⁷.

Powyższej sytuacji nie należy utożsamiać z koncentracją w toku postępowania upadłościowego - zgodnie z art. 3 ust. 5 lit. b rozporządzenia 139/2004 oraz art. 14 pkt 4 u.o.k.k., tego rodzaju transakcje co do zasady nie podlegają jurysdykcji organów antymonopolowych, gdyż nie są koncentracjami w rozumieniu przepisów prawa unijnego ani polskiego. Wskazuje się, że zastosowanie doktryny *failing firm defence* jest dopuszczalne na gruncie unijnego i polskiego prawa konkurencji ze względu na możliwość uniknięcia wielu negatywnych konsekwencji związanych z ogłaszaniem upadłości przedsiębiorstwa⁸²⁸. Dotyczyć to będzie w szczególności przedsiębiorstw o strategicznym znaczeniu dla gospodarki państwowej.

7.7.2. Rozwój ekonomiczny i postęp techniczny oraz pozytywny wpływ na gospodarkę narodową (art. 20 ust. 2 u.o.k.k.)

Polska ustawa antymonopolowa zawiera dodatkowy przepis pozwalający Prezesowi UOKiK na wydanie w wyjątkowych przypadkach zgody na koncentrację. Dotyczy to sytuacji, gdy transakcja ma co prawda antykonkurencyjny charakter, ale jednocześnie przyniosłaby pozytywne skutki, pożądane z punktu widzenia interesu publicznego. Art. 20 ust. 2 u.o.k.k. pozwala na odstąpienie od zakazu koncentracji w przypadku, gdy operacja przyczyni się do rozwoju ekonomicznego

⁸²⁶ B. Pęczalska, *Kontrola koncentracji...*, op. cit., s. 192.

⁸²⁷ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych C-68/94 i C-30/95, *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji*, z dnia 31 marca 1998 r., E.C.R. 1998, s. I-01375.

⁸²⁸ K. Kohutek [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, *Ustawa o ochronie konkurencji...*, op. cit., s. 535-536.

lub postępu technicznego lub wywrze pozytywny wpływ na gospodarkę narodową. Przesłanki te są sformułowane w sposób bardzo ogólny (zwłaszcza „pozytywny wpływ na gospodarkę narodową”) i mają charakter katalogu zastosowania przesłanki pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową wobec koncentracji przedsiębiorstw energetycznych.

W sprawie utworzenia *PGE* (przejęcie przez *Polskie Sieci Elektroenergetyczne S.A.* kontroli nad 10 zakładami energetycznymi) zachodziły wszelkie przesłanki wydania decyzji zakazującej koncentracji⁸²⁹. Jeżeli chodzi o kolejne sąsiadujące rynki właściwe, koncentracja prowadziła do powstania pozycji dominującej (wytwarzanie i wprowadzanie energii do obrotu, usługi systemowe, wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu energii ze źródeł odnawialnych) lub jej umocnienia (obróć hurtowy)⁸³⁰. Polski organ antymonopolowy zaakceptował jednak argumenty stron postępowania, dotyczące dopuszczalności odstąpienia od zakazu koncentracji. Potrzeba dokonania transakcji pomimo antykonkurencyjnych skutków została uzasadniona następującymi argumentami:

- konieczność przeprowadzenia transakcji ze względu na zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego kraju - nowe przepisy dotyczące ochrony środowiska wymagały zamknięcia znacznej części mocy wytwórczych, a wzrost ogólnokrajowego zapotrzebowania na energię powodował w tej sytuacji wystąpienie znaczącego niedoboru mocy wytwórczych na rynku i zagrożenie bezpieczeństwa dostaw; oznaczało to konieczność uruchomienia nowych mocy wytwórczych (wobec niskiej przepustowości połączeń międzysystemowych); wzrost potencjału inwestycyjnego *PGE* (stabilizacja ekonomiczno-finansowa) miał doprowadzić do rozbudowy proekologicznych mocy wytwórczych⁸³¹;
- konieczność wykonania zobowiązań wynikających z kontraktów długoterminowych - pionowa integracja *PGE* (przejęcie kontroli nad dystrybutorami) była sprzeczna z zasadami unbundlingu i niepożądana z punktu widzenia ochrony konkurencji; jednakże koncentracja umożliwiała dokapitalizowanie *PSE*; ponadto kontrakty długoterminowe stawały się umowami wewnętrznymi w ramach grupy kapitałowej *PGE*, co zmniejszało negatywne skutki związane z ryzykiem ich niewykonania⁸³²;
- utrzymanie zatrudnienia i przeciwdziałanie bezrobociu - rosnące zadłużenie przedsiębiorstw energetycznych mogłoby doprowadzić do serii upadłości, w wyniku czego wiele osób straciłoby pracę w strategicznym dla państwa przedsiębiorstwie⁸³³.

Prezes UOKiK nie podzielił stanowiska stron, które twierdziły, że w wyniku koncentracji dojdzie do obniżenia cen energii - wysoki stopień koncentracji rynku groził pokusą podniesienia cen energii przez *PGE*. Polski organ antymonopolowy sceptycznie odniósł się również do perspektywy rzekomego wpływu koncentracji na zerwanie kontraktów długoterminowych - ich wchłonięcie przez grupę *PGE* nie było równoznaczne z zerwaniem tych umów⁸³⁴. Jednakże kontrakty te, a także groźba wysokich cen energii stanowiły „zło konieczne” w zestawieniu z pozytywnymi skutkami utworzenia grupy kapitałowej.

Podobne argumenty pojawiły się w sprawie przejęcia przez *Energetykę Południe S.A.* kontroli nad spółkami *ENION*, *EnergiaPro*, *Elektrownia „Stalowa Wola”* i *Południowym Koncernem Elektroenergetycznym*⁸³⁵. Podobnie jak utworzenie *PGE*, koncentracja ta miała na celu realizację polityki Rady Ministrów zawartej w „Programie dla elektroenergetyki”, mającym na celu stworzenie silnego polskiego sektora elektroenergetycznego. Prezes UOKiK w tym przypadku ponownie stwierdził, że w celu modernizacji przestarzałej (ponad 30-letniej) infrastruktury energetycznej konieczne jest zwiększenie stabilności ekonomiczno-finansowej powiększonej grupy. Wzmocnienie kapitałowe miało pozwolić przedsiębiorcy na realizację inwestycji koniecznych dla zapewnienia bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej⁸³⁶. Prezes UOKiK wskazał m.in. na korzystny dla

⁸²⁹ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-163/06 z dnia 22 grudnia 2006 r.

⁸³⁰ Ibidem, s. 16-17.

⁸³¹ Ibidem, s. 22-23.

⁸³² Ibidem, s. 23.

⁸³³ Ibidem, s. 23-24.

⁸³⁴ Ibidem, s. 24.

⁸³⁵ Decyzja Prezesa UOKiK nr DOK-29/07 z dnia 8 marca 2007 r.

⁸³⁶ Ibidem, s. 19-20.

przyszłych inwestycji efekt synergii, tj. wzrost potencjału ekonomicznego powiększonego przedsiębiorstwa w stosunku do wielu podzielonych przedsiębiorstw⁸³⁷.

W sprawie koncentracji *ENEA/Elektrownia Koźienice*, w związku z kolejnym połączeniem przedsiębiorstw energetycznych w ramach rządowego programu modernizacji i rozbudowy elektroenergetyki, Prezes UOKiK ponownie odstąpił od zakazu koncentracji⁸³⁸. Organ antymonopolowy znów zgodził się tu z twierdzeniem, że duże inwestycje w energetyce mogą zostać zrealizowane tylko przez odpowiednio duże przedsiębiorstwa⁸³⁹. Strony wskazywały także na pozytywne skutki integracji pionowej, m.in. ograniczenie ryzyk rynkowych, efekt synergii, ekonomię skali, wzmocnienie pozycji krajowego przemysłu wobec zagranicznej konkurencji oraz minimalizację ryzyka wahań cen energii⁸⁴⁰.

W najnowszej sprawie *PGE/Energa* Prezes UOKiK nie zaakceptował już kolejnych argumentów stron opartych na art. 20 ust. 2 u.o.k.k.⁸⁴¹. Organ stwierdził, że konsolidacja krajowego sektora energetycznego osiągnęła jeden ze swoich celów, polegający na stworzeniu czterech grup energetycznych na terenie kraju. Każda z nich posiadała zaplecze finansowe wystarczające do sfinansowania inwestycji w modernizację i rozbudowę zdolności wytwórczych - kolejne koncentracje nie są zatem konieczne⁸⁴². Podobnie jak w sprawie utworzenia *PGE*, Prezes UOKiK nie podzielił zapatrywania stron dotyczącego rzekomego obniżenia cen energii w wyniku redukcji kosztów jej wytwarzania i dostarczania odbiorcom końcowym. Ze względu na bardzo wysoki stopień koncentracji rynku powiększona grupa *PGE* zostałaby pozbawiona ekonomicznej motywacji do obniżenia cen energii w skali kraju⁸⁴³. Co więcej, nie miałaby też motywacji do podjęcia nowych inwestycji, istniało bowiem ryzyko wybiórczego przejęcia inwestycji *Energii*⁸⁴⁴.

W decyzji tej Prezes UOKiK wskazał na niedopuszczalność ciągłego zastraniania się art. 20 ust. 2 u.o.k.k. przez państwowe przedsiębiorstwa energetyczne. Odstąpienie od zakazu koncentracji ma charakter wyjątkowy - w przeciwnym razie mogłoby doprowadzić do wydania przez organ antymonopolowy zgody na monopolizację i integrację pionową całego sektora⁸⁴⁵. Byłaby to sytuacja niezgodna z rynkiem wewnętrznym i niedopuszczalna z punktu widzenia unijnej polityki ochrony konkurencji. Przekreślony zostałby wówczas dorobek implementacji pakietów liberalizacyjnych do polskiego prawa regulacji sektorowej. W wyroku oddalającym w całości odwołanie *PGE* Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaznaczył również, że powoływanie się na zgodność transakcji z dokumentem rządowym definiującym politykę energetyczną państwa nie stanowi przesłanki wydania zgody na dokonanie koncentracji na podstawie art. 20 ust. 2 u.o.k.k., bowiem „nie ma podstaw do utożsamiania zgodności z dokumentami rządowymi definiującymi tę politykę z konkretnymi korzyściami dla rozwoju ekonomicznego lub technicznego lub pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową”⁸⁴⁶. Oznacza to, że zgodność danego działania z bieżącą polityką państwa nie jest równoznaczne z możliwością zastosowania przesłanek egzonerycyjnych z art. 20 ust. 2 u.o.k.k.

7.8. Wnioski

Szczegółowa ocena koncentracji przedsiębiorstw energetycznych wymaga pogłębionych analiz ekonomicznych, nierzadko wykraczających poza ramy prawne, bardzo ogólnie określone w prawie unijnym i krajowym. Przepisy rozporządzenia 139/2004 nakazują oceniać koncentracje z punktu widzenia ich zgodności ze wspólnym (wewnętrznym) rynkiem. Polska ustawa antymonopolowa ustanawia z kolei kryterium istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Są to bardzo ogólnie sformułowane kryteria oceny, a ich dokładna interpretacja stanowi wyraz tzw. ekonomizacji prawa

⁸³⁷ Ibidem, s. 21.

⁸³⁸ Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-32/07 z dnia 28 września 2007 r.

⁸³⁹ Ibidem, s. 18.

⁸⁴⁰ Ibidem, s. 15-16.

⁸⁴¹ Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

⁸⁴² Ibidem, s. 64-65.

⁸⁴³ Ibidem, s. 66.

⁸⁴⁴ Ibidem, s. 66-67.

⁸⁴⁵ Ibidem, s. 67.

⁸⁴⁶ Wyrok SOKiK z dnia 14 maja 2012 r., XVII Ama 41/11 [za:] T. Skoczny, *Kontrola koncentracji...*, op. cit., s. 122.

konkurencji. Prawidłowa subsumpcja normy prawa antymonopolowego będzie wymagała zarówno wiedzy prawniczej, jak i ekonomicznej.

Dokonując analizy poszczególnych barier wejścia na rynek w sektorze energii elektrycznej, należy stwierdzić, czy występują one z różnym natężeniem w różnych częściach rynku wewnętrznego. Związane jest to z bieżącym stanem liberalizacji sektora. Niezależnie od unijnej i krajowej polityki energetycznej niektóre bariery będą (a nawet powinny) istnieć nawet na bardzo zliberalizowanych rynkach energii elektrycznej. Sektor energetyczny, w którym panuje wysoki stopień koncentracji, zawsze będzie w stanie pomieścić jedynie ograniczoną liczbę uczestników gry rynkowej.

Praktyka decyzyjna Komisji sprzyja transgranicznym koncentracjom przedsiębiorstw energetycznych. Poza sprawą *EDP/ENI/GDP* Komisja zawsze wyrażała zgodę na transgraniczne połączenia lub przejęcia przedsiębiorstw energetycznych, wyjątkowo wydając zgodę warunkową. Popieranie koncentracji stanowi skuteczny instrument tworzenia rynku wewnętrznego energii elektrycznej w ramach Unii Europejskiej. Działalność tego samego przedsiębiorcy w dwóch oddzielnych systemach przesyłowych sprzyja wewnątrzunijnemu obrotowi energią. Europejscy giganci energetyczni (*Vattenfall*, *EDF*, *RWE*) są w ten sposób motywowani do podejmowania inwestycji w rozbudowę infrastruktury (w tym m.in. połączeń międzysystemowych). Przyczyni się to do rozszerzenia rynków właściwych dotychczas zamkniętych w granicach państw członkowskich. Wywarcie presji konkurencyjnej na największe przedsiębiorstwa energetyczne w UE pozwoli na korzystne ukształtowanie cen energii elektrycznej, lepsze dla odbiorców końcowych (w szczególności gospodarstw domowych). Unijna kontrola koncentracji stanowi zatem dodatkowy instrument liberalizacji sektora, często skuteczniejszy niż przepisy III pakietu energetycznego.

Korzystne skutki koncentracji transgranicznych nie powinny skłaniać organów ochrony konkurencji do bezwarunkowego popierania wszelkiego rodzaju połączeń i przejęć na rynkach energii elektrycznej. Rozstrzygnięcia w sprawach kontroli koncentracji nie powinny bowiem niweczyć rozwiązań przyjętych w dyrektywie 2009/72/WE i krajowym prawie regulacji sektorowej (w szczególności wymogu unbundlingu). Dotyczy to w szczególności koncentracji wertykalnych, czego przykładem jest sprawa *Verbund/Energie Allianz*. Przedsiębiorstwa energetyczne zawsze będą dążyły do integracji pionowej i przejęcia infrastruktury (*essential facilities*) koniecznej w celu uzyskania dodatkowej przewagi nad konkurentami. Co prawda, regulacja sektorowa zawiera rozwiązania mające na celu wyrównanie tego rodzaju dysproporcji ekonomicznych (np. prawa wyboru sprzedawcy). Niemniej jednak zgoda na koncentrację wertykalną powinna być wyrażana tylko w wyjątkowych sytuacjach (por. decyzje Prezesa UOKiK w sprawach DOK-163/06, DOK-29/07, DKK-32/07, DKK-1/2011).

Szczególnie ostrożnie należy oceniać koncentracje konglomeracyjne, zwłaszcza gdy w ich wyniku ten sam podmiot ma świadczyć wiele usług użyteczności publicznej (np. dostarczanie gazu ziemnego, paliw ciekłych, wody, usług telekomunikacyjnych). Nie kwestionując atrakcyjności usługi typu *multi-utility* dla odbiorcy końcowego, należy mieć na uwadze, że popieranie tego rodzaju konglomeratów może w dalszej perspektywie doprowadzić do znacznego ograniczenia lub zupełnego wyeliminowania wszelkiej konkurencji na rynku. Niedopuszczalne jest zwłaszcza tworzenie „multi-operatorów zasiedziały” (por. sprawa *EDP/ENI/GDP*).

Zakończenie

Koncentracje na rynkach energii elektrycznej stanowią problem z pogranicza prawa konkurencji i regulacji sektorowej. Nakładanie się dwóch gałęzi prawa rodzi szereg problemów przy dokonywaniu kwalifikacji prawnej określonych zachowań przedsiębiorców. Niemniej to właśnie organy antymonopolowe są kompetentne do dokonywania oceny transakcji koncentracyjnej pod kątem zgodności z rynkiem wewnętrznym lub krajowym. Samo bowiem pojęcie koncentracji należy do prawa ochrony konkurencji, a rozpatrywany problem wymaga przede wszystkim pogłębionej analizy w tym właśnie kierunku. Nie oznacza to oczywiście, że organy regulacyjne sektora energetycznego pozostają obojętne wobec koncentracji badanych przez Komisję Europejską lub Prezesa UOKiK. Za przykład mogą posłużyć uprawnienia Prezesa URE związane z możliwością zmiany, a nawet cofnięcia koncesji łączącym się przedsiębiorstwom energetycznym. Pożądana jest współpraca tych organów przy wykonywaniu nałożonych na nie obowiązków - organ ochrony konkurencji nie powinien niweczyć celów regulacji sektorowej (np. unbundlingu czy bezpieczeństwa dostaw), a regulator z kolei powinien stosować politykę regulacji na rzecz konkurencji (*regulation for competition*). Tylko współpraca międzyinstytucjonalna na szczeblu poszczególnych państw członkowskich oraz w relacjach z Komisją i Agencją ds. Energetyki pozwoli na osiągnięcie celów unijnej polityki energetycznej (jednym z nich jest ustanowienie zasad konkurencji na rynkach energetycznych).

Koncentracje stanowią element bieżących strategii biznesowych przedsiębiorstw, uregulowany w prawie prywatnym (np. polski k.s.h.). Swoboda połączenia (*freedom to merge*) stanowi ważny aspekt traktatowej swobody przedsiębiorczości i konstytucyjnej zasady wolności gospodarczej. W sektorze energetycznym, w szczególności na rynku wewnętrznym, koncentracja ponadto stanowi sposób kapitałowego wzmocnienia przedsiębiorstw i przyczynia się do realizacji inwestycji w nowoczesną infrastrukturę i siły wytwórcze. Tworzenie dużych grup kapitałowych w sektorze energii elektrycznej jest pożądane w szczególności w państwach byłego bloku wschodniego, gdzie wymagane jest poczynienie znacznych nakładów inwestycyjnych w modernizację i rozbudowę energetyki. Z kolei transgraniczne połączenia stanowią skuteczny element budowy wewnętrznego rynku energii elektrycznej - przedsiębiorstwa aktywne po obu stronach granicy będą zainteresowane rozbudową połączeń międzysystemowych. Należy bowiem pamiętać, że w chwili obecnej większość rynków właściwych geograficznie zamknięta jest w politycznych granicach państw członkowskich. Popieranie koncentracji jest sposobem przełamania tej izolacji. Takie podejście wydaje się dominować w praktyce decyzyjnej Komisji oraz Prezesa UOKiK, czego efektem jest wydawanie z reguły decyzji zezwalających na koncentrację (nawet jeśli transakcje niosły ze sobą zagrożenia dla konkurencji na rynku).

Z drugiej strony nie należy zapominać, że rynki w sektorze elektroenergetycznym charakteryzują się wysokim wskaźnikiem koncentracji (HHI), czemu sprzyjają znaczne bariery wejścia na rynek. Wszelkiego rodzaju połączenie lub przejęcie może prowadzić do stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej. Ze względu na pionową integrację wielu przedsiębiorstw energetycznych, koncentracje mogą wywierać negatywne skutki w układzie wertykalnym. Oznacza to, że wszelkie antykonkurencyjne zachowania przedsiębiorstw energetycznych w bliższej lub dalszej perspektywie szkoda końcowym odbiorcom energii (przede wszystkim gospodarstwom domowym). Coraz bardziej restrykcyjne podejście ustawodawcy unijnego do kwestii unbundlingu nakazuje uważną ocenę wszelkiego rodzaju koncentracji wertykalnych (sprawa *VEBA/VIAG*). Wymóg istnienia niezależnych operatorów systemów przesyłowych i dystrybucyjnych (dyrektywa 2009/72/WE) zdaje się skutecznie zapobiegać zagrożeniom wynikającym z integracji pionowej. Ostrożnie należy także oceniać koncentracje konglomeracyjne, czego przykładem jest sprawa *EDP/ENI/GDP*. Oferowanie przez jednego przedsiębiorcę usług dostarczania energii elektrycznej i gazu ziemnego jest oczywiście atrakcyjne z punktu widzenia odbiorcy końcowego, jednakże umożliwienie prowadzenia takiej polityki gospodarczej podwójnemu operatorowi zasiedziałemu może mieć tylko i wyłącznie negatywne dla konkurencji skutki.

W kontekście powyższych uwag należy zauważyć, że wszelkie rozważania dotyczące dopuszczalności koncentracji mają bardziej charakter dyskursu ekonomicznego niż analizy dogmatyczno-prawnej. Przepisy nakazują jedynie ocenę zgodności koncentracji z rynkiem wewnętrznym (rozporządzenie

139/2004) lub stwierdzenie, czy dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku (u.o.k.k.). Odesłanie za pomocą klauzuli generalnej do testu SIEC lub SLC daje organom antymonopolowym znaczną swobodę decyzyjną co do oceny danej koncentracji. Pozwala to oczywiście na wszechstronną ekonomiczną analizę każdej transakcji z uwzględnieniem elementów, które mogłyby zostać pominięte w przypadku odwołania się jedynie do wartości *stricte* prawnych. Niemniej ogólnikowe sformułowanie kryteriów oceny koncentracji w przepisach zmusza organy antymonopolowe do szukania wskazówek interpretacyjnych w praktyce stosowania prawa. Ze względu na przeważającą ilość zezwoleń na koncentrację w stosunku do zakazów, odwołanie do organu sądowego (TSUE lub SOKiK) należy do sytuacji wyjątkowych. Brak orzecznictwa w sprawach z zakresu kontroli koncentracji rodzi konieczność powoływania się na wcześniejsze decyzje organów antymonopolowych lub stosowanie *per analogiam* dorobku orzeczniczego związanego z nadużywaniem pozycji dominującej i kartelami. Komisja usiłuje wypełnić powstałą w ten sposób lukę interpretacyjną, wydając różnego rodzaju zalecenia i opinie. W przypadku koncentracji przedsiębiorstw energetycznych, organy antymonopolowe często odwołują się do aksjologii pakietów liberalizacyjnych i regulacji sektorowej. Praktyka koncentracji przedsiębiorstw energetycznych wskazuje potrzebę normatywnego rozwinięcia kryteriów oceny koncentracji (z rozporządzenia 139/2004 i u.o.k.k.). Pozwoli to uniknąć „intuicyjnego” rozumienia prawa, co jest szczególnie niekorzystne dla przedsiębiorców.

Kolejną istotną kwestią związaną z kontrolą koncentracji przedsiębiorstw energetycznych jest ochrona strategicznych interesów państw członkowskich w stosunku do tego rodzaju transakcji. Państwa, godząc się na wprowadzenie zasad gospodarki wolnorynkowej do strategicznego sektora, zachowują szereg uprawnień umożliwiających sprawowanie nadzoru nad bieżącą działalnością przedsiębiorstw energetycznych. Niejednokrotnie to właśnie władze państwowe mogą być zainteresowane dokonaniem lub zablokowaniem danej transakcji koncentracyjnej (sprawa *Gas Natural/Endesa*). Działania takie są oczywiście dopuszczalne, co wynika z art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 oraz przepisów dyrektywy 2009/72/WE. Państwa mogą stosować wobec strategicznych koncentracji środki mające na celu nie tylko ochronę konkurencji samej w sobie. W sektorze energii elektrycznej dopuszczalne jest uwzględnienie również interesów o charakterze publicznym, m.in. zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw energii. Podejście takie zostało zastosowane przez Prezesa UOKiK w sprawach koncentracji przedsiębiorstw energetycznych w ramach rządowego „Programu dla elektroenergetyki”. Działania władz państw członkowskich wobec koncentracji nie mogą mieć jednak charakteru protekcyjnistycznego, co zostało podkreślone przez Trybunał w sprawie *Endesa*.

Podsumowując, należy stwierdzić, że koncentracje przedsiębiorstw energetycznych w ramach unijnego rynku wewnętrznego stanowią zjawisko korzystne, rodzące wiele pozytywnych skutków. Można zaryzykować stwierdzenie, że jest to skuteczniejsze narzędzie liberalizacji sektora niż regulacja sektorowa. Nowi uczestnicy gry rynkowej są zainteresowani inwestycjami w infrastrukturę, stanowiącą część ich przedsiębiorstwa w znaczeniu przedmiotowym. Działania takie są zbieżne z interesem publicznym i gwarantują stabilny i dynamiczny rozwój sektora. Dodatkowe wsparcie dla zagranicznych inwestycji infrastrukturalnych stanowi system współpracy w ramach Traktatu Kraty Energetycznej i umów BIT. Model taki pozwala także na skuteczną ochronę strategicznych interesów państw członkowskich za pośrednictwem stałego nadzoru organu regulacyjnego i innych instrumentów, którymi dysponują władze publiczne (np. złota akcja).

Pożądane jest takie ukształtowanie systemu kontroli koncentracji w energetyce, by nie tylko stymulował i chronił oporny rozwój konkurencji na rynkach, ale także przyczyniał się do realizacji celów pozaekonomicznych. Organy antymonopolowe (Komisja, Prezes UOKiK) powinny mieć na uwadze nie tylko dobro rynku, lecz również „wrażliwe” interesy państw członkowskich związane z tym sektorem. Transakcje koncentracyjne z udziałem przedsiębiorstw energetycznych nie są jedynie manifestacją wolności gospodarczej i realizacją traktatowych swobód: przepływu kapitału i przedsiębiorczości (*freedom to merge*). Duży udział własności publicznej w energetyce sprawia, że zachowania uczestników tych specyficznych rynków nie są determinowane wyłącznie czysto ekonomiczną kalkulacją. Często bowiem tylko duże podmioty (dominanci) będą w stanie zagwarantować prawidłowe wykonanie zadań publicznych, takich jak zagwarantowanie bezpieczeństwa dostaw czy budowa nowych zdolności wytwórczych.

Dynamiczny rozwój energetyki, a przede wszystkim ograniczona ilość źródeł energii sprawiły, że w XX w. kontrola państwa nad tym sektorem stała się jednym z atrybutów suwerenności. Pożądane jest zatem rozpoznawanie spraw z zakresu kontroli koncentracji jak najbliżej „miejsca zdarzenia” – system podziału kompetencji między Komisję Europejską a krajowe organy ochrony konkurencji powinien unikać praktyki *forum shopping* oraz eliminować sytuacje decydowania przez obce organy o sprawach istotnych z punktu widzenia bezpieczeństwa państwa (m.in. bezpieczeństwa dostaw).

W warunkach UE szczególnie widoczna jest sytuacja, gdzie popyt na energię znacznie wyprzedza podaż i powoduje uzależnienie państw członkowskich od dostaw z zewnątrz (dotyczy to przede wszystkim gazu i paliw ciekłych, jednak są one często niezbędne do wytwarzania energii elektrycznej i ciepłej w kogeneracji, np. przy użyciu technologii CCGT). Problem bezpieczeństwa dostaw energii osiągnął wymiar ponadnarodowy, czego dowodem jest wzbogacenie TFUE o art. 194 (energetyka) na mocy traktatu lizbońskiego.

Organy antymonopolowe, stosując prawo konkurencji, powinny być świadome tych uwarunkowań. System kontroli koncentracji, zarówno unijny, jak i krajowy, powinien być ukształtowany w taki sposób, aby ułatwić osiągnięcie tych celów. Oprócz ochrony samej konkurencji organy antymonopolowe powinny przyczyniać się do liberalizacji sektora (zgodnie z przepisami dyrektywy 2009/72/WE), a także jego restrukturyzacji. Szczególnie wskazane jest popieranie koncentracji, dzięki którym dochodzi do rozbudowy odnawialnych źródeł energii (farm wiatrowych, elektrowni wytwarzających energię z biomasy, VPP).

Wreszcie koncentracje przedsiębiorstw energetycznych stanowią skuteczny instrument integracji w ramach UE. Prowadzą bowiem do tworzenia się rynku wewnętrznego energii i otwierania krajowych rynków na konkurencję z zewnątrz. Systematyczne zwiększanie przepustowości połączeń międzysystemowych prowadzi do eliminacji problemu „wąskich gardeł” i wpływa na realizację przez UE obowiązków traktatowych dotyczących stworzenia systemu sieci transeuropejskich. Rzecz jasna korzyści tego rodzaju nie powinny przesłaniać oczywistych zagrożeń dla konkurencji, takich jak pionowa integracja przedsiębiorstw energetycznych i fuzje operatorów zasiedziały.

Wykaz wykorzystanej literatury

1. Adamski D., *Pojęcie usługi w systemie prawa rynku wewnętrznego Wspólnoty Europejskiej*, KPP 2002, nr 1-2.
2. Begg D., Fischer S., Dornbusch R., *Mikroekonomia*, Warszawa 2000.
3. Begg D., Fischer S., Dornbusch R., *Mikroekonomia*, Warszawa 2007.
4. Bělohlávek A., *Międzynarodowa ochrona prawna inwestycji energetyce*, Warszawa 2011.
5. Bright C., Persson M., *Article 22 of the Merger Regulation: An Opportunity Not to Be Missed*, ECLR, Vol. 24.
6. Cameron, P., *Competition in Energy Markets*, Oxford University Press 2007.
7. Connolly J., Rab S., *Pre-Notification Referral Under the EC Merger Regulation: Simplifying the Route to the One-Stop-Shop*, ECLR, Vol. 28.
8. Cook C.J., Kerse C.S., *EC Merger Control*, Londyn 2000.
9. Czarnecka M., Ogiódek T., *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 2009.
10. Domagała M., *Bezpieczeństwo energetyczne - aspekty administracyjno-prawne*, Lublin 2008.
11. Dominiguez Perez D., Burnley R., *The Article 9 Referral Back Procedure: A Solution to the Jurisdictional Dilemma of the European Merger Regulation?*, ECLR, Vol. 24.
12. Dmoch W., *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Legalis.
13. Dudzik S., *Pomoc państwa dla przedsiębiorstw publicznych w prawie Wspólnoty Europejskiej. Między neutralnością a zaangażowaniem*, Kraków 2002.
14. Dudzik S., *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
15. *EU Energy Law. Volume II - EU Competition Law and Energy Markets*, Jones C. W. (red.), Leuven 2005.
16. Filipowicz M., *Wirtualne elektrownie*, „Nafta & Gaz Biznes”, Nr 7-8, 2004.
17. Frąckowiak-Adamska A., *Obowiązek poszanowania prawa wspólnotowego w dziedzinach należących do kompetencji wyłącznych państw członkowskich*, EPS, 3/2005.
18. Helin A., Zorke K., *Fuzje i przejęcia przedsiębiorstw*, Warszawa 1998.
19. *Competition Law: European Community Practice and Procedure. Article-by-Article Commentary*, Hirsch G., Montag F., Sacker F.J. (red.), Londyn 2008.
20. Hirsbrunner S., *Referral of Mergers in EC Merger Control*, ECLR, Vol. 20, Nr 7, listopad 1999 r.
21. *Infrastruktura*, Brodecki Z. (red.), Warszawa 2004.
22. *Ius Publicum Europeanum. Dwunaste Polsko-Niemieckie Kolokwium Prawników Administratywistów*, Warszawa, 20-22 września 2001 r., Bauer H., Huber P.M., Niewiadomski Z. (red.), Warszawa 2003.
23. Janiszewska K., *Po co i komu jest potrzebny sprzedawca z urzędu - rozwiązania krajowe i doświadczenia innych państw*, „Biuletyn Urzędu Regulacji Energetyki”, Nr 5(43) 2005.
24. Jones A., Surfin B., *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press 2001.
25. Kidyba A., *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tom II*, Warszawa 2005.
26. Kidyba A., *Prawo handlowe*, Warszawa 2010.
27. *Kodeks cywilny. Komentarz*, Gniewek E. (red.), Warszawa 2006.
28. *Kodeks spółek handlowych. Tom IV. Komentarz do artykułów 459-633*, Sottysiński S., Szajkowski A., Szumański A., Szwaia J. (red.), Warszawa 2009.
29. Kohutek K., *Komentarz do rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, stan prawny: 1 listopada 2004 r., LEX.
30. Kohutek K., Sieradzka M., *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2008.
31. Krupa-Dąbrowska R., *Sztynne tabele zastąpią rzetelną wycenę*, „Rzeczpospolita. Prawo co dnia”, 15 marca 2012 r.

32. Kuznetsov I., *The Legality of Golden Shares under EC Law*, Hanse Law Review, Vol. 1, Nr 1.
33. Maciejewski M., Sadowski M., *Powszechna historia gospodarcza od XV do XX wieku*, Wrocław 2007.
34. Mataczyński M., *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007.
35. Materna G., *Pojęcie przedsiębiorcy w polskim i europejskim prawie ochrony konkurencji*, Warszawa 2009.
36. Osuchowski W., *Zarys rzymskiego prawa prywatnego*, Warszawa 1962.
37. Pastusiak R., *Fuzje i przejęcia - motywy sprzedawcy*, MRiF 1999, Nr 7-8.
38. *Podatek dochodowy od osób prawnych. Komentarz*, Marciniuk J. (red.), Legalis.
39. *Podstawy ekonomii*, Milewski R., Kwiatkowski E. (red.), Warszawa 2005.
40. *Prawo administracyjne*, Boć J. (red.), Wrocław 2010.
41. *Prawo cywilne - część ogólna*, Radwański Z., Warszawa 2009.
42. *Prawo energetyczne. Komentarz*, Muras Z., Swora M. (red.), Warszawa 2010.
43. *Prawo gospodarcze Unii Europejskiej*, Dauses M. A. (red.), Warszawa 1999.
44. *Prawo i ekonomia konkurencji. Wybrane zagadnienia*, Kurcz B. (red.), Warszawa 2010.
45. *Reforma wspólnotowego prawa konkurencji*, Piontek E. (red.), Kraków 2005.
46. Skoczny T., *Kontrola koncentracji - przesłanki zgody warunkowej i odstąpienia od zakazu dokonania koncentracji; błędy proceduralne w postępowaniu przed Prezesem UOKiK poza kontrolą sądową. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i konsumentów z dnia 14 maja 2012 r. XVII Ama 41/11*, internetowy „Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” (iKAR) 2012, nr 4(1).
47. Spyra M., *Koncesje w prawie energetycznym*, PUG, nr 6 (600) 1998.
48. Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, Warszawa 2011.
49. Sylwestrzak A., *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 2007.
50. *System Prawa Prywatnego. Tom 19. Prawo papierów wartościowych*, Szumański A. (red.), Warszawa 2006.
51. Szumański A., „Złota” akcja w prawie polskim, PPH 1998, nr 12.
52. Szydło M., *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 262-263.
53. Szydło M., *Podział kompetencji pomiędzy Komisją Europejską a Krajowymi Organami Ochrony Konkurencji w sprawach dotyczących kontroli koncentracji*, PUG 2005, nr 8.
54. Szydło M., *Prawo konkurencji a regulacja sektorowa*, Warszawa 2010.
55. Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.
56. Targosz T., *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004.
57. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Skoczny T. (red.), Warszawa 2009.
58. *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Stawicki A., Stawicki E. (red.), Warszawa 2011.
59. *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*, Kiziukiewicz T. (red.), Warszawa 2011.
60. Walaszek-Pyziół A., Pyziół W., *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 1999.
61. Weiss I., *Łączenie spółek kapitałowych*, PPH, nr 6.
62. *Wspólnotowe prawo gospodarcze, Tom II*, Cieśliński A. (red.), Warszawa 2007.
63. *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*, Łazowski A., Ostrihansky R. (red.), Kraków 2005.

Orzeczenia sądów polskich

1. Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 sierpnia 1974 r. III CZP 47/74, OSN 1975, Nr 12, poz. 161.
2. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 26 maja 1992 r., SA/Wr 1248/91, Legalis.
3. Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 6 lutego 1995 r. II SA 1835/93, ONSA 1996, Nr 1, poz. 36.
4. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r. III CZP 3/96, OSN 1996, Nr 5, poz. 66.
5. Wyrok Sądu Antymonopolowego z 18 listopada 1998 r. XVII Ama 54/98, Wokanda rok 2000, Nr 2, str. 53.

6. Postanowienie Sądu Antymonopolowego z 16 grudnia 1998 r. XVII Ama 88/98, Wokanda rok 2000, Nr 5, str. 56.
7. Wyrok Sądu Antymonopolowego z 8 września 1999 r. XVII Ama 27/99, Wokanda rok 2001, Nr 1, str. 55.
8. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 marca 2003 r., XVII Ama 40/02, Dz.Urz, UOKiK z 2004 r. Nr 3, poz. 310.
9. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 26 listopada 2003 r. XVII Ama 8/03, Wokanda rok 2004, Nr 12, str. 55.
10. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów 7 lipca 2004 r. XVII Ama 65/03, Wokanda rok 2005, Nr 9, str. 53.
11. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 8 stycznia 2008 r., VI Aca 481/07, niepubl.
12. Wyrok Sądu Najwyższego z 20 listopada 2008 r. III SK 12/08, Legalis.
13. Wyrok Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 13 maja 2010 r. III SK 42/09, Legalis.

Orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej: Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości)

1. Wyrok Trybunału w sprawie 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, z dnia 15 lipca 1964 r., E.C.R. [1964] (specjalne wydanie włoskie), s. 1129.
2. Wyrok Trybunału w sprawie 22/71, *Béguelin Import Co. przeciwko S.A.G.L. Import Export*, z dnia 25 listopada 1971 r., E.C.R. [1971], s. 949.
3. Wyrok Trybunału w sprawie 48/69 z dnia 14 lipca 1972 r., *Imperial Chemical Industries Ltd. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, E.C.R. [1972], s. 619.
4. Wyrok Trybunału w sprawie 6/72, *Europemballage Corporation i Continental Can Company Inc. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, z dnia 21 lutego 1973 r., E.C.R. [1973], s. 215.
5. Wyrok Trybunału w sprawie 72/83, *Campus Oil Limited i inni przeciwko ministre pour l'Industrie i l'Energie i inni*, z dnia 10 lipca 1984 r., E.C.R. [1984], s. 02727.
6. Wyrok Trybunału w sprawach połączonych 89, 104, 114, 116, 117 oraz 125 do 129/85 z dnia 27 września 1988 r., *A. Ahlström Osakeyhtiö i inni przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, E.C.R. [1988], s. 5193.
7. Wyrok Trybunału w sprawie C-367/89, *Postępowanie karne przeciwko Aimé Richardt i Les Accessoires Scientifiques SNC*, z dnia 4 października 1991 r., E.C.R. [1991], s. I-04621.
8. Wyrok Trybunału w połączonych sprawach C-159/91 i C-160/91, *Christian Poucet v. Assurances Générales de France (AGF) i Caisse Mutuelle Régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) i Daniel Pistre v. Caisse Autonome Nationale de Compensation de l'Assurance Vieillesse des Artisans (Cancava)*, z dnia 17 lutego 1993 r., E.C.R. [1993], s. I-00637.
9. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (druga izba) w sprawie T-3/93, *Société anonyme à participation ouvrière Compagnie nationale Air France przeciwko Komisji*, z dnia 24 marca 1994 r., E.C.R. [1994], s. II-00121.
10. Wyrok Trybunału w sprawie C-393/92, *Commune d'Almelo i inni przeciwko NV Energiebedrijf Ijsselmij*, z dnia 27 kwietnia 1994 r., E.C.R. [1994], s. I-01477.
11. Wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawach połączonych C-68/94 i C-30/95, *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji*, z dnia 31 marca 1998 r., E.C.R. [1998], s. I-01375.
12. Wyrok Trybunału w sprawie C-83/94, *Postępowanie karne przeciwko Peter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf i Otto Holzer*, z dnia 17 października 1995 r., E.C.R. [1995], s. I-03231.
13. Wyrok Trybunału w sprawie C35/96, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, z dnia 18 czerwca 1998 r., E.C.R. [1998], s. I3851.
14. Wyrok Trybunału w sprawie C-273/97 *Angela Maria Sirdar przeciwko The Army Board & Secretary of State for Defense*, z dnia 26 października 1999 r., E.C.R. [1999], s. 7403.
15. Wyrok Trybunału (piąta izba) w sprawie C-107/98, *Teckal Srl przeciwko Comune di Viano i Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, z dnia 18 listopada 1999 r., E.C.R. [1999], s. I-08121.

16. Wyrok Trybunału w sprawie C-285/98, *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, z dnia 11 stycznia 2000 r., E.C.R. [2000], s. 69.
17. Wyrok Trybunału w sprawie C-58/99, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, z dnia 23 maja 2000 r., E.C.R. [2000], s. I-03811.
18. Wyrok Trybunału w sprawie C-475/99, *Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz*, z dnia 25 października 2001 r., E.C.R. [2001], s. I-08089.
19. Wyrok Trybunału w sprawie C-367/98, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Portugalskiej*, z dnia 4 czerwca 2002 r., E.C.R. [2002], s. I-04731.
20. Wyrok Trybunału w sprawie C-483/99, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Francuskiej*, z dnia 4 czerwca 2002 r., E.C.R. [2002], s. I-04781.
21. Wyrok Trybunału w sprawie C-503/99, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Belgii*, z dnia 4 czerwca 2002 r., E.C.R. [2002], s. I-04809.
22. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba) w sprawie T-119/02, *Royal Philips Electronics NV przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, z dnia 3 kwietnia 2003 r., E.C.R. [2003], s. II-01433.
23. Wyrok Trybunału w sprawie C-463/00, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, z dnia 13 maja 2003 r., E.C.R. [2003], s. I-4581.
24. Wyrok Trybunału w sprawie C-98/01, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Zjednoczonemu Królestwu Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, z dnia 13 maja 2003 r., E.C.R. [2003], s. I-04641.
25. Wyrok Trybunału w sprawie C-280/00, *Altmark Trans GmbH i Regierungspräsidium Magdeburg przeciwko Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, przy udziale Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht*, z dnia 24 lipca 2003 r., E.C.R. [2003], s. I-07747.
26. Wyrok Trybunału w sprawie C-174/04, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Włoskiej*, z dnia 2 czerwca 2005 r., E.C.R. [2005], s. I-04933.
27. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (druga izba) w sprawie T-87/05, *EDP - Energias de Portugal, S.A. przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, z dnia 21 września 2005 r., E.C.R. [2005], s. II-3753.
28. Wyrok Trybunału w sprawie C-411/03, *SEVIC Systems AG*, z 13 grudnia 2005, E.C.R. [2005], s. I-10805.
29. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba) w sprawie T-417/05, *Endesa SA przeciwko Komisji*, z dnia 14 lipca 2006 r., E.C.R. [2006], s. II-2533.
30. Wyrok Trybunału (trzecia izba) w sprawie C-196/07, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, z dnia 6 marca 2008 r., E.C.R. [2008], s. I-00041.
31. Wyrok Trybunału (trzecia izba) w sprawie C-207/07, *Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Królestwu Hiszpanii*, z dnia 17 lipca 2008 r., E.C.R. [2008] s. I-00111.
32. Wyrok Trybunału w sprawie C-113/07, *SELEX Sistemi Integrati SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich i Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol)*, z dnia 26 marca 2009 r., E.C.R. [2009], s. I-02207.

Decyzje Komisji Europejskiej (Dyrekcji Generalnej Konkurencji - DG COMP)

1. M.417, *VIAG/Bayerwerk*, z dnia 5 maja 1994 r., Dz.Urz. WE C 168, 21 czerwca 1994 r., s. 11.
2. M.493, *Tractebel/Distrigaz (II)*, z dnia 1 września 1994 r., Dz.Urz. WE C 249 z dnia 7 września 1994 r., s. 3.
3. M.567, *Lyonnaise des Eaux/Northumbrian Water*, z dnia 21 grudnia 1995 r., Dz.Urz. WE C 11 z dnia 16 stycznia 1996 r., s. 3.
4. M.568, *EDF/EDISON-ISE*, z dnia 8 czerwca 1995 r., Dz.Urz. WE C 241 z dnia 16 września 1995 r., s. 4.
5. M.619, *Gencor/Lonrho*, z dnia 24 kwietnia 1996 r., Dz.Urz. WE L 11 z dnia 14 stycznia 1997 r., s. 30.
6. M.808, *Bayernwerk/Isarwerke*, z dnia 25 listopada 1996 r.
7. M.877, *Boeing/McDonnell Douglas*, z dnia 30 lipca 1997 r., Dz.Urz. WE L 366 z dnia 8 grudnia 1997 r., s. 16.
8. M.931, *Neste/IVO*, z dnia 2 czerwca 1998 r., Dz.Urz. WE C 218 z 14 lipca 1998 r., s. 4.
9. M.1107 *EDFI/ESTAG*, z dnia 17 marca 1998 r., Dz.Urz. WE C 142, 7 maja 1998 r., s. 15.

10. M.1122, *Kreditbank/Cera Bank*, z dnia 18 maja 1998 r., Dz.Urz. WE C 212 z dnia 8 lipca 1998 r., s. 5.
11. M.1169, *EDFI/Graninge*, z dnia 25 maja 1998 r., Dz.Urz. WE C 186, 16 czerwca 1998 r., s. 6.
12. M.1190, *Amoco/Repsol/Iberdrola/Ente Casco de la Energia*, z dnia 11 sierpnia 1998 r., Dz.Urz. WE C 288 z dnia 16 września 1998 r., s. 3.
13. M.1231, *IVO/Stockholm Energi*, z dnia 5 sierpnia 1998 r., Dz.Urz. WE C 288 z dnia 16 września 1998 r., s. 4.
14. M.1346, *EDF/London Electricity*, z dnia 27 stycznia 1999 r.
15. M.1464, *Total/Petrofina (II)*, z dnia 26 marca 1999 r.
16. M.1557, *EDF/Louis Dreyfus*, z dnia 28 września 1999 r., Dz.Urz. WE C 323 z dnia 11 listopada 1999 r., s. 11.
17. M.1606, *EDF/South Western Electricity*, z dnia 19 lipca 1999 r., Dz.Urz. WE C 248 z dnia 1 września 1999 r., s. 9.
18. M.1628, *Totalfina/Elf Aquitaine*°, z dnia 26 listopada 1999 r.
19. JV.28, *Sydkraft/HEW/Hansa Energy Trading*, z dnia 30 listopada 1999 r., Dz.Urz. WE C 78 z dnia 10 marca 2001 r., s. 22.
20. JV.36, *TXU Europe/EDF London Investments*, z dnia 3 lutego 2000 r., Dz.Urz. WE C 49 z dnia 22 lutego 2000 r., s. 4.
21. M.1673, *VEBA/VIAG*, z dnia 13 czerwca 2000 r., Dz.Urz. WE L 188 z dnia 10 lipca 2001 r., s. 1.
22. M.1803, *Electrabel/EPON*, z dnia 7 lutego 2000 r., Dz.Urz. WE C 101 z dnia 8 kwietnia 2000 r., s. 13.
23. M.1853, *EDF/EnBW*, z dnia 7 lutego 2001 r., Dz.Urz. WE L 59 z dnia 28 lutego 2002 r., s. 1.
24. M.1949, *Western Power Distribution (WPD)/Hyder*, z dnia 14 lipca 2000 r., Dz.Urz. WE C 261 z dnia 12 września 2000 r., s. 6.
25. M.2179, *Compart/Falck (II)*, z dnia 3 listopada 2001 r., Dz.Urz. WE C 374 z dnia 28 grudnia 2001 r., s. 11.
26. M.2209, *EDF Group/Cottam Power Station*, z dnia 29 listopada 2000 r., Dz.Urz. WE C 187 z dnia 3 lipca 2001 r., s. 8.
27. M.2220, *General Electric/Honeywell*, z dnia 3 lipca 2001 r., Dz.Urz. WE L 48 z dnia 18 lutego 2004 r., s. 1.
28. M.2389, *Shell/DEA*, z dnia 23 sierpnia 2001 r.
29. M.2434, *Grupo Villar Mir/EnBW/Hidroeléctrica del Cantábrico*, z dnia 26 września 2001 r., Dz.Urz. WE L 48 z dnia 18 lutego 2004 r., s. 86.
30. M.2443, *E.ON/Powergen*, z dnia 23 listopada 2001 r., Dz.Urz. WE C 364 z dnia 20 grudnia 2001 r., s. 15.
31. M.2485, *Verbund/Estag*, z dnia 14 grudnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 66 z dnia 15 marca 2002 r., s. 14.
32. M.2532, *FIAT/Italenergia/Montedison*, z dnia 28 sierpnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 284 z dnia 10 października 2001 r., s. 22.
33. M.2533, *BP/E.ON*, z dnia 6 września 2001 r.
34. M.2586, *CE/Yorkshire Electric*, z dnia 17 września 2001 r., Dz.Urz. WE C 364 z dnia 20 grudnia 2001 r., s. 13.
35. M.2620, *ENEL/Viesgo*, z dnia 20 listopada 2001 r., Dz.Urz. WE C 364 z dnia 20 grudnia 2001 r., s. 14.
36. M.2659, *Fortum/Birka Energi*, z dnia 10 stycznia 2002 r., Dz.Urz. WE C 43 z dnia 16 lutego 2002 r., s. 23.
37. M.2675, *EDF/TXU Europe/West Burton Power Station*, z dnia 20 grudnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 43 z dnia 16 lutego 2002 r., s. 21.
38. M.2679, *EDF/TXU Europe/24 Seven*, z dnia 20 grudnia 2001 r., Dz.Urz. WE C 43 z dnia 16 lutego 2002 r., s. 21.
39. M.2683, *Aker Maritime/Kvaerner (II)*, z dnia 23 stycznia 2002 r.

40. M.2684, *EnBW/EDP/Cajastur/Hidrocantábrico*, z dnia 19 marca 2002 r., Dz.Urz. WE C 114 z dnia 15 maja 2002 r., s. 23.
41. M.2701, *Vattenfall/BEWAG*, z dnia 4 lutego 2002 r., Dz.Urz. WE C 66 z dnia 15 marca 2002 r., s. 15.
42. M.2792, *Edison/Edipower/Eurogen*, z dnia 3 maja 2002 r., Dz.Urz. WE C 217 z dnia 13 września 2002 r., s. 16.
43. M.2801, *RWE/Innogy*, z dnia 17 maja 2002 r., Dz.Urz. WE C 133 z dnia 5 czerwca 2002 r., s. 6.
44. M.2819, *Canal del Isabel III/ Hidrocantábrico/JV*, z dnia 14 czerwca 2002 r., Dz.Urz. WE C 168 z dnia 13 lipca 2002 r., s. 20.
45. M.2822, *EnBW/ENI/GVS*, z dnia 17 grudnia 2002 r., Dz.Urz. WE L 248 z dnia 30 września 2003 r., s. 51.
46. M.2857, *ECS/IEH*, z dnia 23 grudnia 2002 r., Dz.Urz. WE C 286 z dnia 22 listopada 2002 r., s. 17.
47. M.2890, *EDF/Seaboard*, z dnia 25 lutego 2002 r., Dz.Urz. WE C 200 z dnia 23 sierpnia 2002 r., s. 7.
48. M.2947, *Verbund/Energie Allianz*, z dnia 11 czerwca 2003 r., Dz.Urz. WE L 92 z dnia 30 marca 2004 r., s. 91.
49. M.3007, *E.ON/TXU Europe Group*, z dnia 18 grudnia 2002 r., Dz.Urz. WE C 14 z dnia 21 stycznia 2001 r., s. 8.
50. M.3057, *CVC/REE/Iberdrola*, z dnia 7 stycznia 2003 r., Dz.Urz. WE C 22 z dnia 29 stycznia 2003 r., s. 10.
51. M.3075 *ECS/Intercommunale IVEKA*, z dnia 13 lutego 2003 r., C(2003) 582.
52. M.3076, *ECS/Intercommunale IGAO*, z dnia 13 lutego 2003 r., C(2003) 582.
53. M.3077, *ECS/Intercommunale INTEGREM*, z dnia 13 lutego 2003 r., C(2003) 582.
54. M.3078, *ECS/Intercommunale GASELWEST*, z dnia 13 lutego 2003 r., C(2003) 582.
55. M.3079, *ECS/Intercommunale IMEWO*, z dnia 13 lutego 2003 r., C(2003) 582.
56. M.3080, *ECS/Intercommunale IVERLEK*, z dnia 13 lutego 2003 r., C(2003) 582.
57. M.3173, *E.ON/Fortum/Burghausen/SmalandEdenderry*, z dnia 13 czerwca 2003 r., Dz.Urz. WE C 157 z dnia 5 lipca 2003 r., s. 5.
58. M.3210, *EDF/EDFT*, z dnia 26 sierpnia 2003r., Dz.Urz. WE C 48 z dnia 2 lutego 2004 r., s. 11.
59. M.3268 *Sydskraft/Graninge*, z dnia 30 października 2003 r., Dz.Urz. WE C 297 z dnia 9 grudnia 2003 r., s. 22.
60. M.3318, *ECS/Sibelga*, z dnia 19 grudnia 2003 r.
61. M.3440, *EDP/ENI/GDP*, z dnia COMP IV/M.3440 z dnia 9 grudnia 2004 r., Dz.Urz. WE L 302 z dnia 19 listopada 2005 r., s. 69.
62. M.3696, *E.ON/MOL*, z dnia 21 grudnia 2005 r., Dz.Urz. WE L 253 z dnia 16 września 2006, s. 20.
63. M.3729, *EDF/AEM/Edison*, z dnia 12 sierpnia 2005 r., Dz.Urz. WE C 222 z dnia 9 września 2005 r., s. 4.
64. M.3796, *Omya/JM Huber*, z dnia 18 maja 2008 r.
65. M.3867, *Vattenfall/Elsam and E2 Assets*, z dnia 22 grudnia 2005 r., Dz.Urz. WE C 184 z dnia 8 sierpnia 2006 r., s. 8.
66. M.3868, *DONG/Elsam/Energi 2*, z dnia 14 marca 2006 r., Dz.Urz. WE L 143 z dnia 25 maja 2007 r., s. 24.
67. M.3883, *GDF/Centrica/NEW SPE*, z dnia 7 września 2005 r., Dz.Urz. WE C 194 z dnia 9 sierpnia 2005 r., s. 2.
68. M.4110, *E.ON/Endesa*, z dnia 25 kwietnia 2006 r.
69. M.4180, *Gaz de France/Suez*, z dnia 14 listopada 2006 r., Dz.Urz. WE L 88 z dnia 29 marca 2007 r., s. 47.
70. M.4197, *E.ON/Endesa*, z dnia 26 września 2006 r..
71. M.4197 *E.ON/Endesa*, z dnia 20 grudnia 2006 r
72. M.4238, *E.ON/ Pražská plynárenská*, z dnia 11 lipca 2006 r., Dz.Urz. WE C 242 z dnia 7 października 2006 r., s. 11.
73. M.3448, *EDP/Hidroeléctrica del Cantábrico*, z dnia 9 września 2004 r., Dz.Urz. WE C 252 z dnia 12 października 2004 r., s. 4.

74. M.3665, *ENEL/Slovenske Elektrarne*, z dnia 26 kwietnia 2005 r., Dz.Urz. WE C 137 z dnia 4 czerwca 2005 r., s. 23.
75. M.3669, *Blackstone (TBG CareCo)/NHP*, z dnia 1 lutego 2005 r., Dz.Urz. WE C 312 z dnia 17 grudnia 2004 r., s. 4, par. 35.
76. M.3894, *Unicredito/HBV* z dnia 18 października 2005 r.
77. M.3986, *Gas Natural/Endesa*, z dnia 27 października 2005 r.
78. M. 3986, *Gas Natural/Endesa*, z dnia 15 listopada 2005 r.
79. M.4263, *RWE Energy/Saar Ferngas*, z dnia 29 sierpnia 2006 r.
80. M.4522, *Carrefour/Ahold Polska*, z dnia 10 kwietnia 2007 r., Dz.Urz. WE C 39 z dnia 23 lutego 2007 r., s. 29.
81. M.4611, *Bonnier/Egmont/Company*, z dnia 1 sierpnia 2007 r.
82. M.4626, *Repsol/BP/JV*, z dnia 21 sierpnia 2007 r.
83. M.4685, *ENEL/Acciona/Endesa*, z dnia 5 lipca 2007 r., Dz.Urz. WE C 212 z dnia 11 września 2007 r., s. 2.
84. M.4841, *ENEL/EMS*, z dnia 20 grudnia 2007 r., Dz.Urz. WE C 78 z dnia 29 marca 2008 r., s. 1.
85. M.4922, *EMCC*, z dnia 22 sierpnia 2008 r., Dz.Urz. WE C 288 z dnia 11 listopada 2008 r., s. 1.
86. M.4994, *Electrabel/Compagnie nationale du Rhône*, z dnia 29 kwietnia 2008 r., Dz.Urz. WE C 141 z dnia 7 czerwca 2008 r., s. 11.
87. M.5112, *Rewe/Plus Discount*, z dnia 3 lipca 2008 r., Dz.Urz. WE C 126 z dnia 5 czerwca 2008 r.
88. M.5170, *E.ON/Endesa Europa/Viesgo*, z dnia 19 czerwca 2008 r., Dz.Urz. WE C 237 z dnia 16 września 2008 r., s. 1.
89. M.5216, *Gaz de France/Savelys*, z dnia 4 sierpnia 2008 r.
90. M.5224, *EDF/British Energy*, z dnia 22 grudnia 2008 r., Dz.Urz. WE C 38 z dnia 17 lutego 2009 r., s. 8.
91. M.5365, *IPO/EnBW/Praha/PT*, z dnia 16 października 2009 r., Dz.Urz. WE C 266 z dnia 7 listopada 2009 r., s. 1.
92. M.5467, *RWE/Essent*, z dnia 23 czerwca 2009 r., Dz.Urz. WE C 222 z dnia 15 września 2009 r., s. 1.
93. M.5496, *Vattenfall/Nuon Energy*, z dnia 22 czerwca 2009 r., Dz.Urz. WE C 212 z dnia 5 września 2009 r., s. 16.
94. M.5512, *Electrabel/E.ON*, z dnia 16 października 2009 r., Dz.Urz. WE C 281 z dnia 21 listopada 2009 r., s. 6.
95. M.5549, *EDF/Segebel*, z dnia 12 listopada 2009 r., Dz.Urz. UE C 57 z dnia 9 marca 2010 r., s. 9.
96. M.5591, *CEZB/JAVYS/JESS JV*, z dnia 4 listopada 2009 r., Dz.Urz. WE C 278 z dnia 18 listopada 2009 r., s. 4.
97. M.5707, *TenneT/E.ON*, z dnia 4 lutego 2010 r., Dz.Urz. UE C 60 z dnia 11 marca 2010 r., s. 1.
98. M.5711, *RWE/ENSYS*, z dnia 15 grudnia 2009 r., Dz.Urz. UE C 27 z dnia 3 lutego 2010 r., s. 4.
99. M.5743, *Engas/BBG*, z dnia 3 lutego 2010 r.
100. M.5793, *Daklia CZ/NWR Energy*, z dnia 12 maja 2010 r., Dz.Urz. WE C 171 z dnia 30 czerwca 2010 r., s. 1.
101. M.5892, *Enagas/Murphy Oil/Almacenamiento la Gaviota*, z dnia 6 października 2010 r.
102. M.5911, *Telnet/Elia/Gasunie/APX-Endex*, z dnia 15 września 2010 r., Dz.Urz. WE C 275 z dnia 12 października 2010 r., s. 3.
103. M.5978, *EDF Suez/International Power*, z dnia 26 stycznia 2011 r., Dz.Urz. UE C 60 z dnia 25 lutego 2011 r., s. 9.
104. M.6146, *Xella/H+H*, z dnia 1 marca 2011 r.
105. M.6225, *Molaris/Commerz Real/RWE/Amprion*, z dnia 23 sierpnia 2011 r., Dz.Urz. UE C 365 z dnia 15 grudnia 2011 r., s. 2.

Decyzje Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

1. DDI-30/02 z dnia 18 marca 2002 r.
2. DDI-107/02 z dnia 11 grudnia 2002 r.

3. DDI-108/02 z dnia 13 grudnia 2002 r.
4. DOK-37/04 z dnia 18 maja 2004 r.
5. DOK-58/2004 z dnia 12 lipca 2004 r.
6. DOK-70/04 z dnia 23 lipca 2004 r.
7. RWR-11/2005 z dnia 28 lutego 2005 r.
8. RŁO-16/2005 z dnia 6 maja 2005 r.
9. DOK-163/2006 z dnia 22 grudnia 2006 r.
10. DOK-19/2007 z dnia 16 lutego 2007 r.
11. DOK-29/2007 z dnia 8 marca 2007 r.
12. DKK-13/2007 z dnia 27 sierpnia 2007 r.
13. DKK-32/2007 z dnia 28 września 2007 r.
14. DKK-1/2011 z dnia 13 stycznia 2011 r.

Varia

1. Wyrok Stałego Trybunału Sprawiedliwości Międzynarodowej w sprawie S.S. „*Lotus*”, *Publications of the Permanent Court of International Justice*, Ser. A, Nr 10, 7 września 1927, Zbiór orzeczeń, s. 18-19.
2. Wyrok arbitrażowy w sprawie *AES Summit Generation Limited, AES-Tisza Erőmű Kft v. the Republic of Hungary*, ICSID Case No. ARB/07/22 z dnia 23 września 2010 r.
3. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *American Banana v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909).
4. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. Sisal Sales Corporation et al.*, 274 U.S. 268 (1927).
5. Wyrok Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych w sprawie *United States v. Aluminium Co. of America et al.*, 377 U.S. 271 (1964).
6. Decyzja Departamentu Sprawiedliwości Stanów Zjednoczonych w sprawie *GE-Honeywell* z dnia 29 listopada 2001 r.
7. Decyzja Federalnej Komisji Handlu Stanów Zjednoczonych w sprawie *The Boeing Company*, C-3723 z dnia 12 czerwca 1996 r.
8. Decyzja Urzędu Antymonopolowego Republiki Federalnej Niemiec (*Bundeskartellamt*), 8. Beschlussabteilung, B 8 - 40000 - U - 109/01 z dnia 21 stycznia 2002 r.
9. Decyzje Federalnego Ministra Gospodarki w sprawach: WuW/E DE-V 573-598 - *E.ON/Ruhrgas* i WuW/E DE-V 643-653 - *E.ON/Ruhrgas*.
10. Sprawozdanie Republiki Federalnej Niemiec przedłożone Komitetowi Konkurencji OECD dnia 10 lutego 2009 r., DAF/COMP/GF/WD(2009)23.
11. Decyzja Organu Ochrony Konkurencji i Handlu Republiki Włoskiej (*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) nr 13543 ASM *Brescia/Ramo di azienda di Assoenergia*, Bulletin n° 33-34-35/2003.
12. Decyzje Rady Konkurencji Królestwa Belgii w sprawach: *ECS/Interlux* z dnia 30 sierpnia 2002 r., nr 2002-C/C-61; *ECS/IDEG* z dnia 30 sierpnia 2002, nr 2002-C/C-62; *ECS/Simogel* z dnia 4 lipca 2003 r., nr 2003-C/C-71; *ECS/Sedilec* z dnia 04 lipca 2003, nr 2003-C/C-72; *ECS/Intermosane 2* z dnia 4 lipca 2003 r., nr 2003-C/C-73; *ECS/Imea* z dnia 11 września 2003 r., nr 2003-C/C-74; *ECS/Sibelgaz* z dnia 13 października 2003 r., nr 2003-C/C-80.

Prawo międzynarodowe

1. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. (Dz.U. 1993 r., Nr 61, poz. 284).
2. Traktat Karty Energetycznej oraz Protokół Karty Energetycznej dotyczący efektywności energetycznej i odnośnych aspektów ochrony środowiska, sporządzone w Lizbonie dnia 17 grudnia 1994 r. (Dz.U.2003.105.985).
3. Umowa między rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki i Komisją Wspólnot Europejskich w sprawie wzajemnego stosowania przepisów prawa konkurencji (Dz.Urz. WE L 95 z dnia 27 kwietnia 1995 r., s. 47-52).
4. Umowa między Wspólnotami Europejskimi a rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki w sprawie stosowania zasad wzajemnego poszanowania praw w stosowaniu prawa konkurencji (Dz.Urz. WE L 173 z dnia 18 czerwca 1998 r., s. 28-31).
5. Porozumienie między Wspólnotami Europejskimi a Rządem Kanady dotyczące stosowania ich prawa konkurencji (Dz.Urz. WE L 175 z 10 lipca 1999 r., s. 50-60).
6. Umowa między Wspólnotą Europejską a Rządem Japonii dotycząca współpracy w sprawie działań antykonkurencyjnych (Dz.Urz. WE L 183 z dnia 22 lipca 2003 r., s. 12-17).
7. Umowa między Wspólnotą Europejską a rządem Republiki Korei dotycząca współpracy w sprawie działań antykonkurencyjnych (Dz.Urz. WE L 202 z dnia 4 sierpnia 2009 r., s. 36-41).

Prawo Unii Europejskiej

1. Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83 z dnia 30 marca 2010 r., s. 47-199).
2. Traktat o Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 83 z dnia 30 marca 2010 r., s. 13-83).
3. Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (Dz.Urz. WE C 306 z dnia 17 grudnia 2007 r., s. 1).
4. Rozporządzenie Rady (EWG) nr 4064/89 z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz.EWG L 395 z dnia 30 grudnia 1989 r., s. 1-12 ze zm.).
5. Rozporządzenie Rady (WE) nr 1407/2002 z dnia 23 lipca 2002 r. w sprawie pomocy państwa dla przemysłu węglowego (Dz.U. L 205 z 2 sierpnia 2002 r., s. 1-8).
6. Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.Urz. WE L 24 z dnia 29 stycznia 2004, s. 1-22).
7. Rozporządzenie Komisji (WE) nr 802/2004 z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie wykonania rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. Urz. WE L 133 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 1-39).
8. Rozporządzenie (WE) nr 1893/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie statystycznej klasyfikacji działalności gospodarczej NACE Rev. 2 i zmieniające rozporządzenie Rady (EWG) nr 3037/90 oraz niektóre rozporządzenia WE w sprawie określonych dziedzin statystycznych (Dz.Urz. WE L 393 z dnia 30 grudnia 2006 r. s. 1-39).
9. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) 713/2009 z 13 lipca 2009 r. ustanawiające Agencję ds. Współpracy Organów Regulacji Energetyki (Dz.Urz. WE L 211 z dnia 14 sierpnia 2009 r., s. 1-14).
10. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 714/2009 z 13 lipca 2009 w sprawie warunków dostępu do sieci w odniesieniu do transgranicznej wymiany energii elektrycznej i uchylające rozporządzenia (WE) nr 1228/2003 (Dz.Urz. WE L 211 z dnia 14 sierpnia 2009 r., s. 15-35).
11. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 715/2009 z 13 lipca 2009 r. w sprawie warunków dostępu do sieci przesyłowych gazu ziemnego i uchylające rozporządzenie (WE) nr 1775/2005 (Dz.Urz. WE L 211 z dnia 14 sierpnia 2009 r., s. 36-54).

12. Siódma dyrektywa Rady 83/349/EWG z dnia 13 czerwca 1983 r. wydana na podstawie art. 54 ust. 3 lit. g) Traktatu w sprawie skonsolidowanych sprawozdań finansowych (Dz.Urz. WE L 193 z dnia 18 lipca 1983, s. 1-17).
13. Dyrektywa 96/92/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 19 grudnia 1996 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej (Dz.Urz. WE L 27 z dnia 30 stycznia 1997, s. 20-29).
14. Dyrektywa 2003/54/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 96/92/WE (Dz.Urz. WE L 176 z dnia 15 lipca 2003 r., s. 37-56).
15. Dyrektywa 2003/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 czerwca 2003 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 98/30/WE (Dz.Urz. WE L 176 z dnia 15 lipca 2003 r., s. 57-78).
16. Dyrektywa Rady 2003/96/WE z dnia 27 października 2003 r. w sprawie restrukturyzacji wspólnotowych przepisów ramowych dotyczących opodatkowania produktów energetycznych i energii elektrycznej (Dz.Urz. WE L 283 z dnia 31 października 2003 r., s. 51-70).
17. Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz.Urz. WE L 134 z dnia 30 kwietnia 2004, s. 1-113).
18. Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz.Urz. WE L 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 114-240).
19. Dyrektywa 2004/39/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 21 kwietnia 2004 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych zmieniająca dyrektywę Rady 85/611/EWG i 93/6/EWG i dyrektywę 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 93/22/EWG (Dz.Urz. WE L 145 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 263).
20. Dyrektywa 2004/49/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie bezpieczeństwa kolei wspólnotowych oraz zmieniająca dyrektywę Rady 95/18/WE w sprawie przyznawania licencji przedsiębiorstwom kolejowym oraz dyrektywę 2001/14/WE w sprawie alokacji zdolności przepustowej infrastruktury kolejowej i pobierania opłat za użytkowanie infrastruktury kolejowej oraz certyfikację w zakresie bezpieczeństwa (Dyrektywa w sprawie bezpieczeństwa kolei) (Dz.Urz. WE L 164 z dnia 30 kwietnia 2004 r., s. 44-113).
21. Dyrektywa Rady 2004/67/WE z dnia 26 kwietnia 2004 r. dotycząca środków zapewniających bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego (Dz.Urz. WE L 127 z dnia 29 kwietnia 2004 r., s. 92-96).
22. Dyrektywa 2005/56/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie transgranicznego łączenia się spółek kapitałowych (Dz.Urz. WE L 310 z dnia 25 listopada 2005 r., s. 1-9).
23. Dyrektywa 2005/89/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 stycznia 2006 r. dotycząca działań na rzecz zagwarantowania bezpieczeństwa dostaw energii elektrycznej i inwestycji infrastrukturalnych (Dz.Urz. WE L 33 z dnia 4 lutego 2006 r., s. 22-27).
24. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2006/24/WE z dnia 15 marca 2006 r. w sprawie zatrzymywania generowanych lub przetwarzanych danych w związku ze świadczeniem ogólnie dostępnych usług łączności elektronicznej lub udostępnianiem publicznych sieci łączności oraz zmieniająca dyrektywę 2002/58/WE (Dz.Urz. WE L 105 z dnia 13 kwietnia 2006, s. 54-63).
25. Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z dnia 16 listopada 2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE L 318 z dnia 17 listopada 2006 r., s. 17-25).
26. Dyrektywa Rady 2006/112/WE z dnia 28 listopada 2006 r. w sprawie wspólnego systemu podatku od wartości dodanej (Dz.Urz. WE L 347 z dnia 11 grudnia 2006 r., s. 1-118).
27. Dyrektywa Rady 2008/118/WE z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie ogólnych zasad dotyczących podatku akcyzowego, uchylająca dyrektywę 92/12/EWG (Dz.Urz. WE L 9 z dnia 14 stycznia 2009 r., s. 12-30).

28. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/72/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego energii elektrycznej i uchylająca dyrektywę 2003/54/WE (Dz.Urz. WE L 211 z dnia 14 sierpnia 2009 r., s. 55-93).
29. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/73/WE z 13 lipca 2009 r. dotycząca wspólnych zasad rynku wewnętrznego gazu ziemnego i uchylająca dyrektywę 2003/55/WE (Dz.Urz. WE L 211 z dnia 14 sierpnia 2009 r., s. 94-136).
30. Completing the Internal Market. White Paper from the Commission to the European Council. COM(85) 310 final, Bruksela 14 czerwca 1985.
31. Zielona Księga „For a European Union Energy Policy” z dnia 23 lutego 1995 r., COM(94) 659 final.
32. Obwieszczenie Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.Urz. WE C 372 z 9 grudnia 1997 r., s. 155).
33. Obwieszczenie Komisji o stosowaniu zasad konkurencji w porozumieniach o dostępie w sektorze telekomunikacyjnym (Dz.Urz. WE C 265 z dnia 22 sierpnia 1998 r., s. 2).
34. Obwieszczenie Komisji w sprawie obliczania obrotu zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWG) nr 4064/89 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE 1998 r., C 66, s. 25).
35. Komunikat Komisji Usługi użyteczności publicznej w Europie (Dz.Urz. WE C 017, 19 stycznia 2001 r., s. 4-23).
36. Amended proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Directives 96/92/EC and 98/30/EC concerning rules for the internal markets in electricity and natural gas (presented by the Commission pursuant to Article 250 (2) of the EC-Treaty) (COM(2002)0304), Dz.Urz. WE C 227E z dnia 24 września 2002, s. 393-439.
37. Notatka Dyrekcji Generalnej Komisji Europejskiej ds. Energetyki i Transportu z dnia 16 stycznia 2004 r. dotycząca dyrektyw 2003/54/WE i 2003/55/WE w wewnętrznym rynku energii elektrycznej i gazu.
38. DG Competition Best Practices on the conduct of EC merger proceedings, z dnia 20 stycznia 2004 r.
39. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. WE C 31 z dnia 5 lutego 2004 r., s. 10).
40. Guidelines on the effect on trade concept contained in Articles 81 and 82 of the Treaty, (Dz.Urz. WE C 101 z dnia 27 kwietnia 2004, s. 7).
41. DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, 10 stycznia 2007, SEC(2006) 1724, First Phase (Electricity), s. 131.
42. Skonsolidowane obwieszczenie Komisji dotyczące kwestii jurysdykcyjnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz.Urz. UE 95 C z dnia 16 kwietnia 2008 r., s. 1).
43. Zawiadomienie Komisji w sprawie środków zaradczych dopuszczalnych na mocy rozporządzenia Rady (WE) nr 139/2004 i rozporządzenia Komisji (WE) nr 802/2004 (Dz.Urz. WE C 267 z dnia 22 października 2008 r., s. 1-26).
44. Komunikat Komisji do Rady - Sprawozdanie z funkcjonowania rozporządzenia nr 139/2004 z dnia 18 czerwca 2009 r. COM(2009) 281/final.
45. Opinia 12/2011 Grupy Roboczej ds. Ochrony Danych Osobowych ustanowiona na mocy art. 29 na temat inteligentnego pomiaru zużycia (smart metering), przyjęta w dniu 4 kwietnia 2011 r. (00671/11/PL WP 183).

Prawo polskie

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. uchwalona przez Zgromadzenie Narodowe w dniu 2 kwietnia 1997 r., przyjęta przez Naród w referendum konstytucyjnym w dniu 25 maja 1997 r., podpisana przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w dniu 16 lipca 1997 r. (Dz.U. 1997 nr 78 poz. 483 ze zm.).
2. Ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. - Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. 2000 Nr 98, poz. 1071 ze zm.).
3. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.).

4. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 1964 r. Nr 43 poz. 296 ze zm.).
5. Ustawa z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (Dz.U. 2002 r. Nr 112, poz. 981 ze zm.).
6. Ustawa z dnia 16 września 1982 r. - Prawo spółdzielcze (Dz.U. 1982 r. Nr 30, poz. 210 ze zm.).
7. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o gospodarce energetycznej (Dz.U. Nr 21, poz. 96 ze zm.).
8. Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 1990 r. Nr 16, poz. 95 ze zm.).
9. Ustawa z dnia 26 lipca 1991 r. o podatku dochodowym od osób fizycznych (Dz.U. 1991 r. Nr 80, poz. 350 ze zm.).
10. Ustawa z dnia 15 lutego 1992 r. o podatku dochodowym od osób prawnych oraz o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania (Dz.U. 1992 r. Nr 21, poz. 86 ze zm.).
11. Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. - Prawo budowlane (Dz.U. 1994 r. Nr 89, poz. 414 ze zm.).
12. Ustawa z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. 1994 r. Nr 121, poz. 591 ze zm.).
13. Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz.U. 2013 r. poz. 216)).
14. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 1996 r. Nr 132, poz. 622 ze zm.).
15. Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. 1997 r. Nr 9, poz. 43 ze zm.).
16. Ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. - Prawo energetyczne (Dz. U. 2012 r. Nr 1059).
17. Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz.U. 1997 r. Nr 115, poz. 741 ze zm.).
18. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Ordynacja podatkowa (Dz.U. 1997 r. Nr 137, poz. 926 ze zm.).
19. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. - Prawo bankowe (Dz.U. 2002 r. Nr 72, poz. 665 ze zm.)
20. Ustawa z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie powiatowym (Dz.U. 1998 r. Nr 91, poz. 578 ze zm.).
21. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. - Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000 r. Nr 94, poz. 1037 ze zm.)
22. Ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. - Prawo atomowe (Dz.U. 2001 r. Nr 3, poz. 18 ze zm.).
23. Ustawa z dnia 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. 2001 r. Nr 72, poz. 747 ze zm.).
24. Ustawa z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz.U. 2001 r. Nr 115, poz. 1229 ze zm.).
25. Ustawa z dnia 12 czerwca 2003 r. - Prawo pocztowe (Dz.U. 2008 r. Nr 189, poz. 1159 ze zm.).
26. Ustawa z 22 maja 2003 r. o działalności ubezpieczeniowej (Dz.U. 2010 r. Nr 11, poz. 66 ze zm.)
27. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.)
28. Ustawa z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. 2004 r. Nr 54, poz. 535 ze zm.).
29. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. 2004 r. Nr 173, poz. 1807 ze zm.).
30. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 r. Nr 171, poz. 1800 ze zm.).
31. Ustawa z dnia 4 marca 2005 r. o zmianie ustawy - Prawo energetyczne oraz ustawy - Prawo ochrony środowiska (Dz.U. 2005 r., Nr 62, poz. 552).
32. Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. 2010 r. Nr 211, poz. 1384 ze zm.).
33. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.).
34. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w przypadku zagrożeń bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym (Dz.U. Nr 52, poz. 343 ze zm.).
35. Ustawa z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (Dz.U. 2007 r. Nr 89, poz. 590 ze zm.).

36. Ustawa z dnia 29 czerwca 2007 r. o zasadach pokrywania kosztów powstałych u wytwórców w związku z przedterminowym rozwiązaniem umów długoterminowych sprzedaży mocy i energii elektrycznej (Dz.U. Nr 130, poz. 905 ze zm.).
37. Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy - Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 116, poz. 731).
38. Ustawa z dnia 6 grudnia 2008 r. o podatku akcyzowym (Dz.U. 2011 r. Nr 108, poz. 626, z późn. zm.).
39. Ustawa z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym (Dz.U. 2009 r. Nr 77, poz. 649 ze zm.).
40. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. 2009 r. Nr 157 poz. 1240 ze zm.).
41. Ustawa z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (Dz.U. Nr 65, poz. 404).
42. Ustawa z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2011 r., Nr 152, poz. 897).
43. Rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 30 maja 2003 r. w sprawie szczegółowego zakresu obowiązku zakupu energii elektrycznej i ciepła z odnawialnych źródeł energii oraz energii elektrycznej wytwarzanej w skojarzeniu z wytwarzaniem ciepła (Dz.U. 2003 r. Nr 104 poz. 971).
44. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie sposobu obliczania obrotu przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji (Dz.U. 2007 r. Nr 134, poz. 935).
45. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (Dz.U. 2007 r. Nr 134, poz. 937).
46. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 24 grudnia 2007 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Działalności (PKD) (Dz.U. z 2007 r. Nr 251, poz. 1885 ze zm.).
47. Rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 18 sierpnia 2011 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz.U. 2011 r. Nr 189, poz. 1126).

Prawo obce

1. Ustawa Zasadnicza Republiki Federalnej Niemiec z 23 maja 1949 r. (*Grundgesetz*).
2. Konstytucja Republiki Francuskiej z 4 października 1958 r. (*Constitution de la République française*).
3. Konstytucja Republiki Włoskiej z 22 grudnia 1947 r. (*Costituzione della Repubblica italiana*).
4. Akt o formie rządów Królestwa Szwecji z 1 stycznia 1974 r. (*1974 års regeringsform*).
5. Konstytucja Republiki Finlandii z 1 marca 2000 r. (*Suomen perustuslaki*).
6. U.S. Horizontal Merger Guidelines, *U.S. Department of Justice and Federal Trade Commission*, z dnia 19 sierpnia 2010 r.

Wydawnictwo powstało w ramach serii „Biblioteka UOKiK”. Niniejsza publikacja została nagrodzona w konkursie na najlepszą pracę magisterską poświęconą ochronie konkurencji w 2012 roku.

Szymon Gołębiowski — absolwent Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, aplikant adwokacki Izby Adwokackiej w Warszawie. Pracuje w Departamencie Antymonopolowym Kancelarii „Soltysieński Kawecki & Szlęzak” sp.k. w Warszawie. Specjalizuje się w prawie ochrony konkurencji i regulacji sektorowych, zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, prawie spółek oraz ochronie danych osobowych. W swojej praktyce zawodowej zajmuje się przede wszystkim postępowaniami wyjaśniającymi oraz antymonopolowymi dotyczącymi kontroli koncentracji, nadużywania pozycji dominującej oraz praktyk ograniczających konkurencję, w szczególności w zakresie umów dystrybucyjnych. Prowadzi bieżące doradztwo na rzecz klientów — sklepów wielkopowierzchniowych. Autor zagranicznych publikacji naukowych i prelegent na konferencjach międzynarodowych i krajowych.

ISBN 978-83-60632-85-7

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa
www.uokik.gov.pl