

Filip Ostrowski*

Wprowadzanie *unbundlingu* własnościowego w sektorze energetycznym w drodze wydawanych przez Komisję Europejską decyzji zobowiązujących – próba oceny

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Branża energetyczna
- III. Artykuł 9 Rozporządzenia 1/2003
- IV. Sprawa E.ON.
- V. Sprawa RWE
- VI. Sprawa ENI
- VII. Problemy systemowe
- VIII. Podsumowanie

Streszczenie

Publikacja prezentuje wydane przez Komisję Europejską decyzje zobowiązujące, dotyczące sektora energetycznego. Przedmiotem analiz są te decyzje, na podstawie których przedsiębiorcy zobowiązali się do przeprowadzenia tzw. *unbundlingu* własnościowego, tj. do zbycia części należących do nich aktywów. Artykuł omawia trzy decyzje, które dotyczą odpowiednio E.ON., RWE i ENI oraz podejmuje próbę dokonania oceny działań KE podjętych w każdej ze spraw. W dalszej części autor podsumowuje praktykę Komisji Europejskiej i sądów europejskich.

Słowa kluczowe: decyzja zobowiązująca; *unbundling*; środki strukturalne; branża energetyczna; sieci przesyłowe; wertykalnie zintegrowane przedsiębiorstwa.

I. Wstęp

W kontekście przepisów tzw. trzeciego pakietu energetycznego, mających na celu zwiększenie stopnia niezależności podmiotów prowadzących działalność sieciową od przedsiębiorstw aktywnych w zakresie wytwarzania i obrotu gazem oraz energią elektryczną, warto przyrzeć się toczącym się równolegle działaniom Komisji Europejskiej, których celem jest, jak się wydaje, wymuszenie jeszcze dalej posuniętego podziału aktywności w branży energetycznej. Mowa tu o wdrażanych na podstawie art. 9 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003¹ zobowiązaniach przedsiębiorców do przeprowadzenia całościowego lub

* Absolwent Prawa i Zarządzania na University of Aberdeen oraz Prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim.

¹ Rozporządzenie Rady (WE) nr 1/2003 z 16.12.2002 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz.Urz. UE 2003 L 1/1); dalej: Rozporządzenie 1/2003.

częściowego *unbundlingu* własnościowego, co miało miejsce w sprawach E.ON.², RWE³, ENI⁴ i czego, jak się można spodziewać, należy oczekiwać w najbliższym czasie w postępowaniu toczącym się przeciwko czeskiemu CEZ⁵.

Z kilku powodów warto przyjrzeć się tym sprawom bliżej. Po pierwsze, sektor energetyczny stanowi jeden z najbardziej znaczących elementów współczesnej gospodarki, a działania Komisji Europejskiej będą miały decydujący wpływ na jego przyszły kształt. Poza owymi pragmatycznymi względami sprawy te stanowią ciekawy przedmiot rozważań dla prawnika interesującego się prawem konkurencji. Dotykają one bowiem sektora szczególnie podatnego na nadużycia w tym zakresie, a to ze względu na dużą koncentrację branży, czy występowanie w niej *essential facilities*⁶. Jednocześnie w sektorze tym w ciekawy sposób współgrają ze sobą wysoki stopień regulacji sektorowej i zindywidualizowany nadzór anty-trustowy. Ponadto, w sprawach tych zastosowano niespotykane wcześniej środki strukturalne⁷, które wprowadzono w ramach, relatywnie nowej, bo funkcjonującej od zaledwie 9 lat instytucji decyzji zobowiązującej, wydawanej na podstawie art. 9 Rozporządzenia 1/2003.

Niniejszy artykuł stanowi próbę podsumowania i oceny postępowań Komisji Europejskiej zakończonych wydaniem decyzji zobowiązującej, w ramach której przedsiębiorstwa energetyczne zobowiązały się do dokonania tzw. *unbundlingu* własnościowego. W tym celu publikacja przybliży w pierwszej kolejności specyfikę sektora energetycznego, a następnie przedstawia krótką charakterystykę art. 9 Rozporządzenia 1/2003 oraz motywów, jakie legły u podstaw jego uchwalenia. W kolejnych częściach pracy omówione zostają trzy sprawy, w wyniku których zobligowano przedsiębiorstwa do dokonania zmian strukturalnych, jak również powody, dla których taki sposób działania Komisji wydaje się być nie do końca właściwy. Pracę zamyka podsumowanie wyводу.

II. Branża energetyczna

Patrząc na historię Unii Europejskiej, nie sposób oprzeć się wrażeniu, że kwestie energetyczne były jednym z podstawowych powodów jej powstania. To właśnie na nich skupiała się działalność EURATOMU, a w dużej części także EWWiS⁸. Również dzisiaj uważa się, że zapewnienie wystarczających, a przy tym stabilnych, dostaw surowców

² Decyzja Komisji z dnia 26 listopada 2008 r. dotycząca procedury na podstawie art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 porozumienia EOG (Sprawa COMP/39.388 – Niemiecki rynek hurtowy energii elektrycznej oraz COMP/38.389 – Niemiecki rynek bilansujący energii elektrycznej) (notyfikowanej jako dokument nr. C(2008) 7376 – wersja ostateczna (w dalszej części tekstu Decyzja E.ON.) – w związku z brakiem polskiej wersji językowej oparto się na wersji angielskiej.

³ Decyzja Komisji z dnia 18 marca 2009 r. dotycząca procedury na podstawie art. 82 Traktatu WE oraz art. 54 porozumienia EOG (Sprawa COMP/B-1/39.402 – RWE – zamknięcie dostępu do rynku gazu) (notyfikowanej jako dokument nr. C(2009) 1885) (w dalszej części tekstu Decyzja RWE) – w związku z brakiem polskiej wersji językowej oparto się na wersji angielskiej.

⁴ Decyzja Komisji z dnia 29 września 2010 roku dotycząca procedury na podstawie art. 102 TFUE oraz art. 54 porozumienia EOG (Sprawa COMP/39.315–ENI) (notyfikowanej jako dokument nr. C(2010) 6701) (w dalszej części tekstu Decyzja ENI) – w związku z brakiem polskiej wersji językowej oparto się na wersji angielskiej.

⁵ Sprawa COMP/39.727.

⁶ H. Nyssens, D. Schnichels, *Energy* [w:] J. Faull, A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, Oxford 2007.

⁷ W. Wang, *Structural Remedies in EU Antitrust and Merger Control*, „World Competition” 2011, vol. 34, s. 571. Na marginesie należy zauważyć, że w literaturze można spotkać się z poglądem negującym twierdzenie, że tego rodzaju środki obejmują *unbundling* własnościowy, ponieważ brakuje oficjalnej definicji środków strukturalnych; tak: A. Klees, S. Hauser, *Eigentumsrechtliche Entflechtung in der Energiewirtschaft als strukturelle Maßnahme i.S. des Art. 7 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003*, *Wirtschaft und Wettbewerb* 2007, nr. 6, 603.

⁸ C. Brown i in., *Sectoral Regimes* [w:] P. Rooth, V. Rose (red.), *Bellamy and Child European Community law of competition*, Oxford University Press, Oxford 2008, s. 1098.

energetycznych po przystępnych cenach jest kluczowe w tworzeniu możliwości rozwoju gospodarczego i dobrobytu obywateli⁹.

W ocenie Komisji Europejskiej czynnikiem oddalającym nas od osiągnięcia wskazanego celu jest panująca obecnie struktura rynku, który wykazuje dalece posunięte cechy antykonkurencyjne. Przeważają na nim były państwowe monopole, które przez lata były wspierane przez państwo i chronione przed konkurencją, co pozwoliło im na zbudowanie pozycji umożliwiającej niemal całkowite zdominowanie rynku¹⁰. Fundamentalnym elementem dającym tego typu spółkom przewagę nad konkurentami jest fakt, że kontrolują one sieci przesyłowe, które z rozmaitych względów czy to ekonomicznych, czy prawnych bądź związanych z ochroną środowiska nie nadają się do duplikacji¹¹. Mamy, więc do czynienia z sytuacją, w której podmiot aktywny we wszystkich sektorach od wydobycia gazu lub wytwarzania energii elektrycznej¹², poprzez ich przesył, aż po dostarczanie finalnego produktu odbiorcom indywidualnym, konkuruje z przedsiębiorcami prowadzącymi działalność wyłącznie w zakresie dostaw, ewentualnie dostaw i produkcji. Przedsiębiorcę aktywnego na wszystkich trzech poziomach rynku określa się mianem wertykalnie zintegrowanego¹³. Po stronie takiego podmiotu może pojawić się pokusa, by wykorzystać kontrolę nad *essential facilities*, czyli nad infrastrukturą, bez dostępu do której inni przedsiębiorcy nie mogą funkcjonować na danym rynku (w tym wypadku mowa oczywiście o rynku dostaw), do tego, by podtrzymywać swoją dominację we wszystkich trzech poziomach rynku, tym bardziej, że jak się powszechnie przyjmuje, rynek dostaw jest bardziej intratny niż rynek przesyłu. By przeciwdziałać tego rodzaju zachowaniom stosuje się różne instrumenty regulacyjne oraz oparte na prawie ochrony konkurencji, których zadaniem jest zapewnienie osobom trzecim dostępu do *essential facility*, opatego na uczciwych, rozsądnych i nie-dyskryminacyjnych zasadach (tzw. FRAND – *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*).

Spośród dotychczas stosowanych instrumentów o charakterze regulacyjnym warto wymienić te wprowadzane w ramach tzw. pierwszego i drugiego pakietu energetycznego. Uchwalony w połowie lat 90. „pierwszy pakiet energetyczny” nakładał na państwa członkowskie obowiązek wprowadzenia instrumentów zobowiązujących przedsiębiorstwa energetyczne do przeprowadzenia *unbundlingu* księgowego i informacyjnego. Istotą tego pierwszego było zobowiązanie wertykalnie zintegrowanych przedsiębiorstw do prowadzenia odrębnych ksiąg rachunkowych dla działalności w zakresie przesyłu, natomiast istotą drugiego było wprowadzenie tzw. *chinese walls*, które miały zagwarantować brak przepływu wrażliwych informacji pomiędzy pracownikami odpowiedzialnymi za przesył a pozostałymi pracownikami koncernu. Dalej idące rozwiązania wprowadził „drugi pakiet energetyczny”, w ramach którego przedsiębiorstwa takie miały obowiązek utworzenia odrębnej prawnie (*unbundling* prawny) i niezależnie zarządzanej (*unbundling* menadżerski) spółki do prowadzenia swojej działalności w zakresie przesyłu. Ponadto, „drugi pakiet energetyczny” nakładał na państwa członkowskie obowiązek utworzenia krajowych

⁹ Komisja Europejska: Dyrektoriat Generalny ds. Konkurencji, *Report on energy sector inquiry 2007*, s. 18.

¹⁰ C. Brown, *Sectoral regimes...*, s. 1099.

¹¹ Komisja Europejska: Dyrektoriat Generalny ds. Konkurencji, *Report on energy...*, s. 26.

¹² W dalszej części pracy działania w zakresie wydobycia gazu i produkcji energii elektrycznej będą określane zbiorczo mianem produkcji.

¹³ W literaturze można się również często spotkać z określeniem pionowo zintegrowany.

regulatorów wyposażonych w kompetencje w zakresie zatwierdzania danych przesyłowych. W ocenie Komisji Europejskiej ani pierwszy, ani drugi pakiet energetyczny nie przyniosły satysfakcjonującej liberalizacji rynku, w związku z czym Komisja zaproponowała trzeci pakiet, którego kluczowym elementem miało być wprowadzenie w branży energetycznej najdalej idącej formy *unbundlingu*, czyli tzw. *unbundlingu* własnościowego. Ostatecznie jednak do dyrektywy wprowadzono alternatywne dla *unbundlingu* własnościowego rozwiązania, z których mogą skorzystać przedsiębiorstwa istniejące przed wejściem w życie dyrektywy. Pierwszą alternatywą jest model ISO – w ramach którego wertykalnie zintegrowana spółka może pozostać właścicielem sieci przesyłowych, z tym jednak zastrzeżeniem, że zarząd nad siecią musi być w całości przekazany niezależnemu operatorowi funkcjonującemu poza strukturą zintegrowanego przedsiębiorstwa. Drugą, wprowadzoną pod wpływem nacisku niektórych państw członkowskich, jest model ITO – który pozwala wertykalnie zintegrowanym przedsiębiorstwom na pozostawienie zarówno własności, jak i zarządu sieci transmisyjnej w obrębie koncernu, z tym jednak zastrzeżeniem, że powinny się one znajdować w rękach niezależnej spółki.

Model ITO, a tym bardziej ISO odbiegał znacznie od zamiarów Komisji, toteż część ekspertów przewidywała, że wobec niepowodzeń regulacyjnych KE może próbować realizować swoją agendę środkami przewidzianymi przez prawo konkurencji. Kolejne lata miały pokazać, że mieli oni rację. Jak się okazało orężem, po który sięgnęła Komisja, był wprowadzony w 2004 roku artykuł 9 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003.

III. Artykuł 9 Rozporządzenia 1/2003

Tradycyjnie jedynym środkiem, jaki KE mogła zastosować wobec przedsiębiorcy naruszającego prawo konkurencji, było wydanie decyzji, w ramach której stwierdzano naruszenie i nakazywano jego zaprzestanie oraz nakładano na przedsiębiorstwo grzywnę. Rozwiązanie to było o tyle mało wydajne, że każdorazowo zmuszało Komisję do przeprowadzenia długotrwałego i dogłębnego dochodzenia, a także – bardzo często – do obrony nałożonych sankcji na forum europejskich sądów.

Inaczej niż amerykańskie organy ochrony konkurencji, Komisja nie miała formalnych instrumentów pozwalających jej na koncyliacyjne zamknięcie sprawy. Bynajmniej nie oznacza to, że tego rodzaju porozumienia pomiędzy stronami nie były zawierane, czego najlepszym dowodem są sprawy IBM i Microsoft (*licensing agreements*). Jednakże owa nieformalna praktyka negocjowania z przedsiębiorcami była obarczona licznymi wadami, z których najbardziej istotny wydaje się brak jej przejrzystości oraz fakt, że w wypadku, gdy przedsiębiorca nie dotrzymał umowy, jedyną rzeczą jaką mogła zrobić Komisja było ponowne wszczęcie postępowania¹⁴.

Po usankcjonowaniu dotychczasowej procedury nieformalnych porozumień udało się zminimalizować jej główne słabości. Zaproponowane przez przedsiębiorcę zobowiązania stają się, po ich przyjęciu przez Komisję, wiążące, a ich niedotrzymanie stanowi samoistne naruszenie prawa konkurencji i jako takie może być sankcjonowane. W zamian za swoje zobowiązanie przedsiębiorca uzyskuje od KE, również – co do zasady – wiążące stwierdzenie, że nie zachodzą podstawy

¹⁴ W.P.J. Wils, *Settlement of EU antitrust investigations: commitment decisions under article 9 of Regulation no 1/2003*, „World Competition: Law and Economics Review” 2006, vol. 29(3), s. 347; G.S. Georgiev, *Contagious efficiency: the growing reliance on US style antitrust remedies in EU law*, „Utah Law Review” 2007, vol. 4, s. 996; H. Schweitzer, *Commitment decisions under art. 9 of Regulation 1/2003: the developing EC practice and case law*, „EUI Working Papers” 2008, vol. 22, s. 4.

do podjęcia przez Komisję dalszych działań. Wprowadzona przez KE procedura i przewidziane w niej konsultacje przyczyniły się również do zwiększenia transparentności całego procesu. Toteż sam fakt wprowadzenia artykułu 9 należy ocenić pozytywnie, zwłaszcza że w wielu wypadkach umożliwia on osiągnięcie szybkiego i efektywnego rozwiązania, co jest często korzystne dla Komisji, przedsiębiorcy i rynku oraz konsumentów.

Z punktu widzenia KE zastosowanie art. 9 pozwala uniknąć jej angażowania znacznych środków w dowodzenie, iż naruszenie miało miejsce oraz w późniejszą obronę tej decyzji na forum unijnych sądów. Warto w tym miejscu wskazać, że postępowania w sprawach konkurencji przed sądami europejskimi potrafią być niezwykle kompleksowe, czasochłonne i kosztowne. Zgodnie z danymi podawanymi przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawozdaniu rocznym za rok 2012, średni czas rozpoznawania sprawy z zakresu prawa konkurencji wynosi ponad 48 miesięcy¹⁵. Jeśli w sprawie wniesione zostanie odwołanie, należy do tego doliczyć kolejne 17 miesięcy¹⁶. Unikając procesów oraz ograniczając zakres poprzedzających je czynności, Komisja może zaangażować się w większą ilość spraw.

Jeśli chodzi o przedsiębiorcę, również on może istotnie skorzystać na porozumieniu z Komisją. Rozwiązanie takie pozwala mu uniknąć kosztów i niedogodności związanych z długotrwałym dochodzeniem i procesem. Tym samym przedsiębiorca jest w stanie zmniejszyć zakres uszczerbku na swoim wizerunku, jaki często towarzyszy zarzutowi naruszenia prawa konkurencji¹⁷. Tego typu zarzuty i towarzyszące im ryzyko wysokiej grzywny bardzo często spotykają się z negatywną reakcją rynków kapitałowych, której, jak wskazują badania empiryczne, nie niweluje nawet późniejsze, pomyślnie dla spółki, rozstrzygnięcie sprawy – tak więc spółki giełdowe mogą być szczególnie skore, by koncyliacyjnie zamykać tego rodzaju sprawy¹⁸. Przedsiębiorca zyskuje również na tym, że decyzji zobowiązującej nie towarzyszy stwierdzenie naruszenia, które mogłoby zostać wykorzystane przeciwko niemu przez podmioty wytaczające mu powództwo cywilne o naprawienie szkody, a także która mogłaby przełożyć się na wyższe grzywny w przyszłości, gdyby przedsiębiorca miał jeszcze kiedyś zostać ukarany za antykonkurencyjne zachowania¹⁹. Oczywiście, najistotniejszym bodźcem skłaniającym przedsiębiorcę by skorzystał z możliwości oferowanych przez decyzję zobowiązującą jest fakt, że tym samym uwalnia się on od ryzyka zapłaty wielomilionowej, a czasem i wyższej kary.

Korzyści odnoszone przez rynek oraz konsumentów mają charakter bardziej pośredni. Można jednak dowodzić, że zyskują oni na tym, że Komisja jest w stanie wyeliminować więcej naruszeń prawa konkurencji oraz że odbywa się to szybciej, co może mieć szczególnie duże znaczenie, gdy mówimy o sektorach podlegających dynamicznym zmianom.

Jak się wydaje, właśnie względy ekonomii procesowej, będące *ratio legis* art. 9 Rozporządzenia 1/2003, oraz kluczowa rola, jaką przedsiębiorca odgrywa w postępowaniu prowadzącym do wydania decyzji, skłoniły Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej do zmiany orzeczenia SPI

¹⁵ TSUE, *Sprawozdanie Roczne 2012*, s. 199. Pobrano z: http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-04/192685_2012_6020_cdj_ra_2012_pl_proof_01.pdf (16.10.2013).

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ H. Schweitzer, *Commitment decisions...*, s. 2.

¹⁸ G. Langus, M. Motta, *On the Effect of EU Cartel Investigations and Fines On the Infringing Firms Market Value* [w:] C.-D. Ehlermann, I. Atanasiu, *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, Oxford/Portland, Oregon.

¹⁹ M. Piergiovanni, *Competition and regulation in the energy sector in Europe in the post sector inquiry era*, „Competition Law International” 2009, vol. 5, s. 7. Na marginesie można zauważyć, że wszystkie trzy koncerny, które zgodziły się poddać środkom strukturalnym były już w przeszłości karane za naruszenia prawa konkurencji.

w sprawie Alrosa²⁰. Inaczej niż sąd pierwszej instancji Trybunał uznał, że kontrola proporcjonalności w wypadku art. 9 Rozporządzenia 1/2003 ogranicza się do dokonanej z uwzględnieniem interesów osób trzecich weryfikacji, czy zaproponowane zobowiązania uwzględniają zastrzeżenia Komisji oraz do wybrania tych, spośród adekwatnych i zaproponowanych przez przedsiębiorcę rozwiązań, które są najmniej dotkliwe. O ile Komisja dokonała takich analiz, rola sądu ogranicza się do stwierdzenia czy wyciągnięte przez nią wnioski nie są oczywiście błędne.

W dalszej części artykułu zostanie wykazane, że polityka TSUE oraz praktyka KE nie są właściwe, w pierwszej kolejności jednak celowe wydaje się omówienie spraw, w których do tej pory Komisji udało się zastosować środki strukturalne.

IV. Sprawa E.ON.

E.ON. to niemiecki, wertykalnie zintegrowany koncern, który jest aktywny na rynku gazu i energii elektrycznej. Przedmiotem zastrzeżeń Komisji była jego aktywność na tym drugim rynku w obrębie RFN. W ocenie organu ochrony konkurencji E.ON. manipulował rynkiem energii elektrycznej poprzez krótkotrwałe ograniczanie produkcji, co z kolei miało przełożyć się na długofalowy wzrost cen²¹. Jednocześnie spółka ograniczała jakoby konkurencję na rynku energetycznym poprzez osłabianie inicjatyw konkurentów do podejmowania samodzielnych inwestycji, a to za sprawą proponowanego im przez E.ON. udziału w realizowanych przez koncern projektach oraz poprzez zawieranie z nimi długoletnich kontraktów, w których E.ON. zobowiązywał się do dostarczania konkurentom energii elektrycznej. Spółce zarzucono ponadto, że w zakresie usług bilansowania sieci preferowała bezzasadnie własne usługi. Aby wyjść naprzeciw zastrzeżeniom Komisji, E.ON. zobowiązał się do ograniczenia o 20% swojego potencjału produkcyjnego w obrębie Niemiec, co miało się odbyć poprzez sprzedanie przez koncern udziałów w elektrowniach oraz służących mu w cudzych projektach praw poboru.

Interwencja KE wydaje się zdumiewająca, niemiecki rynek daleki jest bowiem od monopolizacji przez E.ON. Na rynku działa trzech dużych graczy E.ON, RWE i Vattenfall, z których E.ON. nie jest nawet – jak się wydaje – największy. W 2006 roku, to jest w momencie podjęcia przez KE interwencji, kontrolowali oni łącznie 66% rynku, a ich udział w przeciągu trzech lat poprzedzających transakcję spadł z 75%. Jak można zauważyć, na rynku panowała dosyć intensywna konkurencja, w której podmioty mniejsze niż tych trzech liderów radziły sobie bardzo dobrze, co stawia pod znakiem zapytania celowość interwencji.

Ponieważ ciężko byłoby uznać, że E.ON. był samodzielnie podmiotem dominującym, a jednocześnie nie wykazano, by pomiędzy liderami rynku zawiano porozumienie kartelowe, Komisja uzasadniła swoją interwencję tym, że E.ON. był jakoby jednym z podmiotów mających na rynku niemieckim kolektywną pozycję dominującą. Z analiz KE ciężko jest wywnioskować, wspólnie z jakimi podmiotami E.ON. miał ową pozycję dominującą. Pierwotnie Komisja przyjmuje, że pozycję dominującą posiadali łącznie trzej liderzy rynku. Później jednak zauważa, że pomiędzy Vattenfall a dwoma pozostałymi podmiotami zachodzą różnice w zakresie strukturalnym oraz w zakresie kosztów i co za tym idzie uznawanie trzech koncernów za podmiot kolektywnie dominujący może być niewłaściwe. Ostatecznie Komisja nie rozstrzyga tych wątpliwości, poprzestaje

²⁰ Sprawa T-170/06 Alrosa Company Ltd. v. Komisji Europejskiej oraz Sprawa C-441/07 P Komisja Europejska v. Alrosa Company Ltd.

²¹ Dec. E.ON., par. 28–41.

jedynie na stwierdzeniu, że E.ON. jest – nie wiadomo wraz z kim – członkiem grupy mającej kolektywną pozycję dominującą na rynku niemieckim. W zasadzie dokonywanie analiz pozycji rynkowej, w oparciu o udział w rynku, jest w wypadku rynku energii elektrycznej wątpliwe, a to za sprawą kluczowego znaczenia zdolności zaspokojenia nie tyle dużej części popytu, ile tej części popytu, która przypada na tzw. *peak demand*, ten bowiem segment rynku jest najbardziej istotny i najbardziej opłacalny²².

To, że E.ON. nie miał samodzielnie pozycji dominującej, każe również poddać w wątpliwość czy zasadne jest zarzucanie mu, że ogranicza podaź w celu windowania cen. Strategia taka ma sens dla podmiotu, któremu przypada większość wygenerowanych w jej skutek korzyści. Skoro jednak E.ON. miałby sam ponosić koszty ograniczania podaży, a beneficjentami wynikających z tego wzrostów cen mieliby być wszyscy producenci, to należy zastanowić się czy strategia taka byłaby racjonalna.

Warto również zauważyć, że dwa pozostałe zarzuty podniesione pod adresem E.ON., a odnoszące się do praktyk wykluczających innych uczestników z rynku, zostały bardzo powierzchownie i lakonicznie omówione. Można wręcz odnieść wrażenie, że zarzuty te podniesiono tylko po to, by uzasadnić dlaczego w sprawie niewystarczające byłyby środki behawioralne. Co ciekawe w fachowej literaturze pojawiły się również zarzuty, że E.ON. wykorzystał interwencję Komisji do tego, by w korzystny podatkowo sposób pozbyć się tych aktywów, których produkcja i tak niebawem stałaby się nieopłacalna za sprawą coraz bardziej restrykcyjnych regulacji w zakresie ochrony środowiska²³.

V. Sprawa RWE

RWE jest niemieckim, w pełni zintegrowanym, koncernem działającym na rynku gazowniczym²⁴. W porównaniu z pozostałymi sprawami, omawianymi w niniejszym opracowaniu, poświęcono jej najmniej uwagi w piśmiennictwie. Warto jednak przytoczyć ją jako ilustrację tego, jak wąsko wyznaczony może być rynek właściwy oraz by przybliżyć niektóre ze spotykanych w sektorze energetycznym sposobów nadużywania pozycji dominującej.

Jeśli chodzi o pierwszą kwestię, Komisja uznała, że właściwy rynek przesyłowy może ograniczać się do jednej sieci²⁵. KE zaznaczyła również, że rynek dostaw może być zakreślony równie wąsko²⁶. Zgodnie z zastrzeżeniami Komisji RWE miała dopuszczać się tzw. *margin squeeze* oraz odmawiać świadczenia usług konkurentom²⁷. Z *margin squeeze* mamy do czynienia wówczas, gdy zintegrowane wertykalnie przedsiębiorstwo, mające dominującą pozycję na jednym poziomie rynku (zazwyczaj chodzi tu o rynek hurtowy, rynek półproduktów lub rynek dostępu), kształtuje cenę swoich produktów na tym rynku w taki sposób, że jego konkurenci działający na niższym (np. detalicznym poziomie rynku) nie mają możliwości prowadzenia swojej działalności w sposób opłacalny. W ocenie Komisji zarzut ten wspierał fakt, że działalność RWE w zakresie dostaw

²² H. Nyssens, D. Schnichels, *Energy* [w:] J. Faull, A. Nikpey (red.), *The EC law of competition...*

²³ H. von Rosenberg, *Unbundling through the back door...the case of network divestiture as a remedy in the energy sector*, „European Competition Law Review” 2009, vol. 30; M. Sadowska, *Energy liberalization in antitrust straitjacket. A plant too far?*, „World Competition Law and Economics Review” 2011, vol. 34.

²⁴ Decyzja RWE, par. 2.

²⁵ Ibidem, par. 15.

²⁶ Ibidem, par. 16.

²⁷ Ibidem, par. 21.

nie była dochodowa i to pomimo znaczących upustów przyznanych jej przez spółkę koncernu odpowiedzialną za sieci przesyłowe²⁸. RWE może również posłużyć za kolejny przykład zasady, że nawet ceny zatwierdzone przez regulatora mogą mieć charakter abuzywny²⁹. Jeśli natomiast chodzi o odmowę świadczenia usług, to w ocenie KE nie przybrała ona najbardziej otwartej postaci, ale była realizowana przez spółkę poprzez długookresowe rezerwacje mocy przesyłowych na rzecz RWE oraz poprzez zaniżanie wielkości raportowanych wolnych mocy przesyłowych w stosunku do stanu rzeczywistego³⁰. Kolejnym przejawem ograniczania przez RWE dostępu konkurentów do rynku była w ocenie Komisji tzw. degradacja potencjału – czyli zmniejszanie atrakcyjności dla konkurentów postawionych do ich dyspozycji mocy przesyłowych. W ocenie Komisji, ten antykonkurencyjny cel RWE osiągała poprzez wprowadzanie sztucznej fragmentacji rynku, co w świetle koniecznej w branży energetycznej koordynacji utrudniało jego konkurentom docieranie do finalnych odbiorców³¹.

Pod wieloma względami RWE mogłaby służyć jako modelowy przykład praktyk stanowiących nadużywanie pozycji dominującej w zakresie rynku energetycznych sieci przesyłowych. Niestety zarzuty Komisji zostały poparte raczej powierzchownym uzasadnieniem, toteż i walor dydaktyczny tej sprawy pozostaje raczej ograniczony.

VI. Sprawa ENI

ENI to włoski, wertykalnie zintegrowany, koncern działający w wielu sektorach. Zarzucono mu nadużywanie pozycji dominującej w zakresie przesyłu gazu. Jak wskazano w decyzji, koncern był właścicielem lub w inny sposób kontrolował wszystkie sieci przesyłowe, którymi gaz jest dostarczany do Włoch, co wykorzystywał, jak uznała KE, by ograniczyć konkurentom dostęp do intratnego, włoskiego rynku *downstream*.

Komisja uznała, że ENI realizowało swoją antykonkurencyjną strategię poprzez gromadzenie mocy przesyłowych i nieudostępnianie ich innym podmiotom (*capacity hoarding*), poprzez ich degradację, a także poprzez strategiczne niedoinwestowywanie sieci. Degradację sieci opisano już powyżej, zachowania ENI w tym zakresie miały polegać nie tylko na sztucznej fragmentacji rynku, ale też na oferowaniu podmiotom trzecim jedynie krótkookresowych umów na przesył gazu. Strategiczne niedoinwestowanie natomiast polegało na tym, że koncern nie inwestował środków w rozbudowę sieci przesyłowych, mimo że wiedział, iż na tego typu usługi był popyt generowany przez jego *downstreamowych* konkurentów.

Na skutek zastrzeżeń Komisji, ENI zobowiązało się do wyprzedania części swoich aktywów obsługujących przesył gazu do Włoch³². Na marginesie można zaznaczyć, że duża część owego transferu ma się odbyć pomiędzy ENI a innymi, kontrolowanymi przez włoski rząd, podmiotami³³.

²⁸ Ibidem par. 30–31.

²⁹ Kwestię tę omówiono w Sprawie C-280/08P Deutsche Telekom AG v. Komisji Europejskiej.

³⁰ Dec. RWE, par. 22–25.

³¹ Dec. RWE, par. 4.

³² Dec. ENI, par. 63–72.

³³ Dec. ENI, para. 64. Na marginesie można zaznaczyć, że kwestia czy przedsiębiorstwo przesyłowe kontrolowane przez państwo jest w rzeczywistości niezależne, w sytuacji gdy skarb państwa jest również aktywny w innych segmentach, jest wysoce dyskusyjna; zob. M. Sadowska, *Wypłatać koncerny z sieci*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2008, nr 9, s. 34 (autorka ta jest zdania, że w takiej sytuacji nie mamy do czynienia z unbundlingiem właścicielskim). Kwestia ta była również przedmiotem rozważań w toku prac legislacyjnych nad „trzecim pakietem energetycznym”, w czasie których przyjęto ostatecznie dopuszczalność takiej formy unbundlingu; zob. H. Bownik-Trymucha, *Kluczowe regulacje w III Pakiecie Energetycznym*, „Rynek Energii” 2010, nr 1(V), s. 53–54.

W tym przypadku decyzja KE została poparta o wiele bardziej rzetelnymi analizami niż decyzja w sprawie E.ON. Jednakże, poważnym błędem wydaje się być ograniczenie analiz perspektyw rozwoju włoskiego rynku, bez interwencji Komisji, do bardzo krótkiego horyzontu czasowego. Komisja stwierdziła po prostu, że do 2011 roku nie oczekuje się pojawienia alternatywnych i zdatnych do użytku gazociągów³⁴. Kolejnym zdumiewającym elementem decyzji jest to, że w swoich analizach Komisja nie wyjaśniła, dlaczego w jej ocenie działania włoskiego regulatora – AEEG były niewystarczające. Jest to o tyle zaskakujące, że mowa tu o jednym z najbardziej proaktywnych europejskich regulatorów, który stosował już na włoskim rynku daleko idące środki (m.in. wprowadzając maksymalne progi udziału rynkowego ENI), i który, jak się wydaje, odniósł pewne sukcesy, choćby rozbijając horyzontalną integrację ENI, zmuszając tę grupę do podjęcia, tak ważnych z punktu widzenia integracji europejskiego rynku energetycznego, działań transgranicznych. Można więc odnieść wrażenie, że włoski rynek zmierzał w dobrym kierunku, a z decyzji niestety nie sposób dowiedzieć się, dlaczego KE uznała inaczej.

VII. Problemy systemowe

Jak już wskazano, trudno jest, opierając się na udostępnianych przez Komisję materiałach, powiedzieć z pełnym przekonaniem, że problemy, do których rozwiązania zmierzały decyzje, w rzeczywistości istniały, a tym bardziej, że do ich rozwiązania wybrano najbardziej adekwatne metody. Jest to konsekwencja bardziej powierzchownego dochodzenia oraz analiz, jakie towarzyszą wydawaniu decyzji zobowiązującej. Wydaje się zresztą, że nie jest to jedyny problem związany z obecną praktyką stosowania artykułu 9.

Kolejnym istotnym problemem jest skupienie całego system ochrony konkurencji wokół jednego organu Komisji Europejskiej. To właśnie jej powierzono zadanie identyfikowania problemów w zakresie prawa konkurencji, weryfikowania czy owe problemy naprawdę istnieją, a następnie znajdowania sposobu na ich rozwiązanie³⁵. Istnieje więc ryzyko, że po tym, jak KE przyjmie określone stanowisko i zaangażuje w związku z tym znaczne środki, może być jej trudno przyznać, że problem nie istnieje albo że rozwiązania proponowane przez inne podmioty są lepsze od tego wymyślonego przez Komisję.

W świetle owej omnipotencji KE tym bardziej niepokoi ograniczony, czy niemalże nieistniejący, zakres zewnętrznej kontroli nad działaniami Komisji. Fakt, że TSUE zdecydował się na ograniczenie kontroli sądowej do sprawdzania czy Komisja dokonała analiz oraz czy spośród rozwiązań zaproponowanych przez przedsiębiorcę wybrano takie, które jest najmniej dotkliwe, a jednocześnie adekwatne do zastrzeżeń Komisji, należy ocenić bardzo negatywnie. Skoro te zastrzeżenia mogą być czysto subiektywnym stanowiskiem Komisji Europejskiej, to po stronie KE może pojawić się pokusa, by je wyolbrzymić i tym samym uzyskać od przedsiębiorcy dalej idące zobowiązania³⁶.

Teoretycznie system jest zabezpieczony przed takimi działaniami Komisji poprzez fakt, że to przedsiębiorca dobrowolnie oferuje zobowiązania. Zakłada się więc, że przedsiębiorca zaoferuje jedynie takie zobowiązania, które będą optymalne z punktu widzenia jego interesów i jeśli np. nie dopuścił się żadnego naruszenia prawa konkurencji, to nie podejmie żadnych zobowiązań³⁷. Drugim

³⁴ Dec. ENI, par. 32.

³⁵ M. Piergiovanni, *Competition and regulation in the energy sector...*, s. 7.

³⁶ M. Sadowska, *Energy liberalization in Antitrust Straitjacket: A Plant too Far?*, „World Competition Law and Economics Review” 2008, vol. 34.

³⁷ A.D. Melamed, *Antitrust: The New Regulation*, „Antitrust” 1995, vol. 13(10).

filarem systemu jest działanie KE, która występuje w imieniu interesu publicznego. Rzeczywistość odbiega jednak nieco od teorii. Po pierwsze, pod adresem Komisji pojawiły się już zarzuty, że przejmowała ona inicjatywę i poniekąd narzucała swoje rozwiązanie kontrolowanym podmiotom. Komisja może to skutecznie robić, ponieważ stoi za nią bogate instrumentarium sankcji, które mogą dotknąć nieskorych do współpracy przedsiębiorców – jak się wydaje ignorowanie tego faktu i przyjmowanie, że negocjacje pomiędzy KE a przedsiębiorcą prowadzą do osiągnięcia równorzędnego porozumienia jest jednym z najbardziej powszechnych błędów popełnianych przez apologetów obecnej praktyki stosowania artykułu 9³⁸. Jednocześnie nie jest do końca prawdą, że artykuł 9 nie może zostać wykorzystany przeciwko przedsiębiorcom, którzy nie dopuścili się naruszenia prawa konkurencji. Pod wieloma względami sprawy omawiane powyżej miały nowatorski i precedensowy charakter, nie jest więc do końca jasne czy E.ON., RWE bądź ENI dopuściły się jakichkolwiek nadużyć. Jednocześnie nawet takie podmioty, które są przekonane o tym, że nie dopuściły się naruszenia prawa, mogą być skłonne by zaproponować zobowiązania, jeśli ich koszty będą niższe niż te związane z przeprowadzeniem choćby zwycięskiej batalii z KE, a jak już wskazano wcześniej zwycięstwa z KE w sprawach o naruszenia prawa konkurencji są bardzo często zwycięstwami pyrrusowymi. Należy wreszcie rzucić choć cień wątpliwości na to, czy niekontrolowany przez nikogo, polityczny organ, jakim jest Komisja, będzie zdolny uniknąć uprzedzeń i pokus, by działać bardziej w interesie swoim niż społeczeństwa czy konkurencji. Pojawiły się bowiem zarzuty, że szybkie zamknięcie spraw E.ON., ENI i RWE było związane z ambicją odchodzącego Komisarza, by sprawy te zostały zamknięte przed końcem jego kadencji. Co więcej, zwłaszcza w świetle mniejszego zaangażowania Komisji w dokonywanie analiz rynku, można wątpić czy każdorazowo jest ona w stanie odróżnić rozwiązania optymalne od szkodliwych oraz czy jej słabsza znajomość branży nie zostanie wykorzystana – co jak się niekiedy twierdzi, miało miejsce w sprawie E.ON.

Kolejnym poważnym zastrzeżeniem, jakie można mieć do dotychczasowej praktyki KE, jest fakt, iż decyzja zobowiązująca wydaje się być bardziej dostosowana do rozstrzygania pozbawionych precedensowego charakteru, drobnych spraw³⁹. Natomiast KE wykorzystwała ją do zarzucenia olbrzymim koncernom poważnych i nieznanym wcześniej form naruszenia prawa konkurencji. Praktyka taka może być bardzo szkodliwa zarówno dla prawa konkurencji, jak i dla interesów konsumentów. Szkoda dla prawa konkurencji polega na tym, że zamiast wynikającego z oficjalnych źródeł i podlegającego wykładni sądów prawa, pojawia się quasi-prawo tworzone i podlegające wykładni dokonywanej przez KE oraz oferujących zobowiązania przedsiębiorców. Decyzje zobowiązujące nie zawierają w sobie rozstrzygnięcia czy dana czynność stanowiła naruszenie, czy nie, a więc nie mogą one posłużyć innym przedsiębiorcom jako wskazówka co do tego, jakiego typu działania są dozwolone, a jakie są zakazane. W braku orzeczeń ciężko jest więc jednoznacznie stwierdzić, jak należy oceniać standardową w branży energetycznej praktykę długoterminowego rezerwowania mocy przesyłowych, nie sposób również powiedzieć czy wprowadzana przez KE

³⁸ D. Waelbroeck, *Le Développement en Droit Européen de la Concurrence des Solutions Négociées (Engagements, Clémence, Non-contestation des Faits et Transactions): Que Va-t-il Rester aux Juges?* In Global Competition Law Centre 2008, Working Paper 1; O tym, że ryzyko, że KE wykorzysta swoje uprawnienia by ukarać nieskorych do współpracy przedsiębiorców, nie jest czysto iluzoryczne świadczy wypowiedź komisarz Neelie Kroes, w której stwierdziła ona, że wobec tych podmiotów, które nie są skłonne do porozumienia się z Komisją, powinna ona podjąć działania zmierzające do uzyskania zamierzonego środka połączone z nałożeniem najwyższej dopuszczalnej kary (cyt. za: W. Wouter, H. Paull, *Structural remedies in article 82 energy cases*, „Competition Law Review” 2008, vol. 4, s. 153).

³⁹ W.P.J. Wils, *The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles*, „World Competition” 2008, vol. 31(3), s. 338.

polityka *expand-or-loose* ma jakiegokolwiek podstawy prawne ani też stwierdzić, czy sytuacja na rynku energetycznym uzasadniałaby w jakimkolwiek wypadku zastosowanie środków strukturalnych, w trybie artykułu 7. Jest to zjawisko tym bardziej niebezpieczne, że łatwo jest wpaść w „zakłęty krąg”, w ramach którego niepewni swojej sytuacji prawnej przedsiębiorcy decydują się na rozwiązanie sprawy w drodze decyzji zobowiązującej, w związku z czym powstałe w ich sprawach zagadnienia prawne nie zostają rozstrzygnięte, co tylko przyczynia się do powstania jeszcze głębszej niepewności prawnej⁴⁰. Jak się wydaje ten wzmacniający się trend może być bardzo niebezpieczny dla rynków. W świetle ogromnej skali potencjalnych nadużyć wątpliwe wydaje się również czy KE powinna była w zdecydować się na zastosowanie artykułu 9 Rozporządzenia 1/2003. To, że przedsiębiorstwa, którym zarzucono wieloletnie ograniczanie dostępu do ogromnego rynku, nie zostały ukarane może osłabić prewencyjne działanie norm prawa konkurencji. Wątpliwości pogłębia fakt, że wydanie decyzji stwierdzającej naruszenie, dałoby świetną podstawę osobom prywatnym do wytaczania spraw o odszkodowania (*private enforcement*). Branża energetyczna wydaje się być szczególnie właściwa dla tego rodzaju roszczeń, ponieważ relacja przedsiębiorcy z klientem jest w niej dużo lepiej udokumentowana niż w wielu innych. Jednakże KE nie wykorzystwała tej okazji by wesprzeć europejski *private enforcement*.

Należy wreszcie stwierdzić, że realizując swoją agendę ponad krajowymi regulatorami i bez uwzględniania decyzji rządów państw członkowskich, Komisja naraża na szwank współpracę z tymi organami. Jak się niekiedy uważa, przejawem niezadowolenia państw członkowskich z działań Komisji był, m.in. tzw. *coup de Sarkozy*, czyli przeniesienie przepisów dotyczących zabezpieczania niezakłóconej konkurencji z traktatu do protokołu⁴¹.

VIII. Podsumowanie

Instrument decyzji zobowiązującej wprowadzono po to, by umożliwić Komisji Europejskiej szybkie zamykanie spraw bez konieczności zaangażowania dużych środków. Na razie została ona zastosowana głównie do sektora energetycznego, w którym stała się podstawą do zobowiązania przedsiębiorców do przeprowadzenia środków strukturalnych. Jakkolwiek samo wprowadzenie możliwości polubownego zamykania spraw z zakresu prawa konkurencji należy ocenić pozytywnie, to jednak dotychczasowa praktyka jej stosowania wzbudza pewne wątpliwości.

Nie sposób bowiem oprzeć się wrażeniu, że KE postanowiła wykorzystać przysługującą jej w zakresie prawa konkurencji kompetencję do sankcjonowania indywidualnych przypadków naruszenia tegoż prawa w sposób niezgodny z jego przeznaczeniem, tj. do wdrażania generalnych zmian o charakterze systemowym. Wydawane przez Komisję decyzje są słabo uzasadnione i poparte raczej powierzchownymi analizami i przez to zdają się być raczej wdrażaniem z góry przyjętej koncepcji niż konsekwencją przeprowadzonego przez Komisję dochodzenia. W tym kontekście uzasadniony wydaje się postulat sprawowania bardziej szczegółowej kontroli nad działaniami Komisji, co pozwoliłoby ograniczyć pole do potencjalnych nadużyć, takich jak przymuszanie przedsiębiorców do tego, by proponowali zobowiązania zgodne z oczekiwaniami organu.

⁴⁰ F. Wagner von Papp, *Best and Even Better Practices in the European Commitment Procedure after Alrosa: The Dangers of Abandoning the Struggle for Competition Law*, „Common Market Law Review” 2012, vol. 49(3).

⁴¹ H. Vedder, *Competition in the EU Energy Sector – An Overview of Developments in 2009 and 2010*, s. 1. Pobrano z: <http://ssrn.com/abstract=1734639> (01.04.2013).

Owa nieadekwatność formy i metod musi niepokoić. Sama Komisja przyznaje bowiem, że poprzez prawo konkurencji nie da się zliberalizować rynków. Dodatkowym powodem do niepokoju musi być niedostateczny udział w działaniach KE krajowych regulatorów oraz brak wystarczającego dialogu pomiędzy Komisją a państwami członkowskimi. Taka sytuacja może prowadzić do konfliktów, które utrudnią w przyszłości wypracowanie najbardziej optymalnych rozwiązań.

Wydaje się, że w przyszłości KE powinna stosować artykuł 9 raczej do drobnych spraw, natomiast sprawy szczególnie poważne ze względów ekonomicznych bądź prawnych powinny być sankcjonowane w trybie procedury artykułu 7. Nie sposób wykluczyć, że w pewnych sprawach interes publiczny w szybkim zamknięciu sprawy będzie przemawiał za tym, by zakończyć ją decyzją zobowiązującą, pomimo znacznej skali bądź precedensowego charakteru nadużyć. W takim jednak wypadku Komisja powinna każdorazowo uzasadniać, jakimi względami kierowała się, decydując się na to, by zrezygnować z wydania decyzji stwierdzającej naruszenie prawa konkurencji. Kolejnym polem do ulepszenia procesu jest poszerzenie zakresu udostępnianych do publicznej wiadomości analiz i materiałów z dochodzenia. Co oczywiste część z nich musi pozostać poufna, jednakże każda dodatkowa dostarczona przez Komisję informacja mogłaby służyć lepszemu wykazaniu, że decyzje Komisji są oparte na solidnych podstawach. Należy wreszcie stwierdzić, że korzystne dla procedury zobowiązań byłoby zwiększenie egzekwowanej nad nią kontroli sądów, co wpłynęłoby legitymizująco na działania KE. Jeśli obecne sądy europejskie nie są w stanie sprawować takiej kontroli czy to ze względu na brak merytorycznej wiedzy, czy też na znaczne obciążenie pracą, to być może czas pomyśleć nad utworzeniem specjalnego europejskiego sądu do spraw konkurencji.