

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 14 maja 2012 r.
XVII AmA 41/11

- 1. Z uwagi na pierwszoinstancyjny charakter postępowania sądowego w sprawach odwołań od decyzji Prezesa UOKiK, wnioski o wydanie zgody warunkowej na podstawie art. 19 ust. 1 uokik mogą być składane także przed SOKiK.**
- 2. Zgodnie z art. 20 ust. 1 uokik, ciężar wykazania konkretnych (a nie ogólnikowych) korzyści dla rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego lub pozytywnego wpływu na gospodarkę narodową spoczywa na powodzie. Dla wykazania tych okoliczności nie jest wystarczające powołanie się na zgodność z dokumentem rządowym definiującym politykę państwa.**
- 3. Nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem SOKiK zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym. Takie rozwiązanie w pełni odpowiada standardom demokratycznego państwa prawa określonym w art. 2 Konstytucji.**

Omawiany wyrok SOKiK został wydany w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa UOKiK z 13.01.2011 r. (DKK-1/20121), którą Prezes Urzędu zakazał dokonania koncentracji *PGE/Energa*. Sąd oddalił odwołanie powoda w całości, tj. w zakresie wszystkich postawionych przez zarzutów naruszenia (niekiedy rażącego) prawa materialnego (art. 20 ust. 1, art. 18, art. 19 ust. 1 i 2, art. 20 ust. 2, art. 4 pkt 9 oraz art. 4 pkt 9 w zw. z art. 20 ust. 1 uokik z 2007 r., a także art. 2 Konstytucji) i prawa postępowania przed organem ochrony konkurencji (art. 9 k.p.a., art. 10 i art. 73 k.p.a., art. 7 k.p.a. w zw. z art. 18, art. 19 ust. 1 i art. 20 ust. 2 uokik, art. 11 w zw. z art. 107 § 1 i § 3 k.p.a., art. 8 k.p.a. i art. 74 i art. 95 ust. 2 uokik, art. 107 § 1 i § 3 k.p.a., art. 233 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik, art. 236 k.p.c. i art. 244 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik, art. 231 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik, art. 24 § 3 k.p.a., art. 71 ust. 1 uokik), które to naruszenia sprawiły, że Prezes UOKiK niewłaściwie ustalił stan faktyczny oraz niewłaściwie zastosował art. 20 ust. 1 uokik, podczas gdy powinien był w badanym stanie faktycznym sprawy zastosować art. 18 (zgoda bezwarunkowa), ewentualnie art. 19 ust. 1 ew zw. z art. 19 ust. 2 (zgoda warunkowa) albo art. 20 ust. 2 uokik. W konsekwencji powód wniósł o zmianę decyzji w całości i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez wydanie – w pierwszej kolejności – zgody

bezwartkowej, w drugiej kolejności – zgody warunkowej lub w trzeciej kolejności – zgody nadzwyczajnej przez odstąpienie od zakazu ze względu na inny niż ochrona konkurencji „interes publiczny”.

Wniosek powoda o wydanie przez SOKiK zgody warunkowej obejmował trzy zobowiązania: (1) „obowiązek, zgodnie z którym powód będzie zobowiązany zapewnić, że wytwórcy energii elektrycznej z grupy kapitałowej powoda będą dokonywać sprzedaży energii elektrycznej podlegającej obowiązkowi z art. 49a ust. 2 Prawa energetycznego poprzez giełdę towarową, rynek regulowany i internetowe platformy handlowe na rynku regulowanym w sposób zapewniający publiczny, równy dostęp do tej energii [...] w okresie od 1.01.2011 r. do 31.12.2020 r.”, (2) „zobowiązanie powoda do kwartalnego przedstawiania Prezesowi Urzędu [...] raportów z wykonania obowiązku, o którym mowa powyżej [...]; (3) „warunku, zgodnie z którym nałożony zostanie na [powoda] obowiązek zachowania podmiotowej odrębności [...] spółki E.O. do końca 2020 r. [...]”.

Omawianym wyrokiem SOKiK w pełni zaakceptował ustalenia faktyczne i prawne sprawy dokonane w postępowaniu przed Prezesem UOKiK, a w konsekwencji oddalił wszystkie postawione w odwołaniu zarzuty naruszenia prawa materialnego i prawa postępowania. Zdaniem SOKiK powód nie wykazał żadnych okoliczności faktycznych lub prawnych, które uzasadniałyby postawione przez powoda zarzuty. W szczególności SOKiK uznał, że Prezes UOKiK właściwie zdefiniował rynek właściwy w sprawie oraz prawidłowo stwierdził, że koncentracja doprowadziłaby do istotnego ograniczenia konkurencji, gdyż „jest bezspornym, że w wyniku planowanej koncentracji powód uzyska udział w rynku przekraczający ... [40] % na krajowym rynku sprzedaży detalicznej energii elektrycznej”, a „powód nie wykazał okoliczności faktycznych pozwalających przyjąć, że po dokonaniu koncentracji nie będzie miał możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji”. SOKiK nie uznał za uzasadnione argumenty powoda w zakresie czynników ułatwiających dostęp do rynku, niskiej bariery wejścia na rynek, swobodnej zmiany sprzedawcy itp., przemawiające, zdaniem powoda, przeciwko uznaniu, że domniemanie z art. 4 pkt 10 uokik jest w tym przypadku spełnione.

Omawiany wyrok jest drugim orzeczeniem¹, w którym SOKiK miał możliwość wydania zgody warunkowej. Jednoznacznie dopuścił możliwość przedłożenia takich warunków dopiero w odwołaniu z uwagi na pierwszo instancyjny charakter postępowania sądowego w sprawach odwołań od decyzji Prezesa UOKiK; za spóźnione (stosownie do art. 479¹² § 1 k.p.c.) uznał natomiast pisemne zgłoszenie takiego warunku na tydzień przed wydaniem wyroku. SOKiK dokonał również oceny, „czy zgłoszone przez powoda warunki koncentracji uzasadniają wydanie zgody w trybie art. 19 ust. 1 uokik”, oraz wyraźnie umiejscowił po stronie powoda ciężar dowodu na okoliczność, że „spełnienie zaproponowanych przez niego warunków spowoduje, że konkurencja w wyniku koncentracji nie zostanie ograniczona”. W ocenie SOKiK okoliczność ta nie została wykazana, a w konsekwencji zakaz dokonania planowanej koncentracji został w pełni utrzymany.

Uznając, że proponowany warunek sprzedaży energii elektrycznej podlegający obowiązkowi wynikającemu z art. 49a Prawa energetycznego za pośrednictwem giełdy towarowej, rynku regulowanego i internetowych platform handlowych na rynku regulowanym „jedynie rozszerza obowiązek wynikający z mocy obowiązującego prawa”, SOKiK nie rozważył skali tego rozszerzenia i potencjalnego znaczenia dominacji takiego (rynkowego) mechanizmu sprzedaży energii elektrycznej dla

¹ Po raz pierwszy SOKiK oceniał możliwość wydania decyzji warunkowej w wyroku z 13.04.2011 r. (XVII AmA 78/09) w sprawie zakazanej przez Prezesa UOKiK koncentracji *Orzeł Biały/Baterpol*, w pełni podtrzymując stanowisko Prezesa UOKiK uznające, że „brak jest możliwości zastosowania jakichkolwiek warunków, które można byłoby uznać za odpowiednie, tzn. takie, które w sposób satysfakcjonujący eliminowałyby zakłócenia konkurencji zidentyfikowane na krajowym rynku przetwarzania różnych akumulatorów kwasowo-ołowiowych” (s. 64 wyroku).

procesów cenotwórczych w oligopolistycznej strukturze polskiego sektora elektroenergetycznego. Przede wszystkim jednak SOKiK nie rozważył, czy tego rodzaju behawioralny warunek modyfikacyjny nie jest jednak właściwym środkiem zaradczym w przypadku, gdy antykonkurencyjny efekt zamierzonej koncentracji ma przede wszystkim wymiar wertykalny, a nie horyzontalny. Z decyzji Prezesa UOKiK dosyć wyraźnie wynikało, że to właśnie teoria szkody wertykalnej (efekt wykluczenia) legła u podstaw zakazu.

SOKiK oddalił także wniosek powoda o wydanie decyzji nadzwyczajnej na podstawie art. 20 ust. 2 uokik, uznając, że określone przez powoda „korzyści mają charakter ogólnikowy i w istocie uniemożliwiają dokonanie oceny, czy korzyści przeważają nad negatywnymi skutkami ograniczenia konkurencji”. Zdaniem SOKiK „dla wykazania tych okoliczności nie jest wystarczające powołanie się na zgodność z dokumentem rządowym, definiującym tę [energetyczną] politykę”, m.in. dlatego iż „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”; uzasadnieniem tego stanowiska SOKiK ma być fakt, że „polityka gospodarcza rządów [...] nie zawsze bywa właściwa”.

Odnosząc się do postawionych przez powoda zarzutów naruszenia przez Prezesa UOKiK przepisów w toku postępowania administracyjnego, SOKiK podtrzymał pogląd, że „SOKiK nie może ograniczyć sprawy wynikającej z odwołania Prezesa Urzędu tylko [podkr. T.S.] do funkcji sprawdzającej prawidłowość postępowania administracyjnego, które poprzedza postępowanie sądowe”, co nie budzi wątpliwości². Stanowisko to sąd orzekający w tej sprawie interpretuje jednak niezmiernie szeroko. Uznaje mianowicie, że „nawet gdyby przyjąć, że w postępowaniu administracyjnym doszło do uchybień proceduralnych, to nie mogą one być przedmiotem postępowania sądowego mającego na celu merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, bowiem SOKiK zobowiązany jest do wszechstronnego zbadania wszystkich istotnych okoliczności sprawy, przy uwzględnieniu zasad rozkładu dowodu i obowiązku stron w postępowaniu dowodowym”. Zdaniem SOKiK, „takie rozwiązanie w pełni odpowiada standardom demokratycznego państwa prawa określonym w art. 2 Konstytucji”, aczkolwiek trudno nie zauważyć, że oznacza to, że istotny element oceny prawidłowości działania administracji pozostaje poza kontrolą sądową.

Tadeusz Skoczny

Zakład Europejskiego Prawa Gospodarczego

Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego

² Pogląd ten SOKiK uznaje za ugruntowany w orzecznictwie. SOKiK przywołał w tym miejscu następujące orzeczenia: wyrok SN z 29.05.1991 r., III CRN 120/91, OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; postanowienie SN z 7.10.1998 r., I CKN 265/98OSP 2000 Nr 5, poz. 68; postanowienie SN z 11.08.1999 r., 351/99 OSNC 2000 Nr 3, poz. 47; wyrok SN z 20.09.2005 r., III SZP 2/05 OSNP 2006/19-20/312.