

Sygn. akt *XVII AmA 9/18*

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 4 sierpnia 2020 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
w składzie:

Przewodniczący –	<i>Sędzia Sądu Okręgowego Ewa Malinowska</i>
Protokolant –	Sekretarz sądowy Joanna Nande

po rozpoznaniu 4 sierpnia 2020 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) *Przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą we W.*

przeciwko *Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

o nadużywanie pozycji dominującej

na skutek odwołania (...) *Przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą we W.* od decyzji Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 28 listopada 2017 r. Nr (...)

1. oddała odwołanie;
2. zasądza od (...) *Przedsiębiorstwa (...) S.A. z siedzibą we W.* na rzecz Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 720 zł (siedemset dwadzieścia) złotych z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Ewa Malinowska

XVII AmA 9/18

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 28 listopada 2017 wydaną w sprawie (...) (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów . Na podstawie art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 229 ze zm.), dalej „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów”, stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy oraz § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 1 lipca 2009 r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 816), po przeprowadzeniu z urzędu postępowania antymonopolowego

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

uznał się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust.1 i ust. 2 pkt 6 tej ustawy, praktykę polegającą na nadużywaniu przez (...) *Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą we W.* pozycji dominującej na lokalnym rynku zarządzania infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną, obejmującym obszar gminy W., poprzez narzucanie kontrahentom uciążliwych warunków „Umów odpłatnego przekazania sieci wodociągowej

i/lub kanalizacyjnej”, przynoszących (...) Przedsiębiorstwu (...) S.A. z siedzibą we W. nieuzasadnione korzyści w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniem umownym, zgodnie z którym osoby ubiegające się o przyłączenie oświadczają, że ustanowią na rzecz ww. przedsiębiorcy - na nieruchomości przez którą przebiega sieć - nieodpłatną służebność przesyłu, z równoczesnym zobowiązaniem tych osób do poniesienia kosztów związanych z ustanowieniem ww. służebności przesyłu.

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 tej ustawy w zakresie określonym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji

– w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów -

nałożył się na (...) Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą we W. **karę pieniężną w wysokości 20 499,91 zł.** (słownie: dwadzieścia tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt dziewięć złotych 91/100) płatną do budżetu państwa.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz na podstawie art. 263 § 1 i art. 264 § 1 ustawy z dnia 14 czerwca 1960r. Kodeks postępowania administracyjnego (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1257) w związku z art. 83 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **obciążył** (...) Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą we W. kosztami postępowania **w wysokości 25,00 zł** (słownie: dwadzieścia pięć złotych 00/100) płatnymi do budżetu państwa,

oraz zobowiązał ww. przedsiębiorcę do zwrotu Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kosztów postępowania w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

(decyzja k. 5-19)

Powód (...) Przedsiębiorstwo (...) S.A. z siedzibą we W. wniósł odwołanie od tej decyzji zaskarżając ją w całości.

Zaskarżonej decyzji zarzucił;

I. naruszenie prawa materialnego:

1. Art. 9 ust. 1 ust. 2 pkt 6 uokik
2. Art. 1 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 uokik
3. Art. 4 pkt pkt 10 uokik
4. Art. 12 uokik
5. Art. 106 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 9 uokik

II. Naruszenie przepisów postępowania

1. Art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 uokik
2. Art. 227 kpc w zw z art. 84 uokik
3. Art. 77 ust. 1 uokik w zw. z art. 263 § 1 i art. 264 § 1 kpa

III. Błąd w ustaleniach faktycznych poprzez przyjęcie, że powód narzucił kontrahentom uciążliwe warunki umów przynoszące mu nieuzasadnione korzyści w drodze posługiwania się postanowieniem umownym, zgodnie z którym osoby ubiegające się o przyłączenie oświadczają, że ustanawiają na rzecz przedsiębiorcy na nieruchomości przez którą przebiega sieć nieodpłatną służebność przesyłu, z jednoczesnym zobowiązaniem tych osób do poniesienia kosztów związanych z ustanowieniem tej służebności.

(odwołanie k. 2-37)

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

(...) Przedsiębiorstwo (...) jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w formie spółki akcyjnej, zarejestrowanym w Krajowym Rejestrze Sądowym przy Sądzie Rejonowym dla Wrocławia-Fabrycznej we Wrocławiu, VI Wydział Gospodarczy, pod numerem KRS (...). Przedmiotem działalności gospodarczej Spółki są usługi świadczone w zakresie zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków oraz usługi związane z eksploatacją i zarządzaniem infrastrukturą wodociągową i kanalizacyjną. Spółka wykonuje je na terenie gminy W., posiadając na tak wyznaczonym rynku geograficznym 100% udział.

(Dowód: informacja z KRS k. 218-222 akt adm., okoliczność niekwestionowana)

Powód oferował potencjalnym odbiorcom usług zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków, którzy byli zainteresowani podłączeniem się do sieci wodociągowej i kanalizacyjnej, podpisanie ze Spółką „Umowy odpłatnego przekazania sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej”. Propozycja ta związana była z faktem, iż na danym terenie nie istniały w konkretnym momencie techniczne możliwości podłączenia do tych sieci (w szczególności na terenach nieobjętych wieloletnim planem rozwoju i modernizacji urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych).

Zgodnie z par. 4 wzorca ww. Umowy partycypacyjnej inwestor budujący sieć wodno-kanalizacyjną na terenach prywatnych zobowiązywał się w niej ustanowić na rzecz (...) na działce/nieruchomości, przez którą przebiega sieć nieodpłatna i nieograniczona w czasie służebność przesyłu, polegającą m.in. na prawie do korzystania i używania sieci zgodnie z jej przeznaczeniem i w zakresie niezbędnym do zapewnienia prawidłowego jej funkcjonowania, udostępnieniu nieruchomości w celu wykonania czynności związanych z remontem, rozbudową, przebudową, konserwacją oraz usuwaniem awarii sieci. Ustanowienie służebności następowało na czas nieograniczony, nieodpłatnie. Koszty sporządzenia aktu notarialnego i dokonania wpisu służebności do księgi wieczystej ponosił inwestor.

(dowód: wzór umowy k. 90–93 akt adm.)

Wzorzec umowny, zawierający taki zapis, był stosowany od listopada 2015 r.

(dowód pismo k.164 odwrót akt adm.)

We wzorze pisma przedkładanego przez (...) podmiotom ubiegającym się o przyłączenie do sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej spółki (Warunki budowy sieci) znajduje się zapis „W przypadku projektowania sieci wodociągowej lub kanalizacji sanitarnej w działkach prywatnych, do dokumentacji projektowej podlegającej uzgodnieniu w (...) należy dołączyć oświadczenie właścicieli tych działek o wyrażenie zgody na ustanowienie służebności przesyłu na rzecz (...) na zasadach obowiązujących w (...): „Zasady odpłatnego przekazywania na rzecz (...) SA sieci wodociągowych i/lub kanalizacyjnych nowowytwarzanych przez Inwestorów na terenie Gminy W.” Wzorzec Umowy partycypacyjnej zawierający kwestionowane zapisy, dotyczące nieodpłatnego ustanowienia służebności przesyłu, stanowi załącznik nr 2 do ww. Zasad odpłatnego przekazywania na rzecz (...) sieci wod.-kan.

(pismo k. 44 odwrót, wzorzec pisma 58 odwrót, wzór umowy 90-93 akt adm.).

W roku 2016 zostały zawarte 72 Umowy partycypacyjne z inwestorami budującymi sieć na terenach prywatnych zawierające zakwestionowane postanowienia, dotyczące nieodpłatnego ustanowienia służebności i konieczności ponoszenia kosztów sporządzenia ww. aktu notarialnego. Jednocześnie w 2016 roku nie zawarto żadnej umowy, która nie zawierałaby takiego postanowienia. Również w okresie od dnia 1 stycznia 2017 r. do dnia 30 czerwca 2017 r., wszystkie umowy partycypacyjne (tj. 33 umowy) jakie zostały zawarte przez Spółkę z inwestorami budującymi sieć na terenach prywatnych zawierały kwestionowane postanowienia.

(dowód: pismo k. 128 , pismo k. 150-151 akt adm.).

W okresie od 1 stycznia 2016 r. do 31 czerwca 2017 r. Spółka podpisała z inwestorami budującymi sieć na terenach prywatnych łącznie 105 umów partycypacyjnych, które zawierały kwestionowane postanowienia. W powyższym okresie nie zawarto z inwestorami budującymi sieć na terenach prywatnych żadnej umowy partycypacyjnej, która takiego postanowienia nie zawierała.

(Dowód: pisma karty 128 - 129, 150 – 151 akt adm.)

W latach 2015 – 2016 nie nastąpiło ani jedno odpłatne przekazanie wybudowanych przez podmiot przyłączany na swój koszt urządzeń wodociągowych (sieci wodociągowej) - na podstawie 31 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę (...). lub art. 49 § 2 K.c. – gminie lub przedsiębiorstwu wodociągowo – kanalizacyjnemu na warunkach uzgodnionych w umowie. Podobna sytuacja miała miejsce w przypadku urządzeń kanalizacyjnych (sieci kanalizacyjnej). Tak więc, wszystkie przypadki budowy przez inwestorów sieci wodno-kanalizacyjnej w ww. okresie odbywały się na podstawie zawartych umów partycypacyjnych.

(Dowód: pismo karta 78-81 akt adm.)

W trakcie postępowania administracyjnego powód poinformował Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów pismem z dnia 27 czerwca 2017 r. że „w celu usunięcia wszystkich wątpliwości w zakresie znajdujących się we wzorze umowy partycypacyjnej zapisów dotyczących ustanowienia służebności przesyłu – (...) S.A. podjęła decyzje o zmianie tych zapisów i wprowadzeniu zastrzeżenia, z którego będzie wynikać, że zapisy umów mogą podlegać negocjacom także w zakresie warunków ustanowienia służebności przesyłu”.

(Dowód: pismo karta 85-89)

W piśmie z dnia 21 lipca 2017 r. Spółka wniosła o wydanie decyzji w trybie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Jednocześnie przedstawiła propozycje zobowiązania go do podjęcia konkretnych działań w celu zakończenia naruszenia i usunięcia jego skutków. Spółka zobowiązała się do wyeliminowania zarzucanej praktyki poprzez następujące działania:

- Wprowadzenie zmiany do treści projektu Umowy partycypacyjnej polegające na usunięciu z treści Umowy partycypacyjnej zapisów o obowiązku ustanowienia przez inwestora nieodpłatnej służebności przesyłu na rzecz (...) – przygotowanie projektu zmian i złożenie Zarządowi do przyjęcia go Zarządzeniem Prezesa Zarządu nastąpi w terminie do 15 sierpnia 2017 r., lecz nie później niż w terminie 15 dni kalendarzowych od dnia otrzymania decyzji Prezesa UOKiK, zobowiązującej do wykonania tego działania na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- Informowanie potencjalnych Inwestorów o konieczności uregulowania tytułu prawnego do korzystania z nieruchomości przez (...) po przekazaniu sieci w przypadkach, gdy sieć będzie projektowana w działkach prywatnych.
- Sporządzenie projektu Porozumienia w sprawie ustanowienia tytułu prawnego do korzystania przez Spółkę z nieruchomości po przejściu na majątek wybudowanej sieci – w przypadku gdy sieć będzie przebiegać przez działki prywatne – który jednakże nie będzie posiadał jako propozycji zapisu o nieodpłatnej służebności. Wynagrodzenie za ustanowienie takiego tytułu prawnego do nieruchomości będzie podlegało negocjacom. Przygotowanie projektu porozumienia i złożenie Zarządowi do przyjęcia go Zarządzeniem Prezesa Zarządu nastąpi w terminie do 15 sierpnia 2017 r., lecz nie później niż w terminie 15 dni kalendarzowych od dnia otrzymania decyzji Prezesa UOKiK zobowiązującej do wykonania tego działania na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

- Wydanie Zarządzenia Prezesa Zarządu w sprawie zmiany treści projektu Umowy partycypacyjnej, informacji o konieczności uregulowania tytułu prawnego do nieruchomości, stanowiących działki prywatne po przejęciu sieci, projektu Porozumienia w sprawie ustanowienia tytułu prawnego do korzystania przez Spółkę z nieruchomości po przejęciu na majątek wybudowanej sieci oraz o konieczności negocjowania wynagrodzenia za ustanowienie tytułu prawnego do korzystania przez Spółkę z nieruchomości, w terminie do dnia 31 sierpnia 2017 r., lecz nie później niż w terminie 30 dni kalendarzowych od dnia otrzymania decyzji Prezesa UOKiK zobowiązującej do wykonania tego działania na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.
- Publikację na stronie (...) S.A. zmienionej treści propozycji umowy partycypacyjnej nastąpi z chwilą wejścia w życie Zarządzenia Prezesa Zarządu, lecz nie później niż do dnia 10 września 2017 r.

(Dowód: pismo k. 128- 129 akt adm.)

W piśmie z dnia 21 sierpnia 2017 r. Spółka poinformowała Prezesa UOKiK, że zaprzestała praktyki polegającej na przedkładaniu potencjalnym inwestorom sieci projektu umowy partycypacyjnej zawierającej zapisy określające warunki nabycia służebności przesyłu jako nieodpłatne z dniem 17 lipca 2017 r. Ostatnia umowa partycypacyjna, zawierająca zapis określający warunki nabycia służebności jako nieodpłatne została zawarta w dniu 14 lipca 2017 r. Spółka przedłożyła również projekt umowy partycypacyjnej z wprowadzonymi zmianami, które polegały na usunięciu z treści tej umowy ww. zapisów oraz ustaleniu, że uzgodnienie warunków ustanowienia służebności powinno nastąpić odrębnym porozumieniem. Spółka poinformowała również, że ze strony internetowej (...) został usunięty dotychczasowy wzór umowy odpłatnego przekazania sieci.

(Dowód: pismo karty 150-151 akt adm.)

Ponadto piśmie z dnia 12 września 2017 r. Spółka poinformowała Prezesa UOKiK, iż kolejna umowa partycypacyjna – zawarta już według nowego wzoru – została zawarta w dniu 1 września 2017 r. Umowa ta nie zawierała już zapisów, określających warunki nabycia służebności przesyłu jako nieodpłatne. Zgodnie z par. 2 ust. 3 wzoru „Porozumienia w sprawie ustanowienia tytułu prawnego do korzystania przez (...) SA z nieruchomości po przejęciu na majątek sieci wybudowanej na podstawie umowy odpłatnego przekazania sieci” (dalej również „Porozumienie”) ustanowienie służebności może nastąpić nieodpłatnie lub odpłatnie za wynagrodzeniem w kwocie do ustalenia pomiędzy Stronami. Ponadto zgodnie z par. 2 ust. 3 ww. wzoru Porozumienia, koszty sporządzenia aktu notarialnego i dokonania wpisu służebności do księgi wieczystej poniesie inwestor, jednakże we wzorze zaznaczono wyraźnie, że przedmiotowa kwestia wymaga uzgodnienia pomiędzy Stronami (podlega negocjacji). Do ww. pisma Spółka załączyła również kopię Uchwały Nr 129/2017 Zarządu (...) z dnia 28 sierpnia 2017 r. w sprawie zmiany wzoru Umowy odpłatnego przekazania sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej oraz wprowadzenia wzoru „Porozumienia w sprawie ustanowienia tytułu prawnego do korzystania przez (...) z nieruchomości po przejęciu na majątek sieci wybudowanej na podstawie umowy odpłatnego przekazania sieci”. Zgodnie z tą Uchwałą, która weszła w życie z dniem jej podjęcia (tj. w dniu 28 sierpnia 2017 r.), zmieniony został wzór Umowy partycypacyjnej poprzez m.in. usunięcie z tego wzoru zobowiązania inwestora do ustanowienia na rzecz (...) nieodpłatnej służebności przesyłu oraz ustalenie, że ustanowienie służebności przesyłu powinno nastąpić odrębnym trybem.

(Dowód: pismo karty 164- 165, uchwała 183 akt adm.)

W toku prowadzonego postępowania administracyjnego Prezes UOKiK zwrócił się także do 13 losowo wybranych podmiotów (osób fizycznych i przedsiębiorców), które w latach 2016 - 2017 zawarły lub próbowały zawrzeć z (...) Umowę partycypacyjną, zawierającą kwestionowane zapisy. Na zapytanie to nadesłane zostały 3 odpowiedzi od osób fizycznych, z których wynikało, że postanowienie dotyczące ustanowienia na rzecz (...) nieograniczonej i nieodpłatnej służebności przesyłu i postanowienie stanowiące, że koszty sporządzenia aktu notarialnego i dokonania wpisu służebności do księgi wieczystej poniesie inwestor były przez (...) narzucone i nie podlegały negocjacji.

(Dowód: pismo k. 197 odwrót, 200- 201, 203 akt adm.)

W roku 2016 powód osiągnął obrót w rozumieniu art. 106 ust. 3 pkt 1,2 i 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wysokości (...) zł. (tajemnica przedsiębiorstwa)

(dowód: rachunek zysków i strat k. 94 akt adm.)

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie wskazanych powyżej dokumentów, które nie były kwestionowane przez żadną ze stron niniejszego postępowania. Część dokumentów stanowiących podstawę ustaleń została nadesłana przez powoda w toku postępowania administracyjnego.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem Sądu Okręgowego, pozwany prawidłowo ustalił, iż powód posiada status przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 uokik. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów trafnie określił również w niniejszej sprawie rynek właściwy - zarówno w ujęciu produktowym, jak i geograficznym - uznając, że jest to lokalny rynek zarządzania infrastrukturą wodociągowo-kanalizacyjną, obejmujący obszar gminy W. z uwagi na obszar działania podmiotu zarządzającego tą infrastrukturą. W opinii Sądu, nie budzi także wątpliwości, że na tak określonym rynku powód jest monopolistą naturalnym, ponieważ będąc właścicielem i zarządcą sieci wodociągowo-kanalizacyjnej określa w sposób jednostronny warunki przyłączenia podmiotów do tej sieci oraz warunki przejmowania odcinków wybudowanych przez osoby trzecie, w tym urządzeń wodociągowych i kanalizacyjnych, których budowa nie była uwzględniona w Wieloletnim Planie Rozwoju i Modernizacji Urządzeń Wodociągowych i Kanalizacyjnych. Powód jest także jedynym podmiotem świadczącym usługi zbiorowego zaopatrzenia w wodę na wskazanym terenie, zaś odbiorcy usług nie mają możliwości wyboru alternatywnego dostawcy usług, który świadczyłby usługi substytucyjne względem tych świadczonych przez (...) Przedsiębiorstwo (...) S.A we W.. Oznacza to, że zgodnie z art. 4 pkt 10 uokik, powód zajmuje na wyżej opisanym rynku pozycję dominującą. Natura dostarczanych usług oraz względy techniczne decydują o tym, że w analizowanym przypadku konkurencja wielu przedsiębiorców jest w zasadzie niemożliwa, względnie niezmiernie utrudniona. Powód dysponuje zatem siłą ekonomiczną, przy użyciu której może zapobiegać nie tylko efektywnej konkurencji, ale także działać w pewnym stopniu niezależnie od swoich klientów.

Niezasadne są zatem zarzuty odnoszące się do naruszenia art. 4 pkt 10 uokik.

Ponadto Prezes UOKiK prawidłowo ustalił, że w niniejszej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznego. Siła rynkowa powoda daje powodowi możliwość skierowania swojego zachowania do dużej grupy podmiotów. Każde działanie które naruszające mechanizm konkurencji godzi w interes publiczny w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zarzucane praktyki w niniejszej sprawie polegały na stworzeniu sytuacji, w której podmioty budujące sieć wodno-kanalizacyjną na działkach prywatnych zobowiązane były do ustanowienia na nieruchomości, na której przebiega sieć, nieodpłatnej służebności przesyłu na rzecz (...) i poniesienia kosztów związanych z ustanowieniem tej służebności. Działania powoda naruszają sferę interesów szerszego kręgu uczestników rynku i zaburzają konkurencję, co przesądza o istnieniu interesu publicznego. Sąd nie podzielił zarzutu naruszenia art. 1 ust. 1w zw. z art. 9 ust.1 i ust. 2 pkt 6 uokik co szerzej zostanie omówione w dalszej części uzasadnienia.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 uokik, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców.

Stosownie do art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów „nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści”.

Zastosowanie tego przepisu uzależnione jest od łącznego spełnienia następujących przesłanek:

1. posiadania pozycji dominującej;

2. wykorzystania pozycji dominującej do narzucenia warunku umownego;
3. uciążliwy charakter warunku;
4. czerpanie przez dominanta nieuzasadnionej korzyści z narzuconego warunku;

Powód jako monopolista naturalny spełnia, co omówiono wyżej, spełnia przesłankę wymienioną w punkcie 1.

Co do przesłanki z punktu 2 sąd podziela w całości ustalenia i rozważania Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Spółka oferowała potencjalnym odbiorcom, gdy sieć była wykonana na terenie prywatnym wzorzec umowy, zawierający warunek ustanowienia przez właściciela nieodpłatnej służebności gruntowej na rzecz (...). O tym, że warunek ten nie podlegał negocjacji świadczą następujące dowody zgromadzone w toku postępowania:

- Liczba umów partycypacyjnych zawartych w okresie od 1 stycznia 2016 do 31 lipca 2017 z inwestorami budującymi sieć na terenach prywatnych zawierającymi powyższy wzorzec(105 umów)

-brak umów partycypacyjnych zawartych w okresie od 1 stycznia 2016 do 31 lipca 2017 z inwestorami budującymi sieć na terenach prywatnych nie zawierających tego postanowienia.

- pismo do spółki (...) (k. 21 akt adm.) zawierające informację co do warunku ustanowienia służebności

- wyciąg z zasad odpłatnego przekazywania na rzecz (...) sieci wodociągowych lub kanalizacyjnych nowobudowanych przez inwestorów zewnętrznych na terenie gminy W. (k 66 pkt 14) z którego wynika, że warunkiem koniecznym przekazania sieci wod/kan na majątek (...) jest ustanowienie nieodpłatnej służebności przesyłu

-zawiadomienie B. K. do Prezesa UOKiK o podejrzeniu stosowania praktyk ograniczających konkurencję (co do służebności przesyłu k. 136-verte akt adm., pismo k. 141 akt adm.)

- pismo B. K. k. 197

-pismo T. K. k. 206

W ocenie Sądu, materiał zgromadzony w sprawie daje podstawy do jednoznacznego stwierdzenia, że warunek ten był jednostronnie formułowany przez powódkę. Twierdzenie powoda, że dotychczas nie miała miejsca sytuacja, że inwestor poinformowałby go, że nie zgadza się na ustanowienie nieodpłatnej służebności przesyłu nie znajdują oparcia w zgromadzonym materiale dowodowym. Przeczą temu pisma B. K. i T. K.. Sąd pominął dowód z zeznań w charakterze świadków B. K. i T. K. uznając, że okoliczności na które ten dowód miał być przeprowadzony zostały wykazane zgodnie z twierdzeniem wnioskodawcy.

Nawet gdyby przyjąć za prawdziwe, to, co twierdzi powód, że warunek ten był negocjowalny, to wskazać należy, że sam fakt podjęcia przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą negocjacji nie musi oznaczać, że nie dojdzie do narzucenia warunków umownych. Nadto, należy zauważyć, że inwestorzy planujący przyłączyć do gminnej sieci, wybudowaną z własnych środków instalację wodociągowo – kanalizacyjną, znajdują się w przymusowej sytuacji, wynikającej z braku alternatywnego dostawcy usług na rynku właściwym. Zmuszeni są zatem do korzystania z usług powódki, a co za tym idzie, akceptowania niekorzystnych dla nich zapisów umownych. Trafnie zauważył pozwany, że brak kwestionowania warunków umownych przez słabszą stronę w momencie jej zawierania nie dowodzi i nie oznacza, braku spełnienia przesłanki narzucania warunków umowy przez dominanta. Nie można przy tym zgodzić się ze stroną powodową, że inwestor w trakcie negocjacji dysponował swobodą wyboru. Wybór między przyjęciem warunków proponowanych przez Gminę a wybudowaniem własnymi środkami studni głębinowej i szamba albo przydomowej oczyszczalni ścieków bez możliwości przyłączenia do sieci wodociągowo – kanalizacyjnej, nie może być bowiem uznany - z punktu widzenia inwestora - za równoważną alternatywę.

W opinii Sądu, spełniona została także kolejna z ww. przesłanek, dotycząca uciążliwego charakteru warunków umownych narzucanych przez dominanta. W judykaturze przyjmuje się za uciążliwy każdy warunek umowny, stanowiący dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętego w stosunkach danego rodzaju. Ustalenia w tym zakresie winy być dokonywane w oparciu o obiektywne kryteria i powinny dotyczyć zwłaszcza tego, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia wolnej, nieskrępowanej konkurencji na rynku właściwym i tym samym ustalania przez obie strony treści umowy, dominant byłby w stanie wynegocjować dany warunek umowny. Uciążliwość warunków umownych powinna być oceniana w oparciu o przepisy odrębnych ustaw, regulujących dany typ umowy, jak również zwyczaje handlowe i przy uwzględnieniu innych uzgodnionych warunków danej umowy, gdyż warunek nieuczciwy może w danym przypadku być „kompensowany” innymi korzyściami, jakie dla kontrahenta przewiduje konkretna umowa (K. Kohutek, [w:] K. Kohutek, M. Sieradzka, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 420).

Powyższe rozważania przemawiają za uznaniem za uciążliwy warunek umowny w rozumieniu art. 9 ust. 2 pkt 6 uokik, warunków przewidujących wyrażenie przez inwestora zgody na nieodpłatne ustanowienie na rzecz powodowej Gminy służebności przesyłu. Zgodnie z treścią art. 305¹ k.c., nieruchomości można obciążyć na rzecz przedsiębiorcy, który zamierza wybudować lub którego własność stanowią urządzenia, o których mowa w art. 49 § 1, prawem polegającym na tym, że przedsiębiorca może korzystać w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, zgodnie z przeznaczeniem tych urządzeń (służebność przesyłu). Natomiast w art. 305² k.c. przewidziano, że jeżeli właściciel nieruchomości odmawia zawarcia umowy o ustanowienie służebności przesyłu, a jest ona konieczna dla właściwego korzystania z urządzeń, o których mowa w art. 49 § 1, przedsiębiorca może żądać jej ustanowienia za odpowiednim wynagrodzeniem (§ 1), zaś jeżeli to przedsiębiorca odmawia zawarcia umowy o ustanowienie służebności przesyłu, a jest ona konieczna do korzystania z urządzeń, o których mowa w art. 49 § 1, właściciel nieruchomości może żądać odpowiedniego wynagrodzenia w zamian za ustanowienie służebności przesyłu (§ 2). Z przywołanych przepisów wynika zatem, że także ustanowienie służebności przesyłu, co do zasady, ma charakter odpłatny.

Rację ma pozwany, że wynagrodzenie za służebność przesyłu jest to opłata za brak możliwości w pełni wykorzystywania przez właściciela swojej działki i konieczność w przypadku awarii sieci, a nie przyłącza, wpuszczenia ekip usuwających awarię, co wiąże się niekiedy z nienaprawialnymi zniszczeniami na terenie tych nieruchomości. Co za tym idzie w każdej sytuacji kiedy sieć przebiega przez nieruchomości nie należące do przedsiębiorstwa zasadne jest żądanie przez właściciela nieruchomości wynagrodzenia za służebność przesyłu.

Sąd podziela też stanowisko pozwanego, że warunek polegający na na zrzeczeniu się wszelkich roszczeń z tytułu wynagrodzenia za służebność przesyłu oraz obciążanie właścicieli nieruchomości kosztami związanymi z ustanowieniem służebności przesyłu (np. kosztami sporządzenia aktu notarialnego) – obiektywnie narusza ekwiwalentność świadczeń, a zobowiązaniu właściciela gruntu nie odpowiadają żadne równoważące je zobowiązania (...). W konsekwencji narzuconego warunku „Umowy odpłatnego przekazania sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej”, inwestorzy będący właścicielami nieruchomości nie tylko pozbawieni zostali wynagrodzenia z tytułu służebności przesyłu, ale również możliwości dochodzenia swoich praw do wynagrodzenia na drodze sądowej zgodnie z art. 305¹ § 2 K.c.

Powyższe oznacza również, że spełniony została 4 przesłanka wynikająca z art. 9 ust. 2 pkt 6. Zarzucona powodowej Spółce praktyka stanowi dla niej źródło nieuzasadnionych korzyści. Praktyka ta zaliczana jest do nadużyć o charakterze eksploatacyjnym. Istotą praktyk eksploatacyjnych jest wyzyskiwanie innych uczestników rynku, tj. partnerów rynkowych oraz konsumentów, którzy są niejako „skazani” na kontrahowanie z dominantem z uwagi na brak lub ograniczoną dostępność substytucyjnych towarów/usług na rynku właściwym. W orzecznictwie przyjmuje się, że za nieuzasadnione korzyści, o których mowa w komentowanym przepisie, należy rozumieć korzyści, których przedsiębiorca nie uzyskałby na konkurencyjnym rynku. Jednocześnie należy zaznaczyć, że owa nieuzasadniona korzyść, to nie tylko korzyść realna, lecz także potencjalna, ponieważ już sama możliwość uzyskania nieuzasadnionych

korzyści w przyszłości jest wystarczająca dla uznania, że omawiana przesłanka została spełniona (A. Bolecki [w:] red. T. Skoczny, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, s. 526).

W niniejszej sprawie poprzez zapisy umowne, przewidujące ustanowienie na rzecz powoda nieodpłatnej służebności przesyłu, zapewniono (...) nieuzasadnione korzyści, przejawiające się w braku konieczności ponoszenia kosztów związanych z zapłatą wynagrodzenia z tytułu ustanowienia tego rodzaju służebności. Rację ma pozwany twierdząc, że Spółka nie ponosząc dodatkowych kosztów (w tym kosztów sporządzenia aktu notarialnego) uzyskiwała bezterminowe prawo do korzystania z nieruchomości w zakresie niezbędnym dla zapewnienia funkcjonowania sieci wodociągowej i/lub kanalizacyjnej (m.in. wejścia na teren nieruchomości w celu wykonania czynności związanych z remontem, rozbudową, przebudową, konserwacją oraz usuwaniem awarii sieci).

Sąd w całości podziela stanowisko Prezesa UOKiK, że narzucony przez (...) warunek zrzeczenia się przez podmioty przyłączane do sieci wynagrodzenia i roszczeń z tytułu służebności przesyłu z równoczesnym zobowiązaniem tych podmiotów do poniesienia kosztów związanych z ustanowieniem ww. służebności przesyłu stanowi ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nie sposób podzielić argumentacji powoda, że jest to naturalna konsekwencja podjęcia decyzji przez inwestora o budowie sieci na działce prywatnej i że inwestorzy w taki sposób to traktują w związku z większymi kosztami i większą czasochłonnością położenia sieci na takiej działce. Twierdzeniu temu przeczą chociażby dwa pisma nadesłane w trakcie postępowania administracyjnego, o których mowa powyżej. Fakt, że jak twierdzi powód umowy partycypanyjne zawierane są z deweloperami nie niweluje prawa do zapewnienia drugiej stronie ekwiwalentności świadczeń.

Oceniając opisaną powyżej praktykę nie sposób znaleźć inne uzasadnienie dla wprowadzenia tego rodzaju zapisów w zawieranych przez pozwanego umowach partycypanyjnych, które dawałoby obiektywne i racjonalne wytłumaczenie dla przyjęcia takiego rozwiązania.

Sąd nie podzielił zarzutów powoda dotyczących błędnych ustaleń faktycznych odnoszących się do narzucania kontrahentom opisanego wyżej warunku umowy. Powyżej opisano z jakich przyczyn sąd podzielił ustalenia poczynione przez Prezesa UOKiK. Powód nie przedstawił w trakcie postępowania sądowego żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, które przeczyłyby ustaleniom dokonanyim w toku postępowania administracyjnego. Jedyne pismo inwestora (...) sp. z o.o. sp.k. na które powoływał się powód, w którym spółka odpisała na zapytanie Prezesa UOKiK, że przedmiotowa umowa została zaakceptowana przez inwestora, w związku z tym nie podjęto próby jej negocjacji, nie przeczy prawdziwości ustaleń pozwanego opartych na wskazanych powyżej dowodach zgromadzonych w toku postępowania administracyjnego. To, że jeden podmiot napisał, że nie podjął negocjacji nie oznacza, że byłyby one skuteczne.

Ze wskazanych powyżej powodów Sąd nie podzielił także zarzutów odnoszących się do naruszenia prawa materialnego art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 uokik i art. 1 ust. 1 w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 uokik, a także art. 4 pkt 10 tej ustawy.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art., 12 uokik wskazać należy, że zgodnie z treścią ust. 1 tego przepisu jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania - że zostały naruszone zakazy, o których mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, a przedsiębiorca, któremu jest zarzucane naruszenie tych zakazów, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań w celu zakończenia naruszenia lub usunięcia jego skutków, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę do wykonania tych zobowiązań. W przypadku gdy przedsiębiorca zaprzestał naruszania zakazów, o których mowa w art. 6 lub art. 9 ustawy lub w art. 101 lub art. 102 TFUE, i zobowiąże się do usunięcia skutków tego naruszenia, zdanie pierwsze stosuje się odpowiednio.

Przede wszystkim przepis ten stanowi o fakultatywności zastosowania tej instytucji przez Prezesa UOKiK. Złożenie przez przedsiębiorcę propozycji zobowiązania nie nakłada na Prezesa UOKiK obowiązku jego akceptacji, a jedynie stwarza możliwość wydania decyzji zobowiązującej.

W decyzji Prezes wskazał z jakich przyczyn uznał, że nie było podstaw do wydania decyzji zobowiązaniowej. Sąd to stanowisko podziela w całości.

W ocenie Sądu, zarzuty i twierdzenia przedstawione przez powódkę w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie z uwagi na to, że stanowiły one jedynie niepopartą dowodami polemikę ze stanowiskiem organu antymonopolowego.

Sąd Okręgowy w pełni podziela ocenę pozwanego zarówno w zakresie zasadności wymierzenia powodowi kary pieniężnej, jak i w zakresie jej wysokości. Zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, Prezes UOKiK może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% obrotu osiągniętego w roku obrotowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ustawy. Uznanie, że powód nadużył pozycji dominującej na rynku właściwym w wyżej opisany sposób oznacza, że nałożenie na niego kary pieniężnej było uzasadnione.

Zgodnie z art. 111 ust. 1 pkt 1 uokik, ustalając wysokość nakładanej kary pieniężnej Prezes UOKiK uwzględnia w szczególności okoliczności naruszenia przepisów ustawy oraz uprzednie naruszenie przepisów ustawy, a także, w przypadku kary pieniężnej, o której mowa w art. 106 ust. 1 - okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia. Ustalając wysokość kar pieniężnych zgodnie z ust. 1 Prezes Urzędu bierze pod uwagę okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie (art. 111 ust. 2 uokik).

W ocenie Sądu Okręgowego, kary wymierzone powodowej Spółce za poszczególne naruszenia zakazu stosowania praktyk antykonsumenckich uwzględniają wszystkie kryteria wskazane w przywołanym przepisie prawa.

W razie naruszenia zakazu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, do okoliczności łagodzących, które Prezes UOKiK uwzględnia ustalając wysokość kar pieniężnych, stosownie do art. 111 ust. 3 pkt 1 i 2 uokik należą w szczególności:

- 1) dobrowolne usunięcie skutków naruszenia,
- 2) zaniechanie stosowania zakazanej praktyki przed wszczęciem postępowania lub niezwłocznie po jego wszczęciu,
- 3) podjęcie z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków,
- 4) współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania.

Natomiast zgodnie z ust. 4 pkt 1 i 2 przywołanego przepisu, okoliczności obciążające stanowią w tym przypadku:

1. znaczny zasięg terytorialny naruszenia lub jego skutków,
2. znaczne korzyści uzyskane przez przedsiębiorcę w związku z dokonaniem naruszeniem,
3. dokonanie uprzednio podobnego naruszenia,
4. umyślność naruszenia.

W niniejszej sprawie Prezes URE trafnie przyjął, że naruszenie zostało popełnione co najmniej nieumyślnie, a praktyka ma charakter mniej poważnych (tzw. pozostałych) naruszeń prawa antymonopolowego. Prawidłowo pozwany uwzględnił, że praktyka miała charakter eksploatacyjny i polegała na wykorzystaniu posiadanej silnej pozycji rynkowej kosztem słabszych uczestników. Przyjęcie kwoty wyjściowej kary na poziomie (...) przychodu należy uznać za adekwatne do stwierdzonego naruszenia.

Prawidłowo uwzględniono również to, że praktyka obejmowała niewielką liczbę odbiorców a w związku z tym przyniosła niewielkie korzyści (oszczędności) stanowiące niewielką część obrotu (...). Trafne zatem było obniżenie kary o 70 %. Prawidłowo uwzględniono długotrwałość stosowania praktyki (od listopada 2015 r. do lipca 2017 r., tj. ponad rok), co skutkowało zwiększeniem kary pieniężnej o 10 %. Sąd nie podziela stanowiska powoda w tym zakresie, że 20 miesięcy stosowania praktyki można uznać za krótkotrwałe naruszenie.

Trafnie uwzględniono jak okoliczność łagodzącą zaniechanie przez Spółkę stosowania zakwestionowanej praktyki.

Zarzuty spółki odnoszące się do nieuwzględnienia przez Prezesa UOKiK okoliczności łagodzących takich jak podjęcia z własnej inicjatywy działań w celu zaprzestania naruszenia lub usunięcia jego skutków i współpraca z prezesem w toku postępowania, a w szczególności przyczynienie się do jego szybkiego przeprowadzenia w ocenie Sądu są nietrafne. Działania powoda w trakcie postępowania administracyjnego nie wykroczyły poza ustawowe obowiązki strony, a zaprzestanie stosowania praktyki zostało przez powoda uwzględnione jako okoliczność łagodząca.

Kary pieniężne stanowią istotny instrument w zapewnieniu przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Funkcja tych kar nie ogranicza się jednak tylko do prewencji, czyli zapobiegania kolejnym naruszeniom ustawy przez tego samego przedsiębiorcę (prewencja szczególna), jak i odstraszenia od dopuszczania się tych naruszeń w przyszłości przez innych przedsiębiorców (prewencja ogólna). Przedmiotowym karom przypisuje się bowiem także funkcje egzekucyjne (przymuszające do wykonania, por. np. art. 107 uokik) oraz represyjne. W tym ostatnim przypadku chodzi o nałożenie na przedsiębiorcę, dopuszczającego się naruszeń, represji w postaci adekwatnej dolegliwości finansowej. Istotny jest także walor edukacyjny kar wymierzanych za naruszenie zbiorowych interesów konsumentów, gdyż ich nałożenie ma na celu podkreślenie naganności zachowania karanego przedsiębiorcy. (por. K. Kohutek, M. Sieradzka, Komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, System Informacji Prawnej LEX).

Mając powyższe na uwadze należy zauważyć, że wysokość nałożonej kary pieniężnej mieści się w granicach określonych w art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik.

W ocenie Sądu, kara wymierzona zaskarżoną decyzją jest adekwatna i pozostaje we właściwej proporcji do skali i wagi naruszenia, których dopuściła się powodowa Spółka, jak również pozwoli na realizację wszystkich przypisywanych jej funkcji.

Sąd nie podzielił także zarzutów odnoszących się do naruszenia art. 77 uokik na skutek nałożenia na powoda obowiązku zwrotu kosztów postępowania, albowiem spełnione zostały ustawowe przesłanki do takiego rozstrzygnięcia.

Z tych wszystkich względów, na podstawie art. 479^{31a} § 1 k.p.c., Sąd oddalił odwołanie wobec braku podstaw do jego uwzględnienia.

O kosztach postępowania orzeczono w oparciu o - wyrażoną w art. 98 § 1 k.p.c. - zasadę odpowiedzialności za wynik procesu przyjmując, że na koszty należne pozwanemu, jako stronie wygrywającej sprawę, złożyło się wynagrodzenie pełnomocnika procesowego określone w § 14 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych.

SSO Ewa Malinowska