



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA WE WROCŁAWIU**

50-413 Wrocław, ul. Walońska 3-5
tel.(071)344 65 87, (071)34 05 920, fax (071)34 05 922
e-mail: wroclaw@uokik.gov.pl

RWR 411-11/09/JB

Wrocław, dn.22.02.2010 r.

DECYZJA RWR 2/2010

I. Na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 w związku z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 3 w związku z § 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 (Dz. U. Nr 107, poz. 887) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego z urzędu,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów,

uznaje się za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, praktykę polegającą na nadużywaniu przez spółkę działającą pod firmą EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu pozycji dominującej na regionalnym rynku przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej, obejmującym teren województw: dolnośląskiego i opolskiego, polegającego na narzucaniu przez ww. przedsiębiorcę podmiotom przyłączanym do sieci uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez obciążanie ich kosztami sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej i **stwierdza się zaniechanie jej stosowania z dniem 22 września 2009 r.**

II. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów oraz stosownie do art. 33 ust. 6 tej ustawy i § 2 pkt 3 w związku z § 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, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nakłada na spółkę działającą pod firmą EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu karę pieniężną w wysokości 253 637,56 zł (słownie złotych: dwieście pięćdziesiąt trzy tysiące sześćset trzydzieści siedem 56/100), płatną do budżetu państwa za naruszenie zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ww. ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

III. Na podstawie art. 77 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 80 tej ustawy postanawia się obciążyć spółkę działającą pod firmą EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego i zobowiązać ww. przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 91 zł (słownie złotych: dziewięćdziesiąt jeden).

U z a s a d n i e n i e

W dniu 17 sierpnia 2009 r. do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Delegatura we Wrocławiu wpłynęło pismo (zawiadomienie), z prośbą o podjęcie interwencji m.in. w sprawie konieczności pokrywania przez odbiorców energii elektrycznej kosztów sporządzenia aktu notarialnego na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci energetycznej spółki ENEGRIAPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu.

Po przeanalizowaniu informacji zawartych w ww. zawiadomieniu Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postanowił wszcząć postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy doszło do naruszenia przez ENEGRIAPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

Ponieważ ww. postępowanie wyjaśniające wykazało, iż mogło nastąpić naruszenie przez ww. Spółkę przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a w szczególności jej art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6, postanowiono zakończyć postępowanie wyjaśniające oraz wszcząć postępowanie antymonopolowe.

Wobec powyższego Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej również jako „Prezes Urzędu” lub „organ antymonopolowy”) - postanowieniem Nr 197/2008 z dnia 14 września 2009 r. - wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem nadużywania przez ENERGIAPRO S.A. z siedzibą we Wrocławiu pozycji dominującej na lokalnym rynku przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej, obejmującym teren województw: dolnośląskiego i opolskiego, polegającego na narzucaniu przez ww. przedsiębiorcę podmiotom przyłączanym do sieci uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez obciążanie ich kosztami sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej, co może naruszać zakaz określony w art. 9 ust.1 i 2 pkt 6 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

(Dowód: Postanowienie Nr 197/2009 z dnia 14 września 2009 r., t. I. karta 1).

Postanowieniem nr 198/2009 z tego samego dnia zaliczono w poczet dowodów w postępowaniu antymonopolowym całość materiałów postępowania wyjaśniającego sygn. RWR-400/39/09/JB poprzedzającego wszczęcie postępowania antymonopolowego.

(Dowód: Postanowienie Nr 198/2009 z dnia 14 września 2009 r., t. I. karta 3).

Odnosząc się do - przedstawionego w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego - zarzutu ww. Spółka, w piśmie z dnia 6 października 2009 r. stwierdziła, iż podtrzymuje swoje stanowisko przedstawione w piśmie z dnia 2 września 2009 r. przesłanego do Urzędu w ramach postępowania wyjaśniającego o sygn. RWR-400/39/09/JB. Spółka stwierdziła również, iż w dniu 22 września 2009 r. wprowadzone zostało w ENERGIAPRO S.A. Polecenie Służbowe nr 28/2009 regulujące kwestie w tym zakresie w sposób taki, że to na ENERGIAPRO SA ciąży od ww. daty obowiązek pokrywania kosztów związanych z ustanowieniem aktów notarialnych dotyczących służebności przesyłu.

Jednocześnie w ww. piśmie z dnia 6 października 2009 r. spółka EnergiaPro **nie zakwestionowała** treści Postanowienia nr 194/2009 z dnia 14 września 2009 r. odnośnie postawionego zarzutu w zakresie użytych sformułowań.

Dowód: t.I. karty 21-24.

Pismem z dnia 29 grudnia 2009 r. Prezes Urzędu poinformował stronę o zakończeniu zbierania materiału dowodowego oraz prawie do zapoznania się z aktami postępowania. Spółka EnergiaPro skorzystała z tego uprawnienia. Pełnomocnicy Spółki zapoznali się z zebrany w sprawie materiałem dowodowym.

Dowód: t.II karta 245.

I. Przeprowadzone przez organ antymonopolowy postępowanie dowodowe pozwoliło na ustalenie następującego stanu faktycznego:

I.1. EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej również jako „EnergiaPro” lub „Spółka”) prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem 0000073321. Spółka działa w oparciu o koncesję na przesyłanie i dystrybucję energii elektrycznej uzyskaną w wyniku decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (dalej „Prezes URE”) nr PEE/19/2698/U/1/98/JK z dnia 16 listopada 1998 r. z późn. zm. Przedmiot działalności objętej niniejszą koncesją stanowi wykonywana zawodowo, we własnym imieniu, w sposób zorganizowany i ciągły zarobkowa działalność gospodarcza polegająca na przysyłaniu i dystrybucji energii elektrycznej, za pomocą sieci rozdzielczej o napięciach: 110 kV, 30 kV, 20 kV, 15 kV, 10 kV, 6 kV oraz sieci niskich napięć na terenie województwa dolnośląskiego oraz opolskiego. Szczegółowy wykaz miast i gmin objętych zakresem działania EnergiaPro S.A. określony został w decyzji Prezesa URE nr PEE/19B/2698/W/2/2004/MS z dnia 16 kwietnia 2004 r.

Termin ważności koncesji na ww. działalność decyzją Prezesa URE nr PEE/19-ZTO/2698/W/2/2007/MB z dnia 14 sierpnia 2007 r. został przedłużony do 31 grudnia 2025r. Jednocześnie na podstawie decyzji Prezesa URE nr DPE-47-22(4)/2698/2006/MW z dnia 20 grudnia 2006 r. EnergiaPro S.A. została ustanowiona Operatorem Systemu Dystrybucyjnego Elektroenergetycznego (OSD) na okres od dnia 1 stycznia 2007 r. do 30 czerwca 2007 r. Decyzja o nadaniu statusu OSD była przez Prezesa URE przedłużana na kolejne okresy.

Ostatecznie na podstawie decyzji Prezesa URE nr DPE-47-93(9)/2698/2008/PJ z dnia 31 grudnia 2008 r. EnergiaPro S.A. została ustanowiona Operatorem Systemu Dystrybucyjnego Elektroenergetycznego (OSD) na okres od 1 stycznia 2009 r. do dnia 31 grudnia 2025 r. na obszarze określonym w koncesjach na dystrybucję energii elektrycznej z wyłączeniem zlokalizowanych na tym obszarze sieci dystrybucyjnych, za których ruch jest odpowiedzialny inny operator systemu dystrybucyjnego.

W ramach Spółki działa pięć oddziałów: Oddział we Wrocławiu, Oddział w Wałbrzychu i Oddział w Jeleniej Górze, Oddział w Legnicy i Oddział w Opolu.

(Dowód: t. I. karty 35-53, 60, sprawa RWR 400-39/09/JB karty 18-24).

I. 2. Tryb naliczania i pobierania opłat za przyłączenie do sieci elektroenergetycznej EnergiaPro S.A. jest naliczany zgodnie z obowiązującą w danym roku Taryfą zatwierdzaną przez Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki (pkt 8 Taryfy pt. „Zasady ustalania opłat za przyłączenie do sieci”) oraz z przepisami wynikającymi z ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (tj. Dz. U. z 2006 r. Nr 89, poz. 89 ze zm.) – dalej również jako „prawo energetyczne” - i rozporządzeń wykonawczych.

(Dowód: t. I. karty 60-61).

I. 3. Zawiadamiający podniósł, iż z treści umowy o przyłączenie energii elektrycznej nie wynika wprost, kto powinien ponieść koszty sporządzenia aktu notarialnego na okoliczność określenia służebności na rzecz dostawcy energii elektrycznej. W par. 6 Umowy o przyłączenie zawartej przez Zawiadamiającego ze spółką EnergiaPro w dniu 30 lipca 2007 r. jest jedynie zapis stanowiący m.in. iż Podmiot Przyłączany zobowiązuje się do ustanowienia w „formie aktu notarialnego, na rzecz EnergiaPro bezterminowego i nieodpłatnego ograniczonego prawa rzeczowego służebności prawa gruntu wzdłuż przebiegu sieci, o której mowa w par. 5 ust. 1 pkt 1, w obrębie nieruchomości Podmiotu Przyłączanego, niezbędnego do eksploatacji, napraw i rozbudowy tej sieci, wraz z dojazdem”. Natomiast w rozmowie telefonicznej z pracownicą oddziału spółki EnergiaPro w Środzie Śl. Zawiadamiający uzyskał informację, iż koszt sporządzenia aktu notarialnego spoczywa na odbiorcy energii elektrycznej - właścicielu nieruchomości.

(Dowód: sprawa RWR 400-39/09/JB karta 5).

I. 4. Spółka EnergiaPro wskazała, iż w dniu 3 sierpnia 2008 r. weszła w życie ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 116, poz. 731), która wprowadziła do Kodeksu cywilnego instytucję służebności przesyłu, uregulowaną w art. 305¹ – 305⁴ k.c. Podstawą prawną wskazującą na konieczność ustanawiania służebności przesyłu w formie aktu notarialnego, a ściśle składania oświadczenia w tej formie co najmniej przez właściciela nieruchomości obciążanej jest art. 158 k.c. w związku z art. 245 k.c. w związku z art. 305¹ k.c. i art. 305⁴ k.c.

(Dowód: sprawa RWR 400-39/09/JB karty 14-15).

I.5. Zestawienie pokazujące, ile aktów notarialnych dotyczących ustanowienia służebności pasa gruntu na rzecz EnergiaPro S.A. sporządzono w latach 2006 – 2008 oraz w okresie od 1 stycznia do 22 września 2009 r. (ogółem oraz w rozbiciu na akty notarialne, których koszt sporządzenia poniósł klient – odbiorca energii i spółka EnergiaPro):

**Ilość aktów notarialnych dotyczących potwierdzenia służebności pasa gruntu
na rzecz spółki EnergiaPro sporządzonych w latach 2006 - 2008
oraz w okresie od 1 stycznia do 22 września 2009 r.**

tabela nr 1

	2006 r.		2007 r.		2008 r.		1 styczeń – 22 wrzesień 2009r.	
	ilość	%	ilość	%	ilość	%	ilość	%
Ilość aktów notarialnych na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu, których koszt poniósł klient	14	20%	33	27%	42	32%	419	79%
Ilość aktów notarialnych na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu których koszt poniosła spółka EnergiaPro	55	80%	91	73%	89	68%	109	21%
Ilość aktów notarialnych na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu ogółem	69	100%	124	100%	131	100%	528	100%

Opracowanie własne UOKiK na podstawie danych t. I. karta 72.

Z tabeli nr 1 jednoznacznie wynika, iż od 2007 r. następował wzrost ilości aktów notarialnych na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu, których koszt poniósł klient (odbiorca energii). W okresie od 1 stycznia do 22 września 2009 r. aż 79% podmiotów przyłączanych do sieci - ustanawiających na rzecz EnergiaPro służebność pasa gruntu - poniosło koszty sporządzenia aktu notarialnego na ww. okoliczność. Należy zaznaczyć, iż w powyższej tabelce ujęte zostały wszystkie akty notarialne na rzecz ustanowienia ww. służebności, a więc zarówno Podmioty przyłączane do sieci średniego napięcia lub łącznie średniego i niskiego napięcia (koszt sporządzenia aktu notarialnego ponosiła Spółka), jak również Podmiotów przyłączanych wyłącznie do z sieci niskiego napięcia (koszt sporządzenia aktu notarialnego ponosił Podmiot przyłączany).

(Dowód: karta 72).

I. 6. Zestawienie pokazujące, ile aktów notarialnych dotyczących ustanowienia służebności pasa gruntu na rzecz EnergiaPro S.A. sporządzono w okresie od dnia 1 stycznia do 22 września 2009 r. (ogółem oraz w rozbiciu na akty notarialne, których koszt sporządzenia poniósł klient – odbiorca energii i Spółka z uwzględnieniem poszczególnych oddziałów Spółki):

**Ilość aktów notarialnych dotyczących potwierdzenia służebności pasa gruntu
na rzecz spółki EnergiaPro sporządzonych w okresie
od dnia 1 stycznia 2009 r. do 22 września 2009 r.**

tabela nr 2

	Oddziały	Ilość ogółem (wszystkie sieci)
Ilość aktów notarialnych na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu, których koszt poniósł klient w okresie 1 stycznia – 22września 2009 r.	Jelenia Góra	0
	Legnica	0
	Opole	1
	Wałbrzych	1
	Wrocław	417
	Razem EnergiaPro SA	419
Ilość aktów notarialnych na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu których koszt poniosła spółka EnergiaPro w okresie 1 stycznia – 22września 2009 r.	Jelenia Góra	1
	Legnica	3
	Opole	4
	Wałbrzych	1
	Wrocław	100
	Razem EnergiaPro SA	109
Ilość aktów notarialnych na rzecz potwierdzenia służebności pasa gruntu ogółem w okresie 1 stycznia – 22września 2009 r.	Jelenia Góra	1
	Legnica	3
	Opole	5
	Wałbrzych	2
	Wrocław	517
	Razem EnergiaPro SA	528

Opracowanie własne UOKiK na podstawie danych t. I. karta 84.

EnergiaPro S.A. wyjaśniła, iż w Oddziałach w Jeleniej Górze, Legnicy, Opolu i Wałbrzychu służebność pasa gruntu jest ustanawiana jedynie w odniesieniu do inwestycji związanych z realizacją sieci elektroenergetycznej wysokiego i średniego napięcia, ewentualnie stacji transformatorowych WN/SN (wysokiego/średniego napięcia) lub SN/nn (średniego/niskiego napięcia). Regułą jest, że w powyższych przypadkach koszty związane z jej ustanowieniem ponosi EnergiaPro S.A. Do incydentalnych przypadków w tym zakresie należą tylko te, w których Podmiot Przyłączany – przyszły Odbiorca (najczęściej przedsiębiorca) opracowując dokumentację związaną z realizacją przyłączenia wnioskowanego obiektu do sieci elektroenergetycznej EnergiaPro S.A., z własnej inicjatywy, decyduje się na zapewnienie służebności we własnym zakresie oraz pokrycie kosztów związanych z jej ustanowieniem.

Biorąc pod uwagę odmienne od pozostałych Oddziałów uwarunkowania funkcjonujące w Oddziale we Wrocławiu, EnergiaPro S.A. poinformowała, iż na terenie działania tego Oddziału – m.in. w celu zabezpieczenia interesów Spółki - EnergiaPro zaczęła stosować odmienne zasady dotyczące przedmiotowego zagadnienia poprzez ustanawianie służebności przesyłowej w stosunku do nieruchomości, na których znajdują się również urządzenia elektroenergetyczne niskiego napięcia. Takie działanie Spółki wynikało m.in. z napotkania trudności przy rozbudowie istniejącej sieci elektroenergetycznej niskiego napięcia, zwłaszcza w przypadku gdy zachodzi konieczność uzyskania dostępu np. do złącza kablowego posadowionego na granicy prywatnej posesji. W takich przypadkach niejednokrotnie właściciel posesji nie wyrażał zgody na wyprowadzenie dodatkowej linii kablowej za złącza znajdującego się na granicy działki do niego należącej. Ponadto pojawiały się coraz częstsze próby polegające na uniemożliwieniu wejścia ekip naprawczych na nieruchomości osób trzecich w celu przeprowadzenia niezbędnych napraw uszkodzonych elementów infrastruktury sieciowej.

Wcześniejsze ustanowienie służebności daje - wg spółki EnergiaPro - możliwość bezkonfliktowego prowadzenia tego typu inwestycji oraz ich eksploatacji. Tak więc – zdaniem ww. Spółki - jedynie na terenie Oddziału we Wrocławiu praktyka wymusiła przyjęcie zasady, że jeżeli mamy do czynienia z budową urządzeń elektroenergetycznych stanowiących końcowy element sieci elektroenergetycznej niskiego napięcia, to odbiorca ponosił koszty związane z ustanowieniem służebności pasa gruntu na rzecz EnergiaPro S.A., w tym również opłatę notarialną.

Rozpoczęcie obciążania odbiorców kosztami sporządzenia aktów notarialnych z tytułu ustanowienia służebności pasa gruntu na rzecz EnergiaPro odnotowano od dnia 30 marca 2006 r. Suma kosztów aktów notarialnych poniesionych przez podmioty przyłączane w latach 2006 – 2009 (od 1 stycznia 2006 r. do 22 września 2009 r.) wyniosła **269 306,08 zł**. Średni koszt jednego aktu notarialnego poniesiony przez podmiot przyłączany wyniósł **523,94 zł** brutto.

(Dowód: t. I. karty: 22,84, 114, sprawa RWR 400-39/09/JB karty 15, 15 odwrot.).

I. 7. Spółka wyjaśniła dodatkowo, iż w przypadku sprawy skarżącego klienta EnergiaPro S.A. widzi możliwość ugodowego rozwiązania problemu. Spółka – w piśmie z dnia 2 września 2009 r. - podniosła również, iż zamierza dokonać ujednolicenia w zakresie typów urządzeń, dla których konieczne będzie ustanowienie na rzecz EnergiaPro S.A. służebności przesyłowej przyjmując przy tym, że koszty związane z jej ustanowieniem, w tym koszty aktu notarialnego, ponoszone będą przez Spółkę.

(Dowód: sprawa RWR 400-39/09/JB karty 16,17).

I.8. W dniu 22 września 2009 r. wprowadzone zostało w EnergiaPro Polecenie Służbowe Dyrektora Generalnego nr 28/2009 regulujące kwestie w przedmiotowym zakresie w taki sposób, że to na EnergiaPro, a nie na podmiotach przyłączanych, ciąży obowiązek pokrywania kosztów związanych z ustanowieniem aktów notarialnych dotyczących służebności przesyły (vide: t. I. karta 33). Tak więc, Spółka zaniechała obciążania podmiotów przyłączanych opłatami z tytułu pokrywania ww. kosztów z dniem 22 września 2009 r. EnergiaPro zobowiązała się jednocześnie do zwrotu przedmiotowych kosztów tym podmiotom, które skierują do Spółki pisemny wniosek w tej kwestii. Takie rozwiązanie wynika przede wszystkim z potrzeby uzyskania od podmiotów przyłączanych informacji o rachunkach bankowych, na które ma być dokonany zwrot kosztów z tytułu aktu notarialnego. Spółka zawiadomi wszystkie podmioty przyłączane o możliwości otrzymania zwrotu, a także

wskaże procedurę dokonania zwrotu precyzując przy tym do jakiej jednostki organizacyjnej należy wystosować wspomniany wniosek. Co więcej, w nowo zawieranych umowach o przyłączenie, dla sieci niskiego napięcia, Spółka w ogóle zrezygnowała z wprowadzania zobowiązań obligujących podmioty przyłączane do ustanowienia służebności przesyłu na rzecz EnergiaPro S.A.

(Dowód: t. I. karty: 22, 33, 71).

I.9. Do dnia 22 września 2009 r. obowiązywało Zarządzenie nr 10/2005 Dyrektora Generalnego EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. z dnia 28 kwietnia 2005 r. w sprawie wprowadzenia „Elementów umowy o przyłączenie”. Wyżej wymienione Zarządzenie wprowadziło do stosowania warunkowe elementy zapisów, które winny stanowić podstawę do opracowania stosownych umów o przyłączenie do sieci (dalej również jako „umowy przyłączeniowe”), wśród których znalazł się zapis obligujący podmiot przyłączany do „ustanowienia w formie aktu notarialnego, na rzecz EnergiaPro bezterminowego i nieodpłatnego ograniczonego prawa rzeczowego użytkowania pomieszczeń oraz służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej, o którym mowa w par. 5 pkt... niniejszej umowy, niezbędnego do eksploatacji i napraw tej sieci, wraz z dojazdem”. Jedną z konsekwencji powyższego zapisu stało się - zdaniem EnergiaPro - stosowanie przez Spółkę domyślnej interpretacji, że koszt ww. aktu notarialnego połączony został z faktem (procesem) ustanowienia służebności

(Dowód :t.. I karty 25-31, 85-86, t. II karty 178-193).

I.10. Postanowienia par. 14 ust. 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2007r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną (Dz.U. Nr 128, poz. 895 ze zm.) wskazują, iż w nakładach, o których mowa w art. 7 ust. 8 ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne, stanowiących podstawę do ustalenia opłaty za przyłączenie, uwzględnia się m.in. koszty uzyskania praw do nieruchomości oraz zajęcia terenu, niezbędnych do budowy lub eksploatacji urządzeń. Postanowienia ww. rozporządzenia taryfowego – zdaniem EnergiaPro - nie określają jednoznacznie, czy koszty aktów notarialnych dotyczących ustanowienia służebności na rzecz spółki EnergiaPro pasa gruntu, będącego własnością podmiotu ubiegającego się o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, powinny również zostać zaliczone do powyższych nakładów. Z uwagi na powyższe wątpliwości, wejście w życie nowego rozporządzenia taryfowego nie spowodowało uwzględnienia przez EnergiaPro kosztów aktów notarialnych w taryfie Spółki. Dotychczasowe stawki opłat za przyłączenie, dla IV i V grupy przyłączeniowej, w oparciu o ww. rozporządzenie uległy jedynie dalszej indeksacji w oparciu o wskaźnik inflacyjny. Nie wiązało się to jednak z rozszerzeniem przedmiotowym zakresu kosztów uwzględnionych w taryfie EnergiaPro. Tak więc, obecna taryfa EnergiaPro (ani żadna poprzednia) nie uwzględnia kosztów aktów notarialnych, na podstawie których ustanawiano na rzecz ww. Spółki służebności gruntowe.

(Dowód: karta 23).

I.11. W piśmie z dnia 2 listopada 2009 r. spółka EnergiaPro wniosła o zastosowanie przez Prezesa UOKiK art. 12 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i wydanie decyzji w ww. trybie (decyzja zobowiązująca).

(Dowód: karty: 72-74).

I.12. W celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy organ antymonopolowy zbadał, czy inni przedsiębiorcy - operatorzy systemów dystrybucyjnych na terenie Polski obciążają odbiorców energii elektrycznej kosztami sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej. W tym celu organ antymonopolowy zwrócił się do 5 takich podmiotów, tj.: RWE Stoen Opetaror Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Vattenfall Distribution Poland SA z siedzibą w Gliwicach, ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi i Energa Operator SA z siedzibą w Gdańsku. **Wszyscy ww. przedsiębiorcy stwierdzili, iż to oni ponoszą przedmiotowe koszty sporządzenia przedmiotowego aktu notarialnego.**

Poniżej ich odpowiedzi:

1. RWE Stoen Opetaror Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie:

„Informujemy, iż koszty sporządzenia aktu notarialnego dotyczącego ustanowienia służebności przesyłu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej na terenie nieruchomości odbiorcy ponosi:

- a) co do zasady – RWE Stoen Operator;
- b) w wyjątkowych sytuacjach – odbiorca, jednakże Spółka zwraca odbiorcy poniesione koszty z tytułu sporządzenia aktu notarialnego ustanawiającego na jego nieruchomości służebności przesyłu na rzecz Spółki, jeśli odbiorca zwróci do RWE Stoen Operator o zwrot poniesionych kosztów oraz przedłoży akt notarialny wraz z fakturą wystawioną z tytułu jego sporządzenia” (vide: karta 14).

2. Vattenfall Distribution Poland SA z siedzibą w Gliwicach:

„W Vattenfall Distribution Poland SA zasadą jest ponoszenie przez naszą Spółkę kosztów sporządzenia aktów notarialnych dotyczących ustanawiania służebności przesyłu lub służebności gruntowej obciążającej nieruchomości osób trzecich, w tym także odbiorców, niezależnie od tego czy służebność jest ustanawiana na potrzeby zadań inwestycyjnych czy też służy regulacji stanu prawnego urządzeń istniejących. (vide: karta 17).

3. ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu:

„Zgodnie z obowiązującymi w Spółce zasadami, koszty aktu notarialnego dotyczącego ustanowienia na rzecz ENEA Operator Sp. z o.o. służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej na terenie nieruchomości odbiorcy ponosi ENEA Operator Sp. z o.o. W przypadku ustanawiania służebności przesyłu w formie jednostronnego oświadczenia złożonego przez właściciela nieruchomości, ENEA Operator Sp. z o.o. ponosi koszty notarialne i sądowe, po uprzednim złożeniu stosownego wniosku przez osoby zainteresowane.” (vide: karta 16).

4. PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi:

„Spółka ponosi koszty sporządzenia aktu notarialnego w zakresie ustanowienia na rzecz Spółki służebności przesyłu. Jednym z postanowień umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej jest zapis o tym, że koszty z tego tytułu zostaną poniesione przez PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o. o. Nie są stosowane inne rozwiązania w tym zakresie w procesie przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej” (vide: karta 20).

5. Energa Operator SA z siedzibą w Gdańsku:

„Wszystkie koszty związane z nabywaniem prawa do nieruchomości dla istniejących i projektowanych urządzeń elektroenergetycznych, w tym koszty aktów notarialnych w całości ponosi Energa Operator SA” (vide: karta 19).

(Dowód: t. I. karty: 12-20).

I.13. W toku postępowania w przedmiotowej sprawie dodatkowo zasięgnięto opinii Urzędu Regulacji Energetyki (zwany dalej: „URE”). Opinia Dyrektora Departamentu Taryf URE (pismo z dnia 9 października 2009 r.) stwierdza m.in., iż:

„Przepis par. 14 ust. 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną stanowi, że w nakładach, o których mowa w art. 7 ust. 8 ustawy Prawo energetyczne uwzględnia się m.in. wydatki ponoszone na wykonanie prac projektowych i geodezyjnych, uzgadnianie dokumentacji, uzyskanie pozwoleń na budowę, zakup materiałów do budowy odcinków służących do przyłączenia podmiotów do sieci z uwzględnieniem długości tych odcinków, roboty budowlano-montażowe wraz z nadzorem, wykonanie niezbędnych prób, a także koszty uzyskania praw do nieruchomości oraz zajęcia terenu, niezbędnych do budowy lub eksploatacji urządzeń. W ocenie Urzędu koszty sporządzania aktów notarialnych dotyczących ustanowienia służebności na rzecz EnergiaPro SA, pasa gruntu będącego własnością podmiotu ubiegającego się o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, można rozumieć jako koszty uzyskania prawa do zajęcia terenu (pasa gruntu) i w związku z tym powinny być one zaliczone do kosztów, o których mowa w art. 14 ust. 5 ww. rozporządzenia, jeśli zajęcie jest niezbędne do budowy i eksploatacji urządzeń związanych z przyłączeniem podmiotu ubiegającego się o przyłączenie (...). **Zatem obciążanie podmiotów przyłączanych w umowach o przyłączenie innymi opłatami, tj. kosztami sporządzenia aktów notarialnych dotyczących ustanowienia służebności pasa gruntu jest niezasadne i nie powinno mieć miejsca.** Jak wyżej wskazano, koszty te powinny być zaliczone do kosztów uzyskania prawa do zajęcia terenu, o których mowa w par. 14 ust. 5 powołanego rozporządzenia” (vide: t. I. karty 67-68).

(Dowód: t. I. karty: 67-68).

I.14. Organ antymonopolowy zwrócił się również w przedmiotowej sprawie do **losowo wybranych** 26 odbiorców energii elektrycznej z terenu działania EnergiaPro S.A. Oddział we Wrocławiu, którzy w 2009 r. ponieśli koszt sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu na rzecz spółki EnergfiaPro. Na wezwanie Prezesa Urzędu odpowiedziało 8 odbiorców. 7 spośród nich (tj. 87,5%) wskazało, iż koszt sporządzenia ww. aktu notarialnego nie został przez nich poniesiony dobrowolnie, lecz zostali oni przez spółkę EnergiaPro do jego poniesienia zmuszeni. Jednocześnie odbiorcy stwierdzili, iż nie mieli możliwości negocjacji z EnergiaPro w tej kwestii.

Poniżej ich odpowiedzi:

- „Kosztów nie ponieśliśmy dobrowolnie lecz zostaliśmy do tego zmuszeni (...) o konieczności poniesienia ww. kosztów dowiedzieliśmy się od elektryka, który wykonywał u nas instalacje (...) nie mieliśmy możliwości negocjowania z EnergiaPro SA” (vide: t. I karta 98),
- „Koszty zostały narzucone (...) o sposobie konieczności poniesienia kosztów zostałem poinformowany od pracownika firmy „EnergiaPro S.A.” (vide: t. I. karta 112),

- „ W mojej ocenie konieczność poniesienia kosztów rzeczzonego aktu została mi narzucona. Spółka EnergiaPro S.A. poinformowała mnie, że do czasu ustanowienia służebności przesyłu i dostarczenia stosownego dokumentu nie mogą przedstawić projektu, a tym samym i zawrzeć umowy przyłączenia do sieci elektroenergetycznej” (vide: t. I. karta 121),
- „Koszty związane ze sporządzeniem aktu notarialnego zostały nam narzucone. Po odbiorze technicznym przyłącza EnergiaPro S.A. pismem RDE54/Dn-4112-8037/09 z dnia 7.08.2009 powiadomiła nas m.in. o konieczności przedłożenia aktu notarialnego stwierdzającego ustanowienie służebności przesyłu. Po nawiązaniu kontaktu telefonicznego z EnergiaPro S.A. – RD Strzelin uzyskaliśmy jednoznaczną informację, że warunkiem przyłączenia do sieci elektrycznej jest przedstawienie aktu notarialnego i poniesienie kosztów z tym związanych. Przedstawiciel EnergiaPro S.A. przesłał nam drogą e-mail wzór aktu notarialnego” (vide: t. I. karty 136 - 145),
- „Informuję Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, że przy składaniu wniosku o warunki przyłączenia do sieci elektroenergetycznej przez EnergiaPro S.A. nie ma żadnych informacji o służebności notarialnej pasa gruntu. Informacja taka ukazuje się w umowie o przyłączenie mojego obiektu do sieci energetycznej (6 p. 4 umowy), którą byłem zobowiązany podpisać (...). Zobowiązanie, które podpisałem naraziło mnie na niepotrzebne koszty notarialne – ok. 800 zł (..)”(vide: t. I. karta 146),
- „Zostało narzucone przez EnergięPro (...) nie było możliwe (negocjowanie)” (vide: t. I. karta 165),
- „ Koszty sporządzenia aktu notarialnego ponieśliśmy osobiście. Koszty te zostały nam narzucone przez spółkę EnergiaPro. Dowiedzieliśmy się o nich już w umowie o warunkach przyłączenia do sieci elektroenergetycznej EnergiaPro. Obowiązek ten występuje w par. 6 tej umowy. Nie było mowy o negocjacji, a gdybyśmy nie sporządzili tego aktu na własny koszt to nie dostalibyśmy odbioru budynku” (vide: t. II karta 245).

Również Zawiadamiający, który nie zgodził się na poniesienie kosztów przedmiotowego aktu notarialnego i skierował sprawę do organu antymonopolowego, w piśmie do Urzędu z dnia 20 listopada 2009 r. stwierdził jednoznacznie, iż warunkiem przeprowadzenia odbioru technicznego instalacji elektrycznej było sporządzenie aktu notarialnego i opłacenie przez niego kosztów tegoż aktu.

(Dowód: t. I. karty: 98, 101, 112, 121, 136 – 146, 165, t. II karta 245).

I.15. W piśmie z dnia 13 listopada 2009 r. spółka EnergiaPro podniosła, iż nie jest jedynym podmiotem dokonującym przyłączeń do sieci elektroenergetycznej na terenie działania Spółki (województwo dolnośląskie i opolskie). Prawo przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej mają wszystkie firmy, które posiadają aktualną, udzieloną przez Prezesa URE koncesję na dystrybucję i przesył energii elektrycznej. W załączeniu do ww. pisma Spółka przedstawiła wykaz 16 takich podmiotów (oprócz EnergiaPro S.A.). Są to: PZL HYDRAL S.A., PCC ROKITA S.A., ZAEL-ENERGO Sp. z o.o., ENERGETYKA Sp. z o.o., Dozamel Sp. z o.o., PGE Elektrownia Turów S.A., Przedsiębiorstwo Energetyczne ESV S.A., KGHM Polska Miedź S.A., GóraŹdze Cement S.A., Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o., Zakłady Koksownicze Zdzeszowice Sp. z o.o., PGE Elektrownia Opole S.A., Zakłady Wapiennicze LHOIST Sp. z o.o., ZAK S.A., Huta Małapanew Sp. z o.o., Metalchem Serwis Sp. z o.o. W przeciwieństwie do spółki EnergiaPro są to w zdecydowanej większości przypadków firmy dokonujące przyłączeń do sieci elektroenergetycznej podmiotów znajdujących się w bezpośredniej bliskości siedziby danej firmy. Organ antymonopolowy dokonał analizy siły rynkowej spółki EnergiaPro na rynku właściwym biorąc pod uwagę ilość

przyłączy do sieci elektroenergetycznej na terenie województwa dolnośląskiego i opolskiego (wg stanu na dzień 31.10.2009r.),

tabela nr 3

Nazwa Firmy	Ilość przyłączy do sieci elektroenergetycznej (wg stanu na dzień 31.10.2009 r.) (w szt.)	Udział w rynku (w %)
EnergiaPro S.A. Wrocław	431 616	99,4%
Pozostałe 16 firm*	2 451	0,6%
RAZEM	434 184	100%

*PZL HYDRAL S.A., PCC ROKITA S.A., ZAEL-ENERGO Sp. z o.o., ENERGETYKA Sp. z o.o., Dozamel Sp. z o.o., PGE Elektrownia Turów S.A., Przedsiębiorstwo Energetyczne ESV S.A., KGHM Polska Miedź S.A., Górażdże Cement S.A., Zakład Energetyki – Blachownia Sp. z o.o., Zakłady Koksoownicze Zdżeszowice Sp. z o.o., PGE Elektrownia Opole S.A., Zakłady Wapiennicze LHOIST Sp. z o.o., ZAK S.A., Huta Małapanew Sp. z o.o., Metalchem Serwis Sp. z o.o. (Obliczenia własne na podstawie danych od ww. przedsiębiorców t. I karty 113-120, 124 – 132, 155-164, 174).

(Dowód: t. I karty 113-120, 124 – 132, 155-164, 174).

I.16. W piśmie z dnia 18 grudnia 2009 r. Spółka poinformowała, iż kwestia zwrotu kosztów z tytułu ustanowienia służebności przesyłu dotyczy ok. 500 podmiotów. 53 podmioty otrzymały już (wg stanu na dzień 16 grudnia 2009 r.) zwrot ww. kosztów, a do 44 kolejnych została wysłana informacja o ich zwrocie. Spółka potwierdziła, iż proces zwrotu przedmiotowych kosztów obejmuje docelowo wszystkie podmioty, które w latach 2006 – 2009 poniosły koszty sporządzenia aktów notarialnych. Ponadto, do chwili obecnej (tj. do dnia 16 grudnia 2009 r.) Spółka wysłała już 193 powiadomienia do podmiotów o odstąpieniu przez EnergiaPro od wymogu ustanowienia służebności pasa gruntu dla infrastruktury elektroenergetycznej (dotyczy umów o przyłączenie w trakcie realizacji).

(Dowód: t. II karty 175-177).

I.17. Przedsiębiorca oświadczył, iż osiągnął w roku rozliczeniowym 2009 przychód w wysokości [tajemnica przedsiębiorstwa].

(Dowód: pismo – oświadczenie EnergiaPro t. II karta 261).

Mając na uwadze powyższe ustalenia organ antymonopolowy zważył, co następuje:

1. Określenie zarzutu

Spółce EnergiaPro postawiony został zarzut nadużywania pozycji dominującej na lokalnym rynku przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej, obejmującym teren województw: dolnośląskiego i opolskiego, polegającego na narzucaniu przez ww. przedsiębiorcę podmiotom przyłączanym do sieci uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez obciążanie ich kosztami sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej, co mogło naruszać zakaz określony w art. 9 ust.1 i 2 pkt 6 ww. ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Praktyka tego rodzaju jest praktyką jednostronną.

2. Interes publicznoprawny

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie (...) jest uprzednie stwierdzenie przez Prezesa Urzędu, czy w niniejszej sprawie wszczęcie i przeprowadzenie postępowania antymonopolowego było zasadne z punktu widzenia interesu publicznoprawnego.

W świetle art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie (...) celem regulacji w niej przyjętych jest zapewnienie rozwoju konkurencji, ochrona przedsiębiorców narażonych na stosowanie praktyk ograniczających konkurencję i ochrona interesów konsumentów. Tak określony cel ustawy pozwala przyjąć, iż ma ona charakter publicznoprawny i służy ochronie ogólnospołecznego interesu. Powyższe przesądza o wyłączeniu możliwości podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony wyłącznie interesów indywidualnych. Taką interpretację potwierdza orzecznictwo Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (patrz wyroki z dnia 28.05.2001, sygn. akt XVII Ama 82/00; z dnia 4.07.2001, sygn. akt XVII Ama 108/00; z dnia 30.05.2001 r., sygn. akt XVII Ama 80/00; z dnia 6.06.2001, sygn. akt XVII Ama 78/00) i Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 27 sierpnia 2003 r., sygn. akt I CK 184/03).

Tym samym nie każde naruszenie prawa w stosunkach cywilno-prawnych kwalifikuje sprawę do postępowania w trybie ww. ustawy. Odmienne niż to ma miejsce w postępowaniu cywilnym ukierunkowanym na ochronę praw podmiotowych stron, postępowanie w trybie ustawy antymonopolowej ma za swój przedmiot ochronę interesu publicznoprawnego, co ma miejsce wtedy, gdy skutkami działań sprzecznych z ustawą dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku, bądź gdy wywołują one inne niekorzystne zjawiska na rynku wymagające ingerencji ze strony organów działających w trybie tej ustawy.

Czynnikiem umożliwiającym podejmowanie przez spółkę EnergiaPro działań będących przedmiotem postawionych w niniejszej sprawie zarzutów jest niewątpliwie jego siła rynkowa. Dla naruszenia interesu publicznego w takiej sytuacji wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, bowiem już sam fakt nadużycia posiadanej na rynku pozycji dominującej narusza interes publiczny. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, praktyki eksploatacyjne urzeczywistniają się poprzez działania spółki EnergiaPro polegające na narzucaniu przez ww. przedsiębiorcę podmiotom przyłączanym do sieci uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści poprzez obciążanie ich kosztami sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej, co mogło stanowić naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nie budzi więc wątpliwości, iż w takich okolicznościach interwencja Prezesa Urzędu podjęta w formie wszczęcia postępowania antymonopolowego na gruncie ustawy o ochronie (...), stała się konieczna i ma na celu ochronę interesu społecznego potencjalnych odbiorców energii elektrycznej na terenie działania spółki EnergiaPro.

3. Strona postępowania

Postępowanie antymonopolowe toczy się z udziałem osób mających przymiot strony. Zgodnie z art. 88 ust. 1 ustawy o ochronie (...), *stroną postępowania jest każdy, wobec kogo zostało wszczęte postępowanie w sprawie praktyk ograniczających konkurencję*. Stroną postępowania dotyczącego, zarzutu naruszenia art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 6 ww. ustawy, mogą być zaś przedsiębiorcy posiadający na rynku właściwym pozycję dominującą.

Fakt posiadania przez EnergiaPro S.A. statusu przedsiębiorcy nie był w trakcie postępowania kwestionowany. Prezes Urzędu wydając przedmiotową decyzję winien jednakże ocenić, czy ww. Spółka jest przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie (...), pod pojęciem przedsiębiorcy należy rozumieć przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, a także: (a) osobę fizyczną, osobę prawną, oraz jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, (b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu, (c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13, (d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2.

Natomiast art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2004 r. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.), definiuje działalność gospodarczą jako zarobkową działalność wytwórczą, handlową, budowlaną, usługową oraz poszukiwanie, rozpoznawanie i eksploatacja zasobów naturalnych, a także działalność zawodową wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły. Przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 ust. 1 tej ustawy jest osoba fizyczna, osoba prawna i jednostka organizacyjna nie będąca osobą prawną, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną - wykonująca we własnym imieniu działalność gospodarczą. Ponadto, zgodnie z art. 14 ust. 1 tej ustawy przedsiębiorca może podjąć działalność gospodarczą po uzyskaniu wpisu do rejestru przedsiębiorców w Krajowym Rejestrze Sądowym albo do Ewidencji Działalności Gospodarczej.

EnergiaPro S.A. jest spółką prawa handlowego i prowadzi działalność gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru przedsiębiorców KRS pod numerem 0000073321. A zatem - w świetle powyższego – spółka EnergiaPro bezspornie jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Oznacza to, iż przepisy tej ustawy odnoszą się do ww. Spółki wprost.

4. Rynek właściwy

Praktyki ograniczające konkurencję ujawniają się na rynku właściwym. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje rynek właściwy jako rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji (art. 4 pkt 9 ww. ustawy). Przez towary należy rozumieć zarówno rzeczy, jak i energię, papiery wartościowe i inne prawa majątkowe, usługi, a także roboty budowlane (art. 4 pkt 7 ww. ustawy). Pojęcie rynku właściwego odnosi się przedmiotowo do wszystkich wyrobów (usług) jednego rodzaju, które ze względu na swoje szczególne właściwości odróżniają się od innych wyrobów (usług) w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary, które służą zaspokajaniu tych samych potrzeb nabywców, mają zbliżone właściwości, podobne ceny i reprezentują podobny poziom jakości. Niezbędnym

elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów, są jednakowe dla wszystkich konkurentów. Zatem, aby wyznaczyć rynek właściwy, określoną działalność poddaje się analizie z punktu widzenia produktowego (asortymentowego) a także geograficznego. W niniejszej sprawie rynek właściwy i zasięg działalności prowadzonej przez spółkę EnergiaPro pokrywają się.

Rynkiem właściwym produktowo w przedmiotowej sprawie jest rynek przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej, do tej bowiem sieci powinni zostać włączeni nowi odbiorcy energii elektrycznej przed podpisaniem umowy o jej dostawę. Produkt ten nie ma substytutów.

Niezbędnym elementem rynku właściwego jest także jego wymiar geograficzny, oznaczający konieczność wskazania obszaru, na którym warunki konkurencji, mające zastosowanie do określonych towarów są jednakowe dla wszystkich konkurentów. W wymiarze geograficznym właściwy rynek produktowy w tej sprawie ograniczony jest zasięgiem sieci elektroenergetycznej spółki EnergiaPro. Geograficzne granice rynku właściwego stanowi więc obszar działania EnergiaPro ustalony w stanie faktycznym sprawy, który obejmuje teren województw: dolnośląskiego i opolskiego.

W tym miejscu należy podnieść, iż w postanowieniu o wszczęciu postępowania w niniejszej sprawie rynek właściwy został określony od strony geograficznej jako rynek lokalny, a w sentencji decyzji jako rynek regionalny, Prezes Urzędu pragnie wskazać, iż stosownie do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 7 maja 2004 r. (Sygn. akt III SK 32/04, LEX nr 440864.) „art. 84 § 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie wymaga, aby określenie rynku właściwego musiało nastąpić już w postanowieniu o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Co więcej, zwykle przesłanka ta stanowi dopiero przedmiot ustalenia w tym postępowaniu, a więc przy udziale strony”. Należy zaakcentować, iż wcale nie zmienił się zasięg terytorialny rynku, lecz jedynie słowo „lokalny” zostało zastąpione słowem „regionalny”.

Tak więc, rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest regionalny rynek przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej, obejmujący teren województw: dolnośląskiego i opolskiego.

5. Ustalenie pozycji rynkowej EnergiaPro S.A. na rynku właściwym

Art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów definiuje pozycję dominującą jako pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów; domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%.

EnergiaPro na wyżej zdefiniowanym rynku właściwym posiada pozycję silnie dominującą, co wynika z faktu sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania energii elektrycznej. Ubiegający się o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej nie mają praktycznie możliwości alternatywnego wyboru przedsiębiorcy dokonującego takiego przyłączenia. EnergiaPro nie spotyka się więc z konkurencją a oferowane przez nią usługi produktowe nie posiadają bliskich substytutów, w związku z czym zajmuje niekwestionowaną pozycję dominującą. Spółka posiada zatem na tym rynku siłę ekonomiczną, przy użyciu której może zapobiegać nie tylko efektywnej konkurencji, ale i działać w dużym stopniu niezależnie od zachowania swych konkurentów, kontrahentów i konsumentów, a w

szczegółności eksploatować ekonomicznie słabszych uczestników rynku. W przedmiotowej sprawie pozycja dominująca spółki EnergiaPro jest ewidentna i bezsporna. Co prawda na terenie województwa dolnośląskiego i opolskiego jeszcze 16 innych przedsiębiorców może dokonywać przedmiotowych przyłączeń, niemniej jednak są to w zdecydowanej większości przypadków podmioty działające wyłącznie na rynkach lokalnych, a łączny ich udział w rynku właściwym jest marginalny i wynosi 0,6% (vide: tabela nr 3 na str. 12 Decyzji). Spółka EnergiaPro posiadając 99,4% udział w rynku właściwym zajmuje więc na nim de facto pozycję monopolistyczną. Dysponuje tym samym przewagą kontraktową nad swoimi kontrahentami w zakresie negocjacji warunków ich przyłączania do sieci i ma wystarczającą siłę by narzucić im treść umów jakiej nie byłaby w stanie wynegocjować w warunkach istnienia konkurencji na rynku.

Z uwagi na powyższe, należy stwierdzić, iż spełnione zostały przesłanki warunkujące stwierdzenie posiadania przez EnergiaPro pozycji dominującej na wyznaczonym wyżej rynku właściwym.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż rynek przyłączania do sieci elektroenergetycznej jest nierozdzielnie związany z rynkiem dystrybucji energii elektrycznej, co wynika przede wszystkim z uwarunkowań prawnych, tj. zakresu koncesji wydawanych przez Prezesa URE. Prezes URE przyznając przedsiębiorcy koncesję na działalność w zakresie dystrybucji energii elektrycznej na danym terenie (ograniczonym zasięgiem sieci elektroenergetycznej), nadaje mu wyłączne prawo działania w zakresie zapewnienia bieżącego i długookresowego bezpieczeństwa funkcjonowania systemu (dystrybucyjnego), eksploatacji, konserwacji, remontów oraz niezbędnej rozbudowy sieci dystrybucyjnej, w tym połączeń z innymi systemami elektroenergetycznymi (vide: ustawa – Prawo energetyczne art. 3 pkt 25). Na żadnym ze wspomnianych pól działania objętych koncesją, przedsiębiorstwo będące operatorem sieci dystrybucyjnej, na terenie wyznaczonym jej zasięgiem, nie posiada konkurentów tzn. jest naturalnym monopolistą.

6. Stwierdzenie praktyk ograniczających konkurencję.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów *Zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści.* Zachodzi zatem konieczność udowodnienia kumulatywnego spełnienia przez spółkę EnergiaPro określonych w cytowanym powyżej zapisie czterech przesłanek:

1. posiadania na rynku właściwym pozycji dominującej,
2. narzucania określonych warunków umów,
3. uciążliwy charakter tych warunków,
4. osiągnięcie przez przedsiębiorcę narzucającego warunki nieuzasadnionych korzyści.

Ad 1)

Jak stwierdzono wyżej, spółka EnergiaPro posiada pozycję dominującą na regionalnym rynku przyłączania podmiotów do sieci elektroenergetycznej, obejmującym teren województw: dolnośląskiego i opolskiego.

Tym samym pierwsza przesłanka praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów została spełniona.

Ad 2) Narzucanie określonych warunków umów.

Posiadanie pozycji dominującej samo przez się nie narusza prawa. Narusza prawo dopiero jej nadużywanie, przejawiające się w stosowaniu praktyk ograniczających konkurencję. Nie wszystkie jednak zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą mają postać takich praktyk, a tylko takie, które naruszają przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Drugą przesłanką niezbędną do wykazania stosowania przez Spółkę praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest, aby określone warunki umów zostały kontrahentom narzucone. Narzucanie warunków umów ma miejsce wówczas, gdy dominant wykorzystując posiadaną siłę rynkową i sytuację przymusową kontrahentów, wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nich określone zachowania. Źródłem narzucania jest siła rynkowa przedsiębiorstwa pozwalająca na jednostronne dyktowanie warunków umów kontrahentom.

Narzucanie warunków umowy musi mieć charakter przymusowy, tj. wymuszony przez przedsiębiorcę dominującego. Często rodzą się wątpliwości, czy dany uciążliwy warunek umowny jest narzucony kontrahentowi, czy też został wynegocjonowany w ramach zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c. W świetle dotychczasowego orzecznictwa antymonopolowego o tym, czy w konkretnych warunkach dominacji rynkowej treść umowy została kontrahentowi narzucona decyduje treść umowy i okoliczności jej zawarcia. Orzecznictwo ukształtowało zasadę racjonalnego postępowania kontrahenta przedsiębiorcy dominującego, przy hipotetycznym założeniu istnienia konkurencji na rynku. Zgodnie bowiem z doświadczeniem życiowym, przedsiębiorca lub konsument zawierający umowę działają racjonalnie.

Narzucanie warunku umowy ma miejsce wówczas, gdy przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą wykorzystując sytuację przymusową kontrahenta (konsumenta), wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nim określone zachowanie.

W niniejszej sprawie jest rzeczą bezsporną, iż spółka EnergiaPro zajmuje pozycję silnie dominującą (monopolistyczną) na rynku właściwym. Prowadzi swoją działalność gospodarczą w warunkach, w których odizolowane od potencjalnych konkurentów zarówno barierą kosztów niezbędnych dla uruchomienia działalności w danej dziedzinie, jak i ustanowioną wcześniej strukturą organizacyjną i technologiczną, dysponuje potencjałem wystarczającym do narzucenia swoim odbiorcom warunków umowy. Odbiorca podpisując umowę akceptuje warunki umowy z góry jednostronnie ustalone przez dominanta. Innymi słowy przystępuje do umowy bez indywidualnego negocjowania jej postanowień. W umowie tego typu, gdzie dostawca jednostronnie ustala warunki świadczenia usług, odbiorca w ramach szeroko rozumianej swobody umów ma prawo przyjąć ofertę bądź umowy nie zawrzeć i w tym właśnie zakresie można mówić o tym, że dostawca usług narzuca jej treść kontrahentowi. EnergiaPro znajduje się więc w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do odbiorców energii elektrycznej, którzy nie mając możliwości wyboru zmuszeni są korzystać z jego usług, a co za tym idzie do akceptowania niekorzystnych dla nich zapisów. Przyłączenie bowiem do sieci spółki EnergiaPro przez odbiorcę energii było uzależnione od wyrażenia przez niego zgody na pokrycie kosztu sporządzenia przedmiotowego aktu notarialnego.

W stosunku do swoich odbiorców Spółka dysponuje w związku z tym przewagą kontraktową, która pozwala jej na całkowite dyktowanie warunków w stosunkach umownych. Świadczy o tym ocena potencjałów i możliwości, jakimi dysponują obie strony, z której wynika, że nie może być mowy o negocjacjach na równoprawnych i partnerskich warunkach. EnergiaPro prowadzi więc działalność gospodarczą w warunkach, w których – odizolowane od potencjalnych konkurentów zarówno barierą kosztów niezbędnych dla uruchomienia działalności w danej dziedzinie, jak i ustanowioną wcześniej strukturą organizacyjną i technologiczną – dysponuje potencjałem niezbędnym do narzucenia swoim odbiorcom warunków umowy. Sprzyja temu fakt, iż przy zawieraniu umów o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej przedsiębiorca posługuje się jednostronnie opracowanymi wzorcami umownymi, które przedstawiane są do podpisu odbiorcom usług. Stosowanie wzorców przy zawieraniu jednorodzących umów o charakterze masowym, jakimi niewątpliwie są ww. umowy przyłączeniowe, z uwagi na powszechność tego rodzaju usług, z definicji wymaga aprobaty przez odbiorców ich warunków, które są z góry jednostronnie ustalane przez profesjonalistę. Treść umów, do których przychylają się usługobiorcy jest więc tutaj arbitralnie ustalana przez dostawcę usług w formularzach wzorcowych, a odbiorca otrzymuje do podpisu gotową umowę, nie zaś jej projekt, który byłby punktem wyjścia do dalszych uzgodnień i rokowań.

Nie zmieniłby tego w ocenie organu antymonopolowego nawet fakt, gdyby spółka EnergiaPro zawierała umowy przyłączeniowe, których niektóre warunki podlegałyby pewnym uzgodnieniom z odbiorcami usług i których treść mogłaby odbiegać od treści stosowanych przez Spółkę wzorców. Odstępstwa od standardowej treści umowy mogą bowiem wynikać z konieczności dostosowania treści warunków umownych do określonych okoliczności faktycznych o obiektywnym charakterze (np. warunki techniczne i organizacyjne).

W powyższym kontekście przywołać należy wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 października 2007 r. (sygn. akt XVII AmA 28/07), w którym wskazano, że w sytuacji, gdy zasadą jest zawieranie umów przez przystąpienie bez indywidualnego negocjowania ich postanowień, okoliczność, iż niewielka liczba umów zawarta została po przeprowadzeniu indywidualnych uzgodnień nie może zmienić oceny o adhezyjnej naturze umów zawieranych powszechnie przez dominanta z odbiorcami świadczonych przez niego usług.

Swoboda odbiorcy energii elektrycznej w zakresie kształtowania warunków umownych jest więc ograniczona do minimum, a zawarcie umowy następuje poprzez przystąpienie do warunków, które ustala dostawca usług w formularzu wzorcowym. Stanowi to o adhezyjnej naturze tych umów, a jednocześnie o istocie narzucania warunków umownych w przedmiotowej sprawie. W tym miejscu należy zaakcentować, iż przyszły odbiorca energii elektrycznej **nie mógł** negocjować i zmienić treści umowy przyłączeniowej w zakresie konieczności ustanowienia w formie aktu notarialnego, na rzecz EnergiaPro bezterminowanego i nieodpłatnego ograniczonego prawa rzeczowego służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci w obrębie nieruchomości Podmiotu Przyłączanego. Co prawda z treści ww. zapisu umowy nie wynika wprost, kto powinien ponieść koszty sporządzenia przedmiotowego aktu notarialnego. Niemniej jednak zastosowana przez spółkę EnergiaPro praktyka spowodowała przyjęcie w Oddziale Spółki we Wrocławiu zasady, że jeżeli mamy do czynienia z budową urządzeń elektroenergetycznych stanowiących końcowy element sieci elektroenergetycznej niskiego napięcia, to odbiorca ponosi koszty związane z ustanowieniem służebności pasa gruntu na rzecz EnergiaPro S.A., **w tym również opłatę notarialną** (vide: pismo EnergiaPro z 2.09.2009 r. sprawa RWR 400-39/09/JB karta 15 odwrot).

Powyższy fakt potwierdzają również wypowiedzi podmiotów przyłączanych cytowane na str. 10 i 11 niniejszej decyzji.

W tym miejscu należy wskazać, iż do dnia 22 września 2009 r. obowiązywało Zarządzenie nr 10/2005 Dyrektora Generalnego EnergiaPro Koncern Energetyczny S.A. z dnia 28 kwietnia 2005 r. w sprawie wprowadzenia „Elementów umowy o przyłączenie”. Wyżej wymienione Zarządzenie wprowadziło do stosowania warunkowe elementy zapisów, które winny stanowić podstawę do opracowania stosownych umów o przyłączenie, wśród których znalazł się zapis obligujący podmiot przyłączany do „ustanowienia w formie aktu notarialnego, na rzecz EnergiaPro bezterminowego i nieodpłatnego ograniczonego prawa rzeczowego użytkowania pomieszczeń oraz służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej, o którym mowa w par. 5 pkt...niniejszej umowy, niezbędnego do eksploatacji i napraw tej sieci, wraz z dojazdem”. Jedną z konsekwencji powyższego zapisu stało się - zdaniem EnergiaPro - stosowanie przez Spółkę domyślnej interpretacji, że koszt ww. aktu notarialnego połączony został z faktem (procesem) ustanowienia służebności.

Spółka EnergiaPro w trakcie postępowania sama więc potwierdziła, iż w Oddziale Spółki we Wrocławiu w latach 2006 – 2009 praktyką (regułą) było obciążanie odbiorców energii (podmiotów przyłączanych) kosztami sporządzenia przedmiotowego aktu notarialnego. Powyższe potwierdzili również odbiorcy energii (podmioty przyłączane), którzy ponieśli koszt sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu na rzecz spółki EnergiaPro. Wskazali oni, iż koszt sporządzenia ww. aktu notarialnego nie został przez nich poniesiony dobrowolnie, lecz zostali oni przez spółkę EnergiaPro do jego poniesienia przymuszeni. Jednocześnie odbiorcy ci stwierdzili, iż nie mieli możliwości negocjacji z EnergiaPro w tej kwestii (vide: str 10 i 11 decyzji).

Tak więc, odbiorca energii elektrycznej (podmiot przyłączany) **nie mógł** negocjować i zmienić treści umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej oraz bezpośrednio powiązanej z nią umowy mającej na celu ustanowienie przedmiotowej służebności przesyłu (zawartej w formie aktu notarialnego) w zakresie obciążenia go kosztami sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia ww. służebności.

W okolicznościach niniejszej sprawy uznać należy więc za oczywiste i udowodnione, iż konieczność ponoszenia kosztów sporządzenia przedmiotowego aktu notarialnego zostało usługobiorcom przez spółkę EnergiaPro narzucone.

Wobec powyższego, druga przesłanka praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (tj. narzucanie określonych warunków umów) została spełniona.

Ad 3) Uciążliwy charakter warunków umów.

Rozpatrując kwestię uciążliwości analizowanego warunku umowy należy zauważyć, że w orzecznictwie Sądu Antymonopolowego za uciążliwy uznano każdy warunek umowy, który stanowi dla jednej ze stron ciężar większy od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju (por. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 22 października 1993 r. sygn. akt XVII Amr 36/93). Jednocześnie podkreśla się, że ustalenia w tym zakresie powinny być dokonywane według kryteriów obiektywnych, w szczególności rozważyć należy, czy w hipotetycznej sytuacji istnienia konkurencji na danym rynku właściwym, czyli rzeczywistej swobody zawierania umów i kształtowania ich treści, dominant byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umowne (por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 29 grudnia 1992 r. sygn. akt XVII Amr 68/93).

W tym miejscu należy wyjaśnić, iż służebność przesyłu wprowadzona została ustawą z dnia 30 maja 2008 r. zmieniającą kodeks cywilny z dniem 3 sierpnia 2008 r. Uregulowana została w artykułach 305¹ do 305⁴ k.c. Na mocy wprowadzonych przepisów, nieruchomości można obciążyć na rzecz przedsiębiorcy, który zamierza wybudować lub którego własność stanowią urządzenia, o których mowa w art. 49 par. 1 kodeksu cywilnego, prawem polegającym na tym, że przedsiębiorca może korzystać w oznaczonym zakresie z nieruchomości obciążonej, zgodnie z przeznaczeniem tych urządzeń.

Służebność przesyłu to rodzaj służebności gruntowej. Art. 305⁴ k.c. stanowi, iż do służebności przesyłu stosuje się odpowiednio przepisy o służebnościach gruntowych. Przepisy odnoszące się do służebności przesyłu nie regulują statusu urządzeń przesyłowych. Odwołują się jednak do art. 49 § 1 k.c., w którym urządzenia, rozumiane są jako urządzenia służące do doprowadzania lub odprowadzania płynów, pary, gazu, energii elektrycznej oraz inne urządzenia podobne. W związku z tym za urządzenia w rozumieniu tego artykułu należy uznać np. słupy napowietrznych linii wysokiego napięcia, rury w przypadku sieci gazowniczej lub ciepłowniczej, kable energetyczne. Istotnym jest, że przepis art. 49 k.c. jest przełamaniem zasady superficies solo cedit, urządzenia te więc, nie dzielą losu prawnego gruntu, na którym są posadowione.

Z treści powołanego przepisu wynika zatem, że urządzeniami w nim zdefiniowanymi są urządzenia, które służą wyłącznie do doprowadzania lub odprowadzania. W rezultacie ustawodawca wyłączył urządzenia o przeznaczeniu wydobywczym czy też przechowawczym oraz inne, np. studnie głębinowe, bezodpływowe zbiorniki kanalizacyjne, urządzenia generujące alternatywne źródła energii.

W prostym przypadku, nie nastęczającym trudności służebność przesyłu może powstać za zgodą właściciela gruntu. Jednakże ze względu na specyfikę tej służebności, ustawodawca uznał za konieczne uregulowanie jej powstania w przypadku, gdy właściciel gruntu nie wyraża zgody na jej ustanowienie.

Umowa ustanawiająca służebność przesyłu powinna być zawarta w formie aktu notarialnego. W jego treści należy dokładnie opisać sposób i zakres korzystania z nieruchomości. Do stron umowy należy decydować czy służebność ustanowiona zostaje odpłatnie czy nieodpłatnie. Artykuł 305² par. 1 k.c. umożliwia ustanowienie służebności przesyłu nawet pomimo braku zgody właściciela nieruchomości. Jeżeli odmawia on zawarcia umowy o ustanowienie służebności przesyłu, a jest ona konieczna dla właściwego korzystania z urządzeń, o których mowa w art. 49 par. 1, przedsiębiorca może żądać jej ustanowienia za odpowiednim wynagrodzeniem. Przedsiębiorca będzie mógł więc wybudować na cudzym gruncie urządzenia przesyłowe, natomiast właściciel gruntu nie będzie mógł zabronić mu tej budowy i ustanowienia służebności przesyłu. W zamian za ustanowienie tej służebności właściciel nieruchomości ma prawo domagać się wynagrodzenia.

W sprawach spornych sąd powszechny na wniosek przedsiębiorcy ustanowi służebność przesyłu. We wniosku o ustanowienie służebności przesyłu powinni zostać wskazani właściciele wszystkich nieruchomości, na których miałyby znaleźć się urządzenia przesyłowe. Uprawnienie do ustanowienia służebności przesyłu pomimo braku zgody przedsiębiorcy za wynagrodzeniem, na mocy art. 305² § 2 k.c. przysługuje również właścicielowi nieruchomości, jeżeli jest ona konieczna do korzystania z urządzeń przesyłowych. Służebność przesyłu wygasa w przypadkach przewidzianych dla praw rzeczowych ograniczonych. Wyraźnie natomiast w art. 305³ § 2 k.c. uregulowana została maksymalna granica trwania służebności – artykuł ten stanowi, że najpóźniej służebność wygasa wraz z zakończeniem likwidacji przedsiębiorstwa. Po wygaśnięciu prawa, przedsiębiorca zobowiązany jest do usunięcia urządzeń przesyłowych utrudniających korzystanie z nieruchomości. W przypadku, gdy powodowałoby to nadmierne trudności lub koszty, przedsiębiorca zobowiązany jest do naprawienia powstałej w wyniku tego szkody.

Należy wskazać, iż zasady i warunki działalności przedsiębiorstw energetycznych (a zatem i spółki EnergiaPro) określa ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne. Powołana wyżej Ustawa Prawo energetyczne szczegółowo reguluje kwestie umów o przyłączenie, określając ich niezbędną zawartość treściową, jak również rozkład ciężarów pomiędzy strony w zakresie finansowania i ponoszenia kosztów przyłączenia. I tak, przedsiębiorstwo energetyczne obciążono obowiązkiem zapewnienia realizacji i finansowania budowy i rozbudowy sieci, w tym potrzeby przyłączania podmiotów ubiegających się o przyłączenie (na warunkach określonych w przepisach wykonawczych). Z kolei przyszły odbiorca uiszcza opłatę za przyłączenie ustaloną w taryfie, która stosownie do art. 7 ust. 8 pkt 2 ustawy Prawo energetyczne, kalkulowana jest na podstawie jednej czwartej średniorocznych nakładów inwestycyjnych na budowę odcinków sieci służących do przyłączania tych podmiotów. Pozostałe koszty wydatkowane przez przedsiębiorstwo energetyczne na realizację przyłączenia, stanowią podstawę do ustalania w taryfie stawek opłat za przesyłanie lub dystrybucję paliw gazowych lub energii (art. 7 ust 10 ustawy Prawo energetyczne).

Na podstawie ustawy Prawo energetyczne wydano akty wykonawcze, które szczegółowo regulują prawa i obowiązki zarówno przedsiębiorstw energetycznych jak i odbiorców energii elektrycznej, ciepła oraz paliw gazowych.

Przepis par. 14 ust. 5 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 2 lipca 2007 r. w sprawie w sprawie szczegółowych zasad kształtowania i kalkulacji taryf oraz rozliczeń w obrocie energią elektryczną stanowi, że w nakładach, o których mowa w art. 7 ust. 8 ustawy Prawo energetyczne uwzględnia się m.in. wydatki ponoszone na wykonanie prac projektowych i geodezyjnych, uzgadnianie dokumentacji, uzyskanie pozwoleń na budowę, zakup materiałów do budowy odcinków służących do przyłączenia podmiotów do sieci z uwzględnieniem długości tych odcinków, roboty budowlano-montażowe wraz z nadzorem, wykonanie niezbędnych prób, **a także koszty uzyskania praw do nieruchomości oraz zajęcia terenu, niezbędnych do budowy lub eksploatacji urządzeń.** W ocenie organu antymonopolowego koszty sporządzania aktów notarialnych dotyczących ustanowienia służebności na rzecz EnergiaPro SA, pasa gruntu będącego własnością podmiotu ubiegającego się o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, należy rozumieć jako koszty uzyskania prawa do zajęcia terenu (pasa gruntu) i w związku z tym powinny być one zaliczone do kosztów, o których mowa w art. 14 ust. 5 ww. rozporządzenia, jeśli zajęcie jest niezbędne do budowy i eksploatacji urządzeń związanych z przyłączeniem podmiotu ubiegającego się o przyłączenie (...). **Zatem obciążanie podmiotów przyłączanych w umowach o przyłączenie innymi opłatami, tj. kosztami sporządzenia aktów notarialnych dotyczących ustanowienia służebności pasa gruntu jest - zdaniem organu antymonopolowego - niezasadne i nie powinno mieć miejsca.** Jak wyżej wskazano, koszty te mogą być zaliczone do kosztów uzyskania prawa do zajęcia terenu, o których mowa w par. 14 ust. 5 powołanego rozporządzenia. Należy zaznaczyć, iż podobny pogląd wyraził również regulator rynku energetycznego - Urząd Regulacji Energetyki (vide: t. I. karty 67, 68).

W celu wszechstronnego wyjaśnienia sprawy organ antymonopolowy zbadał dodatkowo, czy inni przedsiębiorcy - operatorzy systemów dystrybucyjnych na terenie Polski obciążają odbiorców energii elektrycznej (podmioty przyłączane) kosztami sporządzenia aktu notarialnego na rzecz ustanowienia służebności pasa gruntu wzdłuż przebiegu sieci elektroenergetycznej. W tym celu organ antymonopolowy zwrócił się do 5 takich podmiotów, tj. RWE Stoen Opetaror Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Vattenfall Distribution Poland SA z siedzibą w Gliwicach, ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi, Energa Operator SA z siedzibą w Gdańsku. **Wszyscy ww. przedsiębiorcy stwierdzili, iż to oni ponoszą przedmiotowe koszty sporządzenia aktu notarialnego (vide: str. 9 decyzji).**

Organ antymonopolowy pragnie w tym miejscu zacytować przykładowe stwierdzenia dwóch z nich. PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o. o. z siedzibą w Łodzi podniosła m.in., iż „Spółka ponosi koszty sporządzenia aktu notarialnego w zakresie ustanowienia na rzecz Spółki służebności przesyłu. Jednym z postanowień umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej jest zapis o tym, że koszty z tego tytułu zostaną poniesione przez PGE Dystrybucja Łódź Sp. z o. o.”. Natomiast Energa Operator S.A. z siedzibą w Gdańsku stwierdził, iż „Wszystkie koszty związane z nabywaniem prawa do nieruchomości dla istniejących i projektowanych urządzeń elektroenergetycznych, w tym koszty aktów notarialnych w całości ponosi Energa Operator S.A.”.

W trakcie postępowania antymonopolowego ustalono, iż średni koszt jednego przedmiotowego aktu notarialnego poniesiony przez podmiot przyłączany wyniósł 523,94 zł brutto. Zdaniem organu antymonopolowego powyższa kwota stanowi uciążliwe, dodatkowe, bezprawne obciążenie potencjalnych odbiorców energii, którzy zamierzają się przyłączyć do sieci elektroenergetycznej spółki EnergiaPro.

W okolicznościach niniejszej sprawy należy stwierdzić, iż uciążliwość warunku - zawartej w formie aktu notarialnego - umowy mającej na celu ustanowienie służebności przesyłu (umowy ściśle powiązanej z umową przyłączeniową), przewidującego obowiązek poniesienia przez podmiot przyłączany kosztów sporządzenia ww. aktu notarialnego jest bezsporna.

Również orzecznictwo Sądu Antymonopolowego (obecnie SOKiK) wskazuje, iż na uciążliwość może wskazywać m.in. pobieranie opłat nieprzewidzianych w cenniku z uwagi na brak kryteriów ich ustalania (vide: wyrok S.A. z 12 czerwca 2002 r., XVII Ama 65/01, Dz. Urz. UOKiK Nr 3-4, poz. 172).

Zdaniem Prezesa Urzędu doszło więc w niniejszej sprawie do narzucenia przez spółkę EnergiaPro uciążliwych warunków umowy w zakresie ponoszenia przez podmioty przyłączane do sieci, kosztów sporządzenia przedmiotowego aktu notarialnego.

Tym samym Prezes Urzędu stwierdził, że trzecia przesłanka zarzucanej praktyki (tj. uciążliwy charakter warunków umów) została spełniona.

Ad 4) Nieuzasadnione korzyści.

Kolejną przesłanką niezbędną do stwierdzenia naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest wykazanie, że kwestionowane warunki umowne przynoszą przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Osiągane przez podmiot gospodarczy stosujący praktykę ograniczającą konkurencję określoną w ww. przepisie nieuzasadnione korzyści są odpowiednikiem uciążliwych warunków umów w warunkach ekwiwalentności wzajemnych świadczeń stron umowy i oznaczają sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju. Nieuzasadnione korzyści powinny pozostawać w normalnym związku przyczynowym z narzuconymi kontrahentowi uciążliwymi warunkami umowy.

Nieuzasadnione korzyści mogą pojawić się po stronie przedsiębiorcy narzucającego uciążliwe warunki umów już w chwili zawarcia umowy lub też w okresie późniejszym, gdy zaistnieją okoliczności przewidziane w umowie pozwalające na wykorzystanie uciążliwego zapisu. Należy podkreślić, iż nawet brak skutków praktyki ograniczającej konkurencję (w tym przypadku faktycznego osiągnięcia przez EnergiaPro nieuzasadnionych korzyści z tytułu realizacji uciążliwych warunków umownych) nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dla bytu

praktyki ograniczającej konkurencję określonej w tym przepisie nie jest bowiem konieczne wystąpienie negatywnego skutku w postaci eksploatacji pozycji rynkowej w warunkach ograniczonej konkurencji. Wystarczy, że zaistniało zagrożenie wystąpienia takiego skutku. Praktyką ograniczającą konkurencję jest już bowiem sama próba osiągnięcia przez przedsiębiorcę zajmującego pozycję dominującą na rynku określonego skutku.

Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie antymonopolowym, zgodnie z którym dla zaistnienia praktyki ograniczającej konkurencję istotne jest, aby skutki praktyki ograniczającej konkurencję mogły wystąpić na rynku (por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 23 czerwca 1999 r. sygn. akt XVII Ama 26/99). W wyroku z dnia 7 lipca 2004 r. sygn. akt XVII Ama 65/03 Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów orzekł, iż nie jest konieczne udowodnienie faktycznego stosowania przez przedsiębiorcę praktyki monopolistycznej, ani też osiągnięcia z tego tytułu nieuzasadnionych korzyści. Z treści art. 1 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika bowiem, że jej reżimowi podlegają nie tylko praktyki ograniczające konkurencję, które wywołały bądź aktualnie wywołują skutki na terenie Polski, ale również praktyki, które choćby tylko hipotetycznie mogą wywoływać takie skutki. Podobne stanowisko wyraził wcześniej Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 12 maja 1997 r. sygn. akt I CKN 114/97 wskazał, że istota rozpoznawanej sprawy nie sprowadza się do tego, czy przedsiębiorca, któremu postawiono zarzut naruszenia ustawy antymonopolowej odnosi korzyści z całości prowadzonej działalności gospodarczej, lecz do tego, czy w zawieranych umowach zastrzega sobie nieuzasadnione korzyści. Organ antymonopolowy ma zatem obowiązek oceniać zachowania przedsiębiorcy od strony skutków, jakie zachowania te mogą nawet hipotetycznie wywołać na rynku.

W niniejszej sprawie korzyści, które uzyskała spółka EnergiaPro kosztem podmiotów przyłączanych na podstawie zawartych umów można jednakże dość łatwo zidentyfikować, gdyż pozostają one w bezpośrednim związku przyczynowym z narzuconymi odbiorcom uciążliwymi warunkami – zawartych w formie aktów notarialnych - umów mających na celu ustanowienie służebności przesylu. Skoro bowiem odbiorcy energii (podmioty przyłączane) obarczeni zostali obowiązkiem rodzącym konieczność uiszczenia opłaty związanych z kosztami sporządzenia przedmiotowego aktu notarialnego, to zarazem Spółka była zwolniona z wniesienia tej opłaty. Kwota nieuzasadnionych korzyści odpowiadająca sumie kosztów aktów notarialnych poniesionych przez podmioty przyłączane w okresie od 1 stycznia 2006 do 22 września 2009 wyniosła **269 306,08 zł**.

Należy zaznaczyć, iż przedmiotowa służebność na rzecz spółki EnergiaPro ustanawiana była bezterminowo i nieodpłatnie a więc podmiot przyłączany nie odnosił żadnych korzyści z jej ustanowienia. Natomiast EnergiaPro nie ponosząc dodatkowych kosztów (w tym kosztów przedmiotowego aktu notarialnego) uzyskiwała prawo do korzystania z nieruchomości w zakresie zgodnym z przeznaczeniem urządzeń przesylowych (np. do wejścia na teren nieruchomości w celu naprawy, konserwacji bądź rozbudowy sieci).

Wobec powyższego Prezes Urzędu stwierdził, że czwarta przesłanka zarzucanej praktyki (tj. osiąganie przez EnergiaPro nieuzasadnionych korzyści) została spełniona.

W związku z wykazaniem łącznego zaistnienia czterech przesłanek koniecznych do uznania zachowań przedsiębiorcy za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, orzeczono jak w punkcie I sentencji niniejszej decyzji.

Należy podnieść w tym miejscu, iż praktyka polegająca na „narzucaniu uciążliwych warunków umów” finalizuje się co do zasady w chwili zawarcia określonej umowy odpowiadającej tym cechom (por.: wyrok Sądu Najwyższego z 7.03.2003 r. sygn. akt I CKN 79/01), zaś po zawarciu umowy, w wyniku której podmiot dominujący osiągnął lub może osiągnąć nieuzasadnioną korzyść mamy już do czynienia ze skutkami ww. praktyki. Wprawdzie w niniejszym postępowaniu zachowanie EnergiaPro, kwalifikowane jako naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, cechuje się ciągłością przejawiającą się w narzucaniu, w określonym okresie, szeregu umów zawierających takie same i uciążliwe warunki, niemniej jednak charakter tej praktyki nakazuje przyjąć, iż w sytuacji gdy EnergiaPro nie obciąża już od dnia 22.09.2009 r. swoich kontrahentów przedmiotowymi kosztami, to nie stosuje już ww. praktyki.

W kontekście przedstawionego powyżej charakteru praktyki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz zaprzestania przez EnergiaPro obciążania swoich kontrahentów przedmiotowymi kosztami wyjaśnienia wymaga kwestia możliwości uwzględnienia wniosku EnergiaPro o wydanie decyzji na podstawie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione – na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych we wniosku lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu – że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 lub art. 9, a przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców do wykonania tych zobowiązań.

W ocenie Prezesa Urzędu brzmienie ww. przepisu, choć nie wprost, to jednak dość jednoznacznie wskazuje, iż bezpośrednim celem nałożenia zobowiązań na przedsiębiorcę jest zaniechanie działań, co do których uprawdopodobniono, iż stanowią praktykę ograniczającą konkurencję. Wydanie decyzji, o której mowa w art. 12 ustawy, umożliwia szybkie zakończenie sprawy, w szczególności wiąże się z uniknięciem długotrwałych procedur odwoławczych oraz osiągnięcie pozytywnych skutków dla ochrony konkurencji poprzez niemal natychmiastowe usunięcie zagrożeń konkurencji zidentyfikowanych przez Prezesa Urzędu. W tym kontekście zasadne jest pytanie, czy możliwe jest wydanie takiej decyzji w sytuacji, gdy praktyka została zaniechana a działania objęte zobowiązaniem nałożonym na przedsiębiorcę mają sprowadzać się wyłącznie do usunięcia skutków praktyki, z czym w przypadku proponowanego przez EnergiaPro zobowiązania mamy ewidentnie do czynienia. W ocenie Prezesa Urzędu jest to wysoce wątpliwe skoro zobowiązania mają zmierzać do zapobieżenia naruszeniom art. 6 lub 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a za takowe naruszenie nie może być uznana odmowa zaspokojenia roszczeń cywilnoprawnych powstałych w wyniku stosowania praktyki ograniczającej konkurencję.

Nawet gdyby przyjąć odmienny pogląd oczywistym jest, że decyzja na podstawie art. 12 ustawy należy do kategorii decyzji uznaniowych. Wiąże się z tym postulat rozważenia przez Prezesa Urzędu kwestii, jakie orzeczenie w konkretnej sytuacji faktycznej, będzie lepsze dla interesu publicznoprawnego, w ochronie którego Prezes Urzędu występuje. W okolicznościach niniejszej sprawy, gdy EnergiaPro zmieniła kwestionowany przez organ antymonopolowy sposób obciążania odbiorców energii elektrycznej przedmiotowymi kosztami korzystniejsze z punktu widzenia kryterium interesu publicznoprawnego jest, w ocenie Prezesa Urzędu, wydanie decyzji na podstawie art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Przesądzającą w tym zakresie jest możliwość nałożenia kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy, która to możliwość jest wyłączona w przypadku decyzji zobowiązującej. Pozwala to bowiem, poprzez odpowiednie określenie wymiaru kary (uwzględniającego również fakt zaniechania i usunięcia skutków praktyki) zrealizowanie celu

prewencyjnego i odstrasżającego, tj. zapewnienia powstrzymania EnergiaPro i innych operatorów systemów energetycznych przed stosowaniem tego typu praktyk rynkowych w przyszłości.

7. Zaniechanie praktyki ograniczającej konkurencję.

Jak już podano, w dniu 22 września 2009 r. wprowadzone zostało w EnergiaPro Polecenie Służbowe Dyrektora Generalnego nr 28/2009 regulujące kwestie w przedmiotowym zakresie w taki sposób, że to na EnergiaPro ciąży pokrywanie kosztów związanych z ustanowieniem aktów notarialnych dotyczących służebności przesyłu. Tak więc, Spółka zaniechała z obciążania podmiotów przyłączanych opłatami z tytułu pokrywania ww. kosztów z dnia 22 września 2009 r. EnergiaPro zobowiązała się jednocześnie do zwrotu przedmiotowych kosztów tym podmiotom, które skierują do Spółki pisemny wniosek w tej kwestii. Co więcej, w nowo zawieranych umowach o przyłączenie, dla sieci niskiego napięcia, Spółka zrezygnowała z wprowadzania zobowiązań obligujących podmioty przyłączane do ustanowienia służebności przesyłu na rzecz EnergiaPro S.A.

W związku z powyższym organ antymonopolowy uznał, iż dzień 22 września 2009 r. jest dniem zaniechania stosowania przez Spółkę zarzucanej jej praktyki, o której mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Tak więc, przedmiotowa decyzja została wydana w oparciu o art. 11 ust. 1 i 2 ustawy antymonopolowej, zgodnie z którym nie wydaje się decyzji o której mowa w art. 10, jeżeli zachowanie rynkowe przedsiębiorcy przestało naruszać zakazy określone w art. 9. W ww. przypadku organ antymonopolowy wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającą zaniechanie jej stosowania.

Wobec powyższego, orzeczono, jak w pkt I sentencji.

II. Kara

Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji Prezes Urzędu może nałożyć na przedsiębiorcę, w drodze decyzji, karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu osiągniętego w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, jeżeli przedsiębiorca ten, choćby nieumyślnie dopuścił się naruszenia zakazu określonego m.in. w art. 9.

Ustawa o ochronie konkurencji wprowadziła zasadę fakultatywności kar nakładanych przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorców, którzy dopuścili się naruszenia zakazu stosowania praktyk ograniczających konkurencję.

Prezes Urzędu wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością. W tym zakresie kieruje się on zasadą równości i proporcjonalności. Rozważając kwestię nałożenia kary organ antymonopolowy musi wziąć pod uwagę, czy w danych okolicznościach sprawy konieczne albo celowe jest jej nałożenie, a jeżeli tak, to w jakiej wysokości kara spełni założone funkcje. Przy ustalaniu wysokości kar pieniężnych, o których mowa w art. 106-108 ustawy o ochronie konkurencji, Prezes Urzędu powinien wziąć pod uwagę w szczególności okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy, a także uprzednie naruszenie przepisów ustawy (art. 111 ww. ustawy). W ocenie Prezesa Urzędu na wysokość kary musi

mieć także wpływ stopień zagrożenia lub naruszenia interesu publicznoprawnego stosowanymi praktykami ograniczającymi konkurencję.

W punkcie I sentencji niniejszej Decyzji stwierdzono, iż spółka EnergiaPro dopuściła się naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej.

W judykaturze wskazuje się, że w przypadku kar za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję przesłankami, które należy brać pod uwagę, są: potencjał ekonomiczny przedsiębiorcy, skutki praktyki dla konkurencji lub kontrahentów, dopuszczalny poziom kary wynikający z przepisów ustawy oraz cele jakie kara ma osiągnąć (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 czerwca 2000 r., sygn. akt I CKN 793/98).

W rozpatrywanym przypadku kara w wysokości 253 637,56 zł (słownie złotych: dwieście pięćdziesiąt trzy tysiące sześćset trzydzieści siedem 56/100) nałożona niniejszą decyzją stanowi ok. [tajemnica przedsiębiorstwa] % przychodu Spółki i [tajemnica przedsiębiorstwa] % maksymalnego wymiaru kary przewidzianego w art. 106 ust. 1 pkt 1 ustawy antymonopolowej. Jako podstawę obliczenia kary przyjęto przychód osiągnięty przez EnergiaPro w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary, tj. 2009, który wynosił [tajemnica przedsiębiorstwa] (vide: t. II karta 261).

Organ antymonopolowy zaliczył przedmiotową praktykę spółki EnergiaPro do mniej poważnych (tzw. pozostałych) naruszeń prawa antymonopolowego. Kierując się naturą przedmiotowego naruszenia Prezes Urzędu ustalił kwotę wyjściową kary w wysokości 704 549,19 zł, co stanowi [tajemnica przedsiębiorstwa] przychodu i [tajemnica przedsiębiorstwa] maksymalnego wymiaru kary. Ważąc wysokość nałożonej kary pieniężnej Prezes Urzędu uwzględnił nie tylko charakter praktyki, ale również okoliczności obciążające i łagodzące, stanowiące ocenę podmiotowej strony czynu przedsiębiorcy.

Ustalając wymiar kary pieniężnej Prezes Urzędu zważył, iż stosowane przez Uczestnika praktyki ograniczające konkurencję miały charakter eksploatacyjny i polegały na wykorzystaniu posiadanej silnej pozycji rynkowej kosztem słabszych uczestników rynku, w efekcie czego naruszony został interes publicznoprawny. Mając na uwadze specyfikę rynku i działalności przedsiębiorcy, a w szczególności niewielki udział przychodów z towarów należących do rynku właściwego w stosunku do przychodu przedsiębiorcy kwotę wyjściową kary zmniejszono o 40% (tj. do 422 729,28 zł.).

Ustalając wymiar kary pieniężnej uwzględniono długotrwały charakter zarzucanej praktyki (3 lata), co skutkuje zwiększeniem kary pieniężnej o 20% (tj. do 507 275,13 zł.).

Miarkując karę organ antymonopolowy postanowił wziąć także pod uwagę okoliczności obciążające (tj. uprzednie naruszenie przez Spółkę przepisów ustawy antymonopolowej), a także liczne okoliczności łagodzące. Do okoliczności łagodzących zaliczono przede wszystkim to, iż Spółka wyraziła chęć dobrowolnej rekompensaty szkody, poprzez zwrot odbiorcom energii elektrycznej poniesionych przez nich kosztów, dotyczących sporządzenia przedmiotowych aktów notarialnych. Okolicznością łagodzącą jest również bardzo dobra współpraca Spółki z organem antymonopolowym w toku postępowania oraz fakt zaniechania przedmiotowej praktyki **niewzłocznie** po wszczęciu postępowania antymonopolowego. Okolicznością obciążającą jest fakt wcześniejszego naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy antymonopolowej (vide: Decyzja nr RWR 10/2005 z dnia 14.02.2005 r.). Uwzględnienie sumarycznego wpływu ww. okoliczności łagodzących i

obciążających skutkuje obniżeniem wymiaru kary o 50% (253 637,57 zł.), tj. do kwoty 253 637, 56 zł.

Mając na uwadze wszystkie powyższe okoliczności, Prezes Urzędu uznał, że waga stwierdzonego niniejszą decyzją naruszenia ustawy o ochronie konkurencji oraz wskazane wyżej okoliczności obciążające i łagodzące przesądzają o zasadności nałożenia na spółkę EnergiaPro kary pieniężnej w wysokości 253 637,56 zł (słownie złotych: dwieście pięćdziesiąt trzy tysiące sześćset trzydzieści siedem 56/100).

W ocenie Prezesa Urzędu ustalona kara pełni rolę represyjno-wychowawczą i jest wystarczająca do wymuszenia przestrzegania obowiązującego porządku prawnego, a także pozostaje w proporcji do możliwości finansowych spółki EnergiaPro.

W świetle wszystkich wskazanych wyżej okoliczności zarówno nałożenie kary, jak i jej wysokość, jest w pełni uzasadnione.

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w pkt II sentencji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy o ochronie (...) karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie prowadzone w **NBP O/O Warszawa o numerze 51-10101010-0078782231000000**.

III. Zgodnie z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu rozstrzyga o kosztach w drodze postanowienia, które może być zamieszczone w decyzji kończącej postępowanie. W myśl art. 77 tej ustawy, jeżeli postępowanie zostało wszczęte z urzędu i w jego wyniku organ antymonopolowy stwierdził naruszenie przepisów tejże ustawy, przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, który dopuścił się tego naruszenia, zobowiązany jest ponieść koszty postępowania.

Niniejsze postępowanie antymonopolowe zostało wszczęte z urzędu. W jego wyniku Prezes Urzędu w punkcie I sentencji przedmiotowej decyzji stwierdził naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez Uczestnika postępowania. Kosztami niniejszego postępowania są dla organu antymonopolowego wydatki związane z prowadzoną w toku tego postępowania korespondencją. W związku z powyższym Prezes Urzędu postanowił obciążyć spółkę działającą pod nazwą EnergiaPro S.A. z siedzibą we Wrocławiu kwotą kosztów w wysokości 91 zł. (słownie złotych: dziewięćdziesiąt jeden).

W związku z powyższym orzeczono jak w punkcie III sentencji.

Koszty niniejszego postępowania ww. przedsiębiorca jest obowiązany wpłacić na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów: NBP o/o Warszawa Nr 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000 w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Pouczenie:

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964r. Kodeks postępowania cywilnego

(Dz.U. Nr 43, poz. 296 z późn. zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwutygodniowym od daty jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.

W przypadku kwestionowania wyłącznie postanowienia o kosztach zawartego w pkt III niniejszej decyzji, stosownie do treści art. 81 ust. 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 2 Kodeksu postępowania cywilnego, należy wnieść zażalenie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu w terminie tygodnia od dnia doręczenia niniejszej decyzji.

Z up. Prezesa Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury we Wrocławiu
Zbigniew Jurczyk

Otrzymuje :

Pan
Rafał Przysański
Adwokat
WKB Wierciński Kwieciński Baehr
ul. Paderewskiego 7
61-770 Poznań
(pełnomocnik EnergiaPro S.A.
z siedzibą we Wrocławiu)