



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
DELEGATURA UOKiK W POZNANIU**

ul. Zielona 8, 61-851 Poznań
Tel. (0-61) 852-15-17, 852-77-50, Fax (0-61) 851-86-44
E-mail: poznan@uokik.gov.pl

Poznań, dnia 11 marca 2008r.

RPZ- 411/1/08/JM

DECYZJA nr RPZ 6/2008

Stosownie do art. 33 ust. 6 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007r. nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 17 lipca 2007r. w sprawie właściwości miejscowej i rzeczowej delegatur Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Dz.U. z 2007r. nr 134, poz. 939)

wobec uprawdopodobnienia w toku postępowania antymonopolowego, wszczętego z urzędu, naruszenia przez ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 powołanej wyżej ustawy, polegającego na nadużywaniu pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej obejmującym teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (część województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego) poprzez

narzucenie w umowach o przyłączenie do sieci zobowiązania, zgodnie z którym podmiot ubiegający się o przyłączenie nieodpłatnie umożliwiać będzie ENEA Operator Sp. z o.o., w obrębie swojej nieruchomości budowę, rozbudowę sieci i przyłączy oraz wyraża zgodę, w związku z treścią art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U. z 2004r. nr 261, poz. 2603 ze zm.), na nieodpłatne udostępnienie terenu w niezbędnych dla ENEA Operator Sp. z o.o. przypadkach,

co stanowi uciążliwy warunek umowy o przyłączenie do sieci, przynoszący ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu nieuzasadnione korzyści,

- w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

po przyjęciu zobowiązania ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu wskazanego w piśmie z dnia 28 stycznia 2008r.,

I. na podstawie art. 12 ust. 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zobowiązuje się ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu:

- a) w terminie 14 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji- do zastąpienia w umowach o przyłączenie do sieci kwestionowanej klauzuli postanowieniem o treści: „Klient oświadcza, że nieodpłatnie umożliwi ENEA Operator Sp. z o.o. w obrębie swojej nieruchomości, budowę i rozbudowę sieci oraz budowę przyłączy w zakresie niezbędnym do realizacji przyłączenia, a także nieodpłatnie umożliwi wykonywanie prac eksploatacyjnych i usuwanie awarii na powyższych elementach sieci oraz przyłączy”,
- b) w terminie 9 miesięcy od dnia doręczenia niniejszej decyzji- do wystąpienia do kontrahentów, z którymi zawarto nadal obowiązujące umowy o przyłączenie do sieci

- elektroenergetycznej, z propozycją podpisania aneksów, na podstawie których kwestionowana klauzula zostanie zastąpiona postanowieniem o treści wskazanej w pkt a,
- c) w przypadku niezakończonych procedur zawierania umów o przyłączenie, w terminie 1 miesiąca od doręczenia niniejszej decyzji- do przekazania podmiotom ubiegającym się o przyłączenie nowych projektów umów, względnie aneksów do przekazanych wcześniej projektów umów, na podstawie których kwestionowana klauzula zostanie zastąpiona postanowieniem o treści wskazanej w pkt a.

II. Na podstawie art. 12 ust. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, **nakłada się na ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu** obowiązek przekazania w terminie 10 miesięcy od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, informacji o realizacji zobowiązania nałożonego w punkcie I decyzji i przedłożenia dowodów potwierdzających okoliczność przesłania aneksów do wszystkich kontrahentów.

Uzasadnienie

Postanowieniem z dnia 19 października 2007r. nr RPZ-400/31/2007 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął z urzędu postępowanie wyjaśniające mające na celu wstępne ustalenie, czy w związku z zawieraniem przez ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu umów o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej nastąpiło naruszenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, uzasadniające wszczęcie postępowania antymonopolowego.

W toku postępowania ustalono, że w stosowanych przez ENEA Operator Sp. z o.o. (dalej: Przedsiębiorca) umowach o przyłączenie do sieci zawarte zostało postanowienie, które może naruszać art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z tym postanowieniem podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci zobowiązany jest, w obrębie swojej nieruchomości, do nieodpłatnego umożliwienia ENEA Operator Sp. z o.o. budowy, rozbudowy sieci i przyłączy, a ponadto do wyrażenia zgody, w związku z treścią art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami, na nieodpłatne udostępnienie terenu w niezbędnych dla ENEA Operator Sp. z o.o. przypadkach.

Przedsiębiorca, w odpowiedzi na wezwanie Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: Prezes Urzędu), pismem z dnia 5 grudnia 2007r. przedłożył aktualnie stosowane wzorce umów o przyłączenie do sieci oraz poinformował, że wzorce te obowiązują od dnia wydzielenia ENEA Operator Sp. z o.o. jako Operatora Systemu Dystrybucyjnego tj. od dnia 1 lipca 2007r. Przed wskazaną datą wzorce te stosowane były w ENEA S.A. od dnia 20 października 2005r. Ponadto Przedsiębiorca wyjaśnił, że zapisy umowy zobowiązujące podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci do nieodpłatnego udostępniania nieruchomości w celu umożliwienia przedsiębiorcy rozbudowy sieci i przyłączy oraz w niezbędnych dla przedsiębiorcy przypadkach stosowane były w umowach o przyłączenie do sieci od dnia 1 kwietnia 2003r.

Przedsiębiorca podniósł, że wymienione postanowienie nie jest w żadnym przypadku oświadczeniem klienta bezpośrednio wykorzystywanym przez ENEA Operator Sp. z o.o. do uzyskania pozwolenia na budowę. Spółka jako inwestor w zakresie rozbudowy sieci i budowy przyłączy jest bowiem zobowiązana do wykonania kompleksowej dokumentacji formalno-prawnej, w tym uzyskania niezbędnych decyzji administracyjnych tj. zgłoszenia realizacji przyłącza i uzyskania pozwolenia na budowę. Przedsiębiorca wyjaśnił, że zgodnie z art. 28 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane, roboty budowlane można rozpocząć jedynie na podstawie ostatecznej decyzji o pozwoleniu na budowę. Pozwolenie takie może być wydane, na podstawie art. 32 ust. 4 pkt 2, wyłącznie temu, kto złożył oświadczenie pod rygorem odpowiedzialności karnej o posiadającym prawie do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Przedsiębiorca poinformował, że oświadczenie takie stanowi załącznik zarówno do wniosku o pozwolenie na budowę jak i zgłoszenia realizacji przyłącza. Konsekwencją takiego

stanu prawnego jest, jak wskazano, konieczność uzyskania w każdym przypadku odrębnej zgody właściciela nieruchomości, na której mają być prowadzone roboty budowlane bez względu na fakt, czy jest on stroną umowy o przyłączenie czy też nie.

W ocenie Przedsiębiorcy ww. zapis umowy o przyłączenie do sieci nie jest wystarczającym oświadczeniem umożliwiającym ENEA Operator Sp. z o.o. wykazanie się prawem do dysponowania nieruchomością na cele budowlane. Każdorazowo bowiem na etapie opracowywania dokumentacji formalno-prawnej, czyli już po zawarciu umowy o przyłączenie do sieci, ENEA Operator Sp. z o.o., bądź podmiot działający w jej imieniu uzyskuje dodatkowe oświadczenie podmiotu przyłączanego, potwierdzające jego zgodę jako właściciela nieruchomości, na posadowienie określonych elementów przyłącza lub sieci elektroenergetycznych.

Przedsiębiorca zaznaczył ponadto, że uzyskanie prawa do nieruchomości na cele budowlane jest jednym z elementów związanych z projektowaniem przyłącza i należy do zadań projektanta, który uzgadniając z odbiorcą szczegóły projektu uzyskuje odrębne prawo do nieruchomości, na której będzie budowane przyłącze, a motywem decyzji odbiorcy jest chęć przyłączenia instalacji odbiorczej do sieci ENEA Operator Sp. z o.o. Jednocześnie podkreślił, że poprzez zakwestionowane zapisy stara się uregulować wykorzystanie nieruchomości podmiotu przyłączanego w celu budowy przyłączy i zmian w sieci oraz wykonywania prac eksploatacyjnych w zakresie tylko i wyłącznie elementów sieci i przyłączy niezbędnych do realizacji przyłączenia objętego daną umową o przyłączenie.

W wyniku analizy materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania wyjaśniającego, Prezes Urzędu postanowieniem z dnia 11 stycznia 2008r. nr RPZ-411/1/08 wszczął z urzędu postępowanie antymonopolowe. ENEA Operator Sp. z o.o. w Poznaniu zarzucono nadużywanie pozycji dominującej na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej poprzez narzucenie w umowach o przyłączenie do sieci zobowiązania, zgodnie z którym podmiot ubiegający się o przyłączenie nieodpłatnie umożliwiać będzie ENEA Operator Sp. z o.o., w obrębie swojej nieruchomości budowę, rozbudowę sieci i przyłączy oraz wyraża zgodę, w związku z treścią art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U. z 2004r. nr 261, poz. 2603 ze zm.), na nieodpłatne udostępnienie terenu w niezbędnych dla ENEA Operator Sp. z o.o. przypadkach, co uznane zostało za narzucenie uciążliwego warunku umowy o przyłączenie do sieci, przynoszącego ENEA Operator Sp. z o.o. nieuzasadnione korzyści, w rozumieniu art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przedsiębiorca zawiadomiony o wszczętym postępowaniu antymonopolowym, pismem z dnia 28 stycznia 2008r. wniósł o wydanie decyzji w trybie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przedsiębiorca zobowiązał się, że we wszystkich nowych umowach o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, których projekty będą wysyłane klientom po upływie 14 dni od dnia doręczenia decyzji, zakwestionowana przez Prezesa Urzędu klauzula nie będzie stosowana. Ponadto Przedsiębiorca zobowiązał się, że w okresie 9 miesięcy od daty doręczenia decyzji, wystąpi do podmiotów, z którymi zawarł umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, w których zamieszczono zakwestionowane postanowienie z propozycją podpisania aneksów, wprowadzających w miejsce zakwestionowanego nowe postanowienie.

Z kolei w odniesieniu do projektów umów o przyłączenie do sieci zawierających zakwestionowane postanowienie, które przekazane będą klientom przed dniem doręczenia decyzji, a które zostaną przez nich podpisane i odesłane do ENEA Sp. z o.o., Przedsiębiorca zobowiązał się do zaproponowania aneksów w ciągu 1 miesiąca od ich otrzymania.

Jednocześnie Przedsiębiorca zaproponował nową treść postanowienia, które będzie stosowane w miejsce zakwestionowanego w brzmieniu: „Klient oświadcza, że nieodpłatnie umożliwi ENEA Operator Sp. z o.o. w obrębie swojej nieruchomości, budowę i rozbudowę sieci oraz budowę przyłącza w zakresie niezbędnym do realizacji przyłączenia, a także nieodpłatnie

umożliwi wykonywanie prac eksploatacyjnych i usuwanie awarii na powyższych elementach sieci oraz przyłącza”.

W uzasadnieniu wniosku podkreślono, że określone zostały warunki zapobieżenia zarzucanym Spółce naruszeniom ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów a podjęte zobowiązania skierowane są na wyeliminowanie z obrotu prawnego zakwestionowanej klauzuli. Zobowiązania te, zdaniem Przedsiębiorcy, będą korzystne dla wszystkich nowych podmiotów zawierających umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, jak również tych, którzy taką umowę już zawarli, a którym zaproponowane zostaną aneksy uchylające zakwestionowaną klauzulę. W ocenie Przedsiębiorcy wydanie decyzji zobowiązującej do wykonania podjętych zobowiązań leży w interesie publicznym. Wskazując terminy odstąpienia od stosowania zakwestionowanego postanowienia w nowo zawieranych umowach (14 dni od daty doręczenia decyzji) oraz wystąpienia z propozycją podpisania aneksów do podmiotów, z którymi Przedsiębiorca zawarł umowy o przyłączenie do sieci, w których zamieszczona została zakwestionowana klauzula (9 miesięcy od daty doręczenia decyzji), Przedsiębiorca uznał, że gwarantują one pożądaną skuteczną na rynku w stosunkowo krótkim czasie. Zaproponowany termin 9 miesięcy do wystąpienia z propozycją zmiany zawartych umów wynika z konieczności przeprowadzenia skomplikowanej operacji logistycznej, jaką jest identyfikacja wszystkich dotychczasowych klientów, którzy zawarli umowy zawierające zakwestionowane postanowienie, a także przygotowanie i wysłanie do nich aneksów. Z kolei termin 1 miesiąca do złożenia propozycji aneksów do umów podpisanych i odesłanych przez klientów przed doręczeniem decyzji Prezesa Urzędu jest uzasadniony praktyką Przedsiębiorcy związaną z wysyłaniem klientom 2 projektów umów, które po ich podpisaniu są odsyłane w bardzo różnych, trudnych do przewidzenia terminach. Proponowany termin gwarantuje natomiast, jak podniesiono, że również i w takich przypadkach w krótkim terminie klient będzie miał możliwość podpisania aneksu eliminującego zakwestionowaną klauzulę.

Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Spółka pod firmą: ENEA Operator Sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu jest wpisana do rejestru przedsiębiorców KRS pod numerem 0000269806 (*odpis z Krajowego Rejestru Sądowego*). Została wydzielona ze Spółki ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu jako Operator Systemu Dystrybucyjnego na mocy decyzji Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki z dnia 30 czerwca 2007r. na okres od dnia 1 lipca 2007r. do dnia 1 lipca 2017r. Przedmiotem działalności Spółki jest m.in. dystrybucja energii elektrycznej.

W ramach prowadzonej działalności Przedsiębiorca zawiera umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej.

W niniejszym postępowaniu Prezes Urzędu zakwestionował zapisy wzorców umowy o przyłączenie do sieci stosowane przez Przedsiębiorcę o treści: „Klient oświadcza, że nieodpłatnie umożliwić będzie ENEA Operator Sp. z o.o., w obrębie swojej nieruchomości budowę, rozbudowę sieci i przyłączy (...). Klient oświadcza, że znana mu jest treść art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami (t.j. Dz.U. z 2004r. nr 261, poz. 2603 ze zm.) i w związku z tą treścią wyraża zgodę na nieodpłatne udostępnienie terenu w niezbędnych dla ENEA Operator Sp. z o.o. przypadkach”. Zapisy o takim brzmieniu zamieszczone zostały w przedłożonych przez Przedsiębiorcę wzorcach umów: UWZR (§13 ust. 1.1.), UWBR (§13 ust. 1.1.) oraz UT (§12 ust. 1.1.), które stosowane są przez Spółkę od dnia 1 lipca 2007r., a przed jej wydzieleniem stosowane były przez ENEA S.A. z siedzibą w Poznaniu od dnia 20 października 2005r.

Zapisy umowy zobowiązujące podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci do nieodpłatnego udostępniania nieruchomości w celu umożliwienia Przedsiębiorcy rozbudowy sieci i przyłączy oraz w niezbędnych dla przedsiębiorcy przypadkach stosowane były przez ENEA S.A. w umowach o przyłączenie do sieci od dnia 1 kwietnia 2003r.

Zgodnie z art. 531§ 1 Kodeksu spółek handlowych, stroną umów zawartych przez ENEA S.A. stał się ENEA Operator Sp. z o.o.

Do dnia 16 stycznia 2008r. zakwestionowane postanowienie zamieszczone zostało łącznie w [usunięto] umowach o przyłączenie do sieci, zawartych zarówno przez ENEA Operator Sp. z o.o. jak i wcześniej przez ENEA S.A. w Poznaniu (*oświadczenie Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2008r.*).

Po otrzymaniu zawiadomienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego Przedsiębiorca wystąpił o wydanie decyzji w trybie art. 12 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz przyjęcie następujących zobowiązań:

1. we wszystkich nowych umowach o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej, których projekty będą wysyłane klientom po upływie 14 dni od dnia doręczenia decyzji Prezesa Urzędu zakwestionowana klauzula nie będzie stosowana, a w jej miejsce wprowadzona zostanie nowa klauzula o treści: „*Klient oświadcza, że nieodpłatnie umożliwi ENEA Operator Sp. z o.o. w obrębie swojej nieruchomości, budowę i rozbudowę sieci oraz budowę przyłącza w zakresie niezbędnym do realizacji przyłączenia, a także nieodpłatnie umożliwi wykonywanie prac eksploatacyjnych i usuwanie awarii na powyższych elementach sieci oraz przyłącza*”.
2. w okresie 9 miesięcy od daty doręczenia decyzji Prezesa Urzędu, Przedsiębiorca wystąpi do podmiotów, z którymi zawarł umowy o przyłączenie do sieci, zawierających zakwestionowaną klauzulę z propozycją podpisania aneksów uchylających ww. klauzulę i wprowadzającą w jej miejsce nową w brzmieniu wskazanym powyżej w pkt 1.
3. projekty umów zawierające zakwestionowaną klauzulę, przekazane klientom przed dniem doręczenia decyzji Prezesa Urzędu, jeżeli zostaną podpisane i odesłane do Przedsiębiorcy- zostaną zawarte, a w ciągu miesiąca od ich otrzymania Przedsiębiorca proponuje aneksy o treści wskazanej w pkt 1.

Prezes Urzędu zważył, co następuje:

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione- na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu- że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 6 lub 9 ustawy lub w art. 81 lub 82 Traktatu WE, a przedsiębiorca, 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 do wykonania tych zobowiązań. W decyzji tej, jak wynika z art. 12 ust. 3, Prezes Urzędu nakłada na przedsiębiorcę obowiązek składania w wyznaczonym terminie informacji o stopniu realizacji zobowiązań.

Przytoczony powyżej przepis jako przesłanki warunkujące możliwość wydania decyzji przez Prezesa Urzędu wskazuje: uprawdopodobnienie, na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych w zawiadomieniu lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu, naruszenia zakazu określonego w art. 6 lub 9 ustawy bądź 81 lub 82 Traktatu WE oraz zobowiązanie się przedsiębiorcy, któremu jest zarzucane takie naruszenie, do podjęcia lub zaniechania działań zmierzających do zapobieżenia naruszeniom.

W niniejszej sprawie wymaga zatem rozważenia, czy wskazane warunki zaistniały w odniesieniu do działań i zobowiązań ENEA Operator Sp. z o.o., a ponadto, czy w przypadku ich wystąpienia uzasadnione jest przyjęcie zobowiązania Przedsiębiorcy i wydanie przez Prezesa Urzędu decyzji w oparciu o powołany przepis.

Podstawą do zastosowania przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest ustalenie, czy w rozpatrywanej sprawie doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego. Art. 1

ust. 1 ustawy stanowi, że określa ona warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Przepisy ustawy znajdują zatem zastosowanie wówczas, gdy zostaje zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku gospodarczego.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 29 maja 2001r. I CKN 1217/98, stwierdził, że *w odniesieniu do przedsiębiorców ustawa chroni konkurencję, a w odniesieniu do konsumentów ich interesy jako zjawiska o charakterze instytucjonalnym, zbiorowym, a nie indywidualnym czy nawet grupowym w rozumieniu sumy indywidualnych interesów konsumentów. Działaniami antykonkurencyjnymi bądź antykonsumenckimi są więc jedynie takie działania, które dotyczą sfery interesów szerszego kręgu uczestników rynku. Nie dotyczą sytuacji pojedynczego przedsiębiorcy czy konsumenta, lecz zaburzeń na rynku, w rozumieniu negatywnych zjawisk charakteryzujących jego funkcjonowanie. Ingerencja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów uzasadniona byłaby tylko wówczas, gdyby służyła ochronie tak pojętej konkurencji lub interesów konsumentów. Celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie jest więc ochrona prywatno-prawnego interesu przedsiębiorcy bądź konsumenta.*

Dla stwierdzenia naruszenia publicznoprawnego interesu wystarczające jest dowolne nadużycie siły rynkowej w relacjach ze słabszymi uczestnikami rynku, bowiem już sam fakt nadużycia posiadanej pozycji dominującej na rynku narusza interes publiczny (por. E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wyd. Twigger, Warszawa 2002, str. 15).

Praktyka, którą zarzucono Przedsiębiorcy stosowana jest w sektorze dystrybucji energii elektrycznej i związana jest z narzuceniem podmiotom ubiegającym się o przyłączenie do sieci uciążliwego warunku umowy poprzez zobowiązanie do nieodpłatnego udostępnienia nieruchomości w celu umożliwienia Przedsiębiorcy budowy, rozbudowy sieci i przyłączy a także w niezbędnych dla niego przypadkach, co przynosi Przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści.

Z uwagi na fakt, że praktyka ta dotyczy kilkudziesięciu tysięcy podmiotów, którzy zawarli umowę o przyłączenie do sieci od momentu wprowadzenia zakwestionowanego postanowienia do stosowanych w obrocie wzorców umów (tj. od dnia 1 kwietnia 2003r. do dnia 16 stycznia 2008r.- *oświadczenie Przedsiębiorcy z dnia 28 stycznia 2008r.*), uznać należy, że doszło do naruszenia interesu publicznoprawnego, uzasadniającego wszczęcie przeciwko Przedsiębiorcy postępowania antymonopolowego.

W świetle powyższego, w pierwszej kolejności niezbędne jest ustalenie, czy praktyka zarzucana Przedsiębiorcy, określona w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, została uprawdopodobniona na obecnym etapie postępowania antymonopolowego, a więc czy uprawdopodobnione zostało narzucenie przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą uciążliwych warunków umów oraz uzyskanie przez niego z tego tytułu, kosztem kontrahenta, nieuzasadnionych korzyści.

Poza sporem jest, że ENEA Operator Sp. z o.o. jako Operator Systemu Dystrybucyjnego zajmuje na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej obejmującym teren zachodniej i północno-zachodniej części Polski (część województwa lub ich części: wielkopolskiego, lubuskiego, zachodniopomorskiego, kujawsko-pomorskiego) pozycję dominującą w rozumieniu art. 4 pkt 10 ww. ustawy.

Z racji posiadanej siły rynkowej ma przewagę kontraktową nad swoimi kontrahentami w zakresie negocjowania warunków ich przyłączania do sieci, w szczególności może narzucać postanowienia, których nie byłaby w stanie wynegocjować w warunkach istnienia konkurencji na rynku. Istotne jest również, że przy zawieraniu wskazanych umów Przedsiębiorca posługuje się opracowanymi przez siebie wzorcami umów. Stosowanie wzorców umownych przy zawieraniu jednorodzących umów o charakterze masowym, jakimi niewątpliwie są umowy o przyłączenie do sieci, wymaga aprobaty przez kontrahentów ich warunków, które są jednostronnie określone

przez profesjonalistę. Treść umowy, do której przychylają się podmioty przyłączane do sieci jest arbitralnie ustalana i co do zasady nie podlega negocjacji. Swoboda kontrahentów Przedsiębiorcy jest więc ograniczona, bowiem zawarcie umowy następuje poprzez przystąpienie do warunków ustalonych autorytatywnie przez przedsiębiorstwo energetyczne. Stanowi to o adhezyjnej naturze tych umów, a jednocześnie o istocie narzucania warunków umownych w przedmiotowej sprawie. W przypadku umów zawieranych w trybie adhezyjnym, dla uznania, że następuje narzucanie ich warunków wystarczające jest oferowanie ich przez dominanta w stosunkach danego rodzaju (E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002, str.118). Sytuacja taka ma miejsce w niniejszej sprawie, ponieważ sposobem działania ENEA Operatora Sp. z o.o. jest zawieranie umów o przyłączenie do sieci, których postanowienia nie są indywidualnie uzgadniane z kontrahentami. Uznać należy zatem za uprawdopodobnione, że zakwestionowane w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym postanowienie zostało kontrahentom Przedsiębiorcy narzucone.

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 1993r. 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, dominat byłby w stanie wynegocjować takie postanowienia umowne (por. np. wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 29 grudnia 1992r. sygn. akt XVII Amr 68/93). Z kolei jako nieuzasadnione korzyści uznaje się stworzenie dominatowi sytuacji korzystniejszej niż taka, która odzwierciedla ekwiwalentność w danym i w podobnych stosunkach umownych (E. Modzelewska-Wąchal „Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz”, Wydawnictwo Twigger, Warszawa 2002r., str. 119).

Nieuzasadnione korzyści osiągane przez przedsiębiorcę stosującego praktykę ograniczającą konkurencję, określoną w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowią więc odpowiednik uciążliwych warunków umów i oznaczają nieekwiwalentność wzajemnych świadczeń stron umowy oraz sytuację korzystniejszą od powszechnie przyjętych w stosunkach danego rodzaju.

W ocenie Prezesa Urzędu, okoliczności niniejszej sprawy uprawdopodobniają, że zakwestionowany warunek umowy o przyłączenie do sieci ma charakter obiektywnie uciążliwy dla kontrahentów Przedsiębiorcy, a jednocześnie przynosi Przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści.

Podmiotowi, który ubiega się o przyłączenie do sieci zostaje bowiem narzucone z jednej strony- zobowiązanie do nieodpłatnego umożliwienia Przedsiębiorcy, w obrębie swojej nieruchomości- budowy, rozbudowy sieci i przyłączy, z drugiej- zobowiązanie do nieodpłatnego udostępnienia terenu w niezbędnych dla Przedsiębiorcy przypadkach.

Analiza pierwszej części postanowienia uzasadnia stwierdzenie, że tak sformułowany zapis rażąco wykracza poza charakter i właściwość umowy o przyłączenie do sieci. Przepisy ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne (t.j. Dz.U. z 2006r., nr 89, poz. 625 ze zm.), regulujące kwestie związane z zawieraniem tego rodzaju umów nie zawierają regulacji, które pozwalałyby przedsiębiorstwu energetycznemu na uzyskanie prawa do nieruchomości podmiotu ubiegającego się o przyłączenie do sieci w zakresie szerszym, niż wynika to z konieczności realizacji konkretnego przyłączenia.

Wprawdzie art. 7 ust. 12 Prawa energetycznego, nakłada na przyłączany podmiot obowiązek umożliwienia przedsiębiorstwu energetycznemu, w obrębie swojej nieruchomości budowę i rozbudowę sieci, ale co wymaga podkreślenia- jedynie w zakresie niezbędnym do realizacji konkretnego przyłączenia. Przepis ten nie stanowi zatem podstawy dającej

przedsiębiorstwu energetycznemu możliwość prowadzenia wszelkich prac na nieruchomości podmiotu przyłączanego, ale zakres tego uprawnienia odnosi do budowy i rozbudowy sieci, która jest niezbędna do realizacji konkretnego przyłączenia podmiotu, który wystąpił o przyłączenie do sieci.

Zdaniem Prezesa Urzędu, zakres zobowiązania podmiotu przyłączanego do sieci nie jest także uzasadniony w świetle art. 7 ust. 2 Prawa energetycznego, który wskazując na niezbędne postanowienia umowy o przyłączenie do sieci wymienia między innymi warunki udostępnienia przedsiębiorstwu energetycznemu nieruchomości należącej do podmiotu przyłączanego w celu budowy lub rozbudowy sieci niezbędnej do realizacji przyłączenia. Zakres zobowiązania podmiotu przyłączanego jest więc na podstawie ww. przepisu także ograniczony koniecznością prac konkretnego przyłącza.

Zakwestionowane postanowienie nakłada zatem na podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci zobowiązanie, które wykracza poza zakres przedmiotowy obowiązków wynikających z art. 7 ust. 12 Prawa energetycznego, co stanowi o uciążliwości tego warunku umowy. Na mocy zakwestionowanego zapisu Przedsiębiorca może wykorzystać nieruchomość podmiotu przyłączanego w celu budowy przyłączy i zmian w sieci oraz wykonania prac, które mają zakres szerszy niż uzasadniony jego przyłączeniem do sieci i mogą być na przykład prowadzone w interesie innych odbiorców.

Nie można również pominąć, że wskazane postanowienie nakłada na kontrahenta Przedsiębiorcy zobowiązanie do nieodpłatnego udostępnienia nieruchomości, a więc pozbawia go jakiegokolwiek ekwiwalentu za znoszenie prac na swojej nieruchomości, co również podkreśla uciążliwy charakter tego zobowiązania.

Argumenty dotyczące uciążliwego charakteru analizowanego warunku umowy odnieść należy także do dalszej treści postanowienia, które zobowiązuje podmiot ubiegający się o przyłączenie do sieci do nieodpłatnego udostępnienia nieruchomości w przypadkach niezbędnych dla ENEA Operator Sp. z o.o. Ta część postanowienia nawiązuje do art. 124 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami.

Przed wszystkim wyjaśnić należy, że art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami ma charakter wyjątkowy, stanowi bowiem ingerencję w prawa podmiotowe przysługujące do nieruchomości (por. np. A. Łukaszewska- komentarz do art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, LexPolonica). Jest również uważany za jedną z form wywłaszczenia nieruchomości.

Przepis ten stanowi podstawę do ograniczenia przez starostę wykonującego zadanie z zakresu administracji rządowej, w drodze decyzji, sposobu korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na zakładanie na nieruchomości między innymi przewodów i urządzeń służących do przesyłania energii elektrycznej, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z nich, w sytuacji gdy właściciel (użytkownik wieczysty) nieruchomości nie wyraża na to zgody.

Jednym z warunków wydania decyzji przez starostę jest więc brak zgody właściciela (użytkownika wieczystego) nieruchomości na wykonanie wskazanych prac przez przedsiębiorcę, który wystąpił z wnioskiem o ograniczenie własności. Oświadczenie woli w przedmiocie zgody na udostępnienie nieruchomości może być wyrażone w ramach odpowiednich czynności cywilnoprawnych, takich jak na przykład ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego, zawarcie umowy najmu bądź dzierżawy.

W analizowanej sytuacji, Przedsiębiorca już przy zawarciu umowy o przyłączenie do sieci uzyskuje prawo do dysponowania nieruchomością podmiotu przyłączanego w zakresie pozwalającym mu na wykonanie prac, co do których musiałby uzyskać, przy braku zgody tego podmiotu, decyzję administracyjną. Przy tak sformułowanym postanowieniu, o konieczności udostępnienia nieruchomości decyduje wyłącznie Przedsiębiorca, a zobowiązanie kontrahenta nie

jest ograniczone ani co do zakresu ewentualnych prac, ani terminu, w którym Przedsiębiorca mógłby z tego uprawnienia skorzystać.

Odniesienie treści zobowiązania podmiotu przyłączanego do sieci do art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami wskazuje, zdaniem Prezesa Urzędu, że zgoda na wykonanie prac jest skutecznie wyrażona w umowie o przyłączenie do sieci i zastępuje konieczność przeprowadzenia rokowań a w przypadku ich negatywnego wyniku- wystąpienia przez Przedsiębiorcę o wydanie decyzji przez właściwego starostę.

Wymaga również podkreślenia, że Przedsiębiorca unika w ten sposób obowiązku ewentualnego odszkodowania za poniesione przez kontrahenta szkody, które zgodnie z art. 124 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami byłby zobowiązany zapłacić, gdyby doszło do wydania decyzji przez starostę a przywrócenie nieruchomości do stanu poprzedniego niezwłocznie po wykonaniu prac nie było możliwe albo powodowało nadmierne trudności czy koszty.

W ocenie Prezesa Urzędu, wbrew stanowisku Przedsiębiorcy wyrażonemu w toku postępowania wyjaśniającego, na podstawie zakwestionowanego postanowienia Przedsiębiorca uzyskuje prawo do nieodpłatnego dysponowania nieruchomością na cele budowlane, o którym mowa w art. 3 pkt 11 ustawy z dnia 7 lipca 1994r. Prawo budowlane (t.j. Dz.U. z 2006r., nr 156, poz. 1118 ze zm.).

Argumentację taką potwierdza, zdaniem Prezesa Urzędu, odniesienie zobowiązania podmiotu przyłączanego do art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Konieczne jest w tym miejscu zwrócenie uwagi, że decyzja starosty wydana na podstawie art. 124 ww. ustawy wskazuje prawo przedsiębiorstwa energetycznego do dysponowania nieruchomością na cele budowlane, o którym mowa w art. 3 pkt 11 Prawa budowlanego. Stanowisko takie zajął między innymi Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 lipca 2002r. sygn. akt II SA./Ka 1577/2000.

Dysponując zatem oświadczeniem podmiotu przyłączanego, którego zgodę zastępuje przecież decyzja starosty wydana w trybie art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, a które zawarte jest w umowie o przyłączenie do sieci, Przedsiębiorca uzyskuje prawo do dysponowania jego nieruchomością na cele budowlane. Przedsiębiorca ma tym samym nie tylko podstawę do dokonania, w trybie przepisów Prawa budowlanego, zgłoszenia konkretnego przyłączenia, ale także wystąpienia o pozwolenie na budowę w celu budowy i rozbudowy sieci.

W ocenie Prezesa Urzędu, prawidłowe wykonanie umowy o przyłączenie do sieci nie wymaga uzyskania przez Przedsiębiorcę prawa do nieruchomości w zakresie szerszym niż wynika to z art. 7 ust. 12 Prawa energetycznego. Ocena ta jest zbieżna ze stanowiskiem wyrażonym przez Sąd Okręgowy w Warszawie- Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 22 lutego 2007r. sygn. akt XVII Ama 31/06, w uzasadnieniu którego stwierdzono między innymi, że przedsiębiorstwo energetyczne ma zagwarantowany dostęp do nieruchomości na podstawie art. 7 ust. 12 Prawa energetycznego, a dla prawidłowego wykonania umowy o przyłączenie do sieci nie jest konieczne uzyskanie uprawnienia do nieruchomości w zakresie szerszym.

Zakwestionowane postanowienie, co wymaga podkreślenia, obciążając kontrahentów Przedsiębiorcy obiektywnie uciążliwym warunkiem umowy, przynosi jednocześnie Przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści. Pozwala bowiem na uzyskanie nieodpłatnie dostępu do cudzej nieruchomości w zakresie znacznie szerszym niż wynikający z konieczności zrealizowania konkretnego przyłączenia. Przedsiębiorca mając zapewniony dostęp do nieruchomości może prowadzić na niej inwestycje i dowolną w zasadzie budowę i rozbudowę sieci, w tym na potrzeby innych odbiorców, bez uwzględnienia interesów podmiotu zobowiązanego.

W konsekwencji, w opisanej sytuacji zakwestionowane postanowienie pozwala na uniknięcie obowiązku zapłaty wynagrodzenia za korzystanie z cudzej nieruchomości a nawet odszkodowania, w przypadku określonym w art. 124 ust. 4 ustawy o gospodarce nieruchomościami. Pozwala ponadto Przedsiębiorcy uniknąć procedury administracyjnej

zmierzającej do wydania decyzji w trybie art. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, w przypadku braku zgody właściciela nieruchomości (użytkownika wieczystego). Nieuzasadniona korzyść, a więc nie znajdująca podstaw w obowiązujących przepisach prawa, związana jest zatem ze znacznym uproszczeniem działalności Przedsiębiorcy w przeszłości i obniżeniem jej kosztów.

W ocenie Prezesa Urzędu, powyższe okoliczności uprawdopodobniają na obecnym etapie postępowania antymonopolowego naruszenie przez Przedsiębiorcę zakazu nadużywania pozycji dominującej, określonego w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zaistniała zatem pierwsza przesłanka uzasadniająca wydanie decyzji w trybie art. 12 ww. ustawy.

Kolejnym elementem wymagającym stwierdzenia, jest zgodnie z powołanym przepisem ustalenie, czy działania do których podjęcia lub zaniechania zobowiązał się Przedsiębiorca zmierzają do zapobieżenia naruszeniom zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy.

Przedsiębiorca w piśmie z dnia 28 stycznia 2008r. zobowiązał się do wyeliminowania z umów zawartych wcześniej i pozostających nadal w obrocie prawnym zakwestionowanego postanowienia poprzez zaproponowanie kontrahentom podpisanie stosownych aneksów, jak również nie zamieszczania tego postanowienia w przyszłości. Zadeklarował tym samym dostosowanie wzorców umów o przyłączenie do sieci oraz umów pozostających nadal w obrocie prawnym do obowiązujących przepisów prawa. W miejsce zakwestionowanego, Przedsiębiorca zaproponował wprowadzenie nowego postanowienia, którego treść uwzględnia, w ocenie Prezesa Urzędu, obowiązujące przepisy, w szczególności ustawy z dnia 10 kwietnia 1997r. Prawo energetyczne i nie wykracza poza zakres przedmiotowy umowy o przyłączenie do sieci elektroenergetycznej. Postanowienie to może zostać wprowadzone do umów o przyłączenie do sieci.

W ocenie Prezesa Urzędu działania, do których zobowiązał się Przedsiębiorca zmierzają bezpośrednio do zapobieżenia naruszeniu zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Dotyczą umów o przyłączenie do sieci, które zawierane będą w przyszłości przez Przedsiębiorcę jak i funkcjonujących nadal w obrocie prawnym, które zawarte zostały przed wydzieleniem Przedsiębiorcy przez ENEA S.A. oraz po jego wydzieleniu jako Operatora Systemu Dystrybucyjnego.

Podjęte przez Przedsiębiorcę zobowiązania prowadzą do zaniechania stosowania zarzuconej mu praktyki ograniczającej konkurencję i gwarantują, że praktyka ta nie będzie stosowana w przyszłości.

W świetle powyższego, w ocenie Prezesa Urzędu uzasadnione jest przyjęcie zobowiązania Przedsiębiorcy i odstąpienie od dalszego prowadzenia postępowania antymonopolowego.

Na podstawie art. 12 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu wyznaczył Przedsiębiorcy termin 9 miesięcy, licząc od dnia doręczenia niniejszej decyzji, do wprowadzenia aneksów do zawartych i nadal obowiązujących umów o przyłączenie do sieci, na mocy których zakwestionowane postanowienie zostanie wyeliminowane.

W odniesieniu do umów zawierających zakwestionowane postanowienie, których projekty zostaną przekazane kontrahentom, podpisane przez nich i odesłane do Przedsiębiorcy przed dniem uprawomocnienia się przedmiotowej decyzji, Prezes Urzędu wyznaczył termin 1 miesiąca na wprowadzenie ww. aneksów, licząc od dnia doręczenia niniejszej decyzji. Zdaniem Prezesa Urzędu termin ten pozwoli Przedsiębiorcy na bieżąco eliminować zakwestionowaną klauzulę z zawartych umów o przyłączenie do sieci.

W ocenie Prezesa Urzędu wyznaczone terminy stwarzają Przedsiębiorcy realne możliwości wywiązania się z nałożonego zobowiązania.

Prezes Urzędu uwzględnił również deklaracje Przedsiębiorcy dotyczące odstąpienia od stosowania zakwestionowanego postanowienia w umowach o przyłączenie do sieci zawieranych w przyszłości uznając, że zobowiązanie to jako uzupełniające zobowiązania odnoszące się do umów pozostających w obrocie prawnym, pozwoli w pełni na przywrócenie konkurencji na lokalnym rynku dystrybucji energii elektrycznej.

W oparciu o art. 12 ust. 3 ustawy Prezes Urzędu zobowiązał Przedsiębiorcę do przekazania, w terminie 10 miesięcy od dnia uprawomocnienia się niniejszej decyzji, informacji o realizacji zobowiązania nałożonego w punkcie I decyzji i przedłożenia dowodów potwierdzających okoliczność przesłania aneksów do wszystkich kontrahentów.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Stosownie do treści art. 81 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w związku z art. 479²⁸ § 2 k.p.c. - od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie- Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w terminie dwóch tygodni od dnia jej doręczenia, za pośrednictwem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów- Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Poznaniu.

Z upoważnienia
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
Dyrektor Delegatury w Poznaniu
Jarosław Krüger

Otrzymuje:

Pan Jerzy Baehr
Pan Rafał Przystański- *pełnomocnicy ENEA Operator Sp. z o.o.*
Wierciński, Kwieciński, Baehr Spółka Komandytowa
ul. Paderewskiego 7
61-770 Poznań