

Sygn. akt VI ACa 552/11

## WYROK

*W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLKIEJ*

*Dnia 17 listopada 2011 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący - SSA Zofia Markowska*

*SSA Lidia Sularzycka (spr.)*

*SSO (del.) Małgorzata Borkowska*

*Protokolant: sekr. sąd. Edyta Kaczmarek-Kępińska*

*po rozpoznaniu w dniu 17 listopada 2011 r. w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o.*

*w D.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*o ochronę konkurencji*

*na skutek apelacji powódki od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 25 listopada 2010 r. sygn. akt XVII AmA 119/09*

**I. oddala apelację;**

**II. zasądza od Przedsiębiorstwa (...) Sp. z o.o. w D. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270,00 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu za drugą instancję.**

Sygn. akt VI ACa 552/11

## UZASADNIENIE

**Decyzją** Nr (...) z dnia 17.02.2009 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

I. na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z dnia 16.02.2007 r. (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm.)

1. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k, praktykę polegającą na nadużywaniu przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z/s w D. pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi w przypadku zaboru wodomierza głównego lub wykazania, że uszkodzenia wodomierza głównego lub urządzenia pomiarowego zawinione

zostały przez odbiorcę, ilość pobranej wody może być ustalona na podstawie ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza, i nakazał zaniechanie jej stosowania;

2. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k., praktykę polegającą na nadużywaniu przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z/s w D. pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi w przypadku dokonania przez usługobiorcę, bez uzgodnienia z usługodawcą zmian w instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej oraz zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń usługodawcy - usługodawca ma prawo do ustalenia wysokości opłat za pobraną wodę na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza i nakazał zaniechanie jej stosowania;

3. uznał za ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k., praktykę polegającą na nadużywaniu przez Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z/s w D. pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi ilość odprowadzonych ścieków ustala się jako równą ilości wody pobranej, pomniejszonej o ilość wody bezpowrotnie zużytej przeznaczonej do podlewania zieleni w okresie od 15 kwietnia do 15 września roku kalendarzowego, zaś w pozostałym okresie - jako równą ilości pobranej wody, i nakazał zaniechanie jej stosowania;

II. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. nałożył na Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z/s w D. karę pieniężną w wysokości 8.505,00 zł z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k., w zakresie opisanym w pkt 1.1. i 1.2. sentencji decyzji;

III. na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. nałożył na Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z/s w D. karę pieniężną w wysokości 16.080,00 zł z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k., w zakresie opisanym w pkt 1.3. sentencji decyzji;

IV. na podstawie art. 77 ust. 1 w zw. z art. 80 u.o.k.k. obciążył Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. z/s w D. kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego i zobowiązał w/w przedsiębiorcę do zwrotu na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwoty 64,00 zł.

Prezes UOKiK ustalił, że (...) Sp. z o.o. prowadzi działalność w zakresie dostarczania wody i odbioru ścieków na terenie Gminy D., posiada zatem status przedsiębiorstwa wodociągowo - kanalizacyjnego w rozumieniu art. 2 pkt 4 ustawy z dnia 07.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858 ze zm.). Stosownie do art. 6 ust. 1 w/w ustawy, Spółka zawiera z odbiorcami usług pisemne umowy, na podstawie których odbywa się dostawa wody i odbiór ścieków. Zawierając powyższe umowy Spółka posługuje się wzorcami umownymi. W okresie od dnia 14.07.2006 r. do dnia 05.03.2008 r. Spółka posługiwała się w obrocie gospodarczym określonymi ośmioma wzorcami umów o zaopatrzenie w wodę i/lub odprowadzanie ścieków, w treści których zawarte są kwestionowane postanowienia umowne.

Stosownie do wyjaśnień Spółki pod pojęciem użytego w omawianych postanowieniach „zmian w instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń Usługodawcy” należy rozumieć: np. przeniesienie bez zgody przedsiębiorstwa wodomierza głównego ze studni do budynku, wykonanie włączenia do przyłącza przed wodomierzem głównym, wykonanie we własnym zakresie - bez zgody (...) Sp. z o.o. - włączenia do sieci kanalizacyjnej odwodnienia posesji. Zaś pod pojęciem „zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń Usługodawcy” należy natomiast rozumieć np. zainstalowanie na instalacji wewnętrznej urządzeń wymuszających podwyższone ciśnienie wody, co

może spowodować spadek ciśnienia w sieci, a tym samym brak możliwości dostarczenia wody do innych odbiorców pod właściwym ciśnieniem.

Zgodnie też z wyjaśnieniami Spółki przepływ na przyłączy wodociągowym zależy od dwóch czynników: średnicy przyłącza (20 - 50 mm) i ciśnienia w sieci wodociągowej (2-6 barów). Przedstawiając szczegółowe wyliczenia, podała ona, że miesięczna kwota brutto do zapłaty za usługę wyniosłaby minimalnie 7.434,00 zł, maksymalnie 98.064,00 zł.

Odnośnie zapisu dotyczącego odliczeń wody bezpowrotnie zużytej Spółka wyjaśniła, iż umowa zostaje rozszerzona o przedmiotowy zapis w przypadku zgłoszenia przez klienta wniosku o montaż dodatkowego wodomierza do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej. Podała ona, że o zgodę na montaż wodomierza dodatkowego może ubiegać się każdy usługobiorca odprowadzający ścieki do urządzeń kanalizacyjnych, i że usługobiorca, po odpowiednim uzasadnieniu wniosku, może liczyć na zwolnienie z opłat za kanalizację (zgodnie ze wskazaniem wodomierza dodatkowego na podlewanie ogrodu) przez cały rok. Od dnia 01.04.2007 r. Spółka zaprzestała posługiwanie się w treści umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków postanowieniem przewidującym możliwość odliczenia od ilości ścieków wody bezpowrotnie zużytej na cele podlewania zieleni jedynie w okresie od 15 kwietnia do 15 września w ciągu roku. Z wyjaśnień Spółki wynika, iż według stanu na kwiecień 2008 r. spośród 530 wodomierzy podliczników zainstalowanych do celów mierzenia wody bezpowrotnie zużytej w przypadku 9 odbiorców posiadających taki wodomierz dopuszczono możliwość całorocznego rozliczania odprowadzonego ścieków z uwzględnieniem wody bezpowrotnie zużytej. Z przedstawionych dokumentów dotyczących w/w przypadków wynika, sytuacja taka dotyczy 1 odbiorcy, który zużywa wodę na cele podlewania ogrodu. Pozostałe sytuacje odnoszą się zaś do bezpowrotnego zużycia wody na cele technologiczne.

W dniu 05.03.2008 r. Spółka wycofała z obrotu wzorce umowne, którymi posługiwało się od dnia 14.07.2006 r. W zmienionych wzorcach umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków i o zaopatrzenie w wodę pozostawiono możliwość obciążenia odbiorcy należnością za wodę, jaka mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego w okresie od dnia ostatniego odczytu wodomierza. Spółka wskazała, iż ogólna liczba umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, jakie posiada ona z odbiorcami usług, wynosi 12.601, z czego 90% to umowy zawarte w obrocie z konsumentami. Według stanu na marzec 2008 r. z wykorzystaniem wzorców umów stosowanych w obrocie w okresie od dnia 14.07.2006 r. do dnia 05.03.2008 r. Spółka posiadała zawartych 1.405 umów. W oparciu o wzorce stosowane od dnia 05.03.2008 r. sporządzono i przesłano klientom do akceptacji 20 umów.

Prezes UOKiK stwierdził naruszenie przez Spółkę interesu publicznoprawnego; zarzucił nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym w drodze narzucania odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących w/w przedsiębiorcy nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków poprzez posługiwanie się w ich treści przedmiotowymi postanowieniami. Powyższe stanowi o naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k.

Prezes UOKiK wskazał, że rodzaj prowadzonej przez Spółkę działalności oraz jej zasięg geograficzny wyznaczają w niniejszej sprawie wymiar produktowy i terytorialny rynku właściwego, o którym mowa w art. 4 pkt 8 u.o.k.k. W okolicznościach przedmiotowej sprawy towarem oferowanym przez (...) Sp. z o.o. są usługi dostarczania wody i odprowadzania ścieków. Z uwagi na technologię dostarczania wody (za pomocą sieci wodociągowej) i odprowadzania ścieków (siecią kanalizacyjną) rynek w aspekcie geograficznym wyznaczany jest przez zasięg sieci wodociągowej i kanalizacyjnej eksploatowanej przez Spółkę na terenie gminy D.. Rynkiem właściwym jest zatem rynek zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków obejmujący obszar gminy D.. (...) Sp.z o.o. na tak zdefiniowanym rynku właściwym jest monopolistą naturalnym, co wynika z sieciowego charakteru urządzeń służących do dostarczania wody i odprowadzania ścieków i posiada pozycję dominującą (pozycję monopolistyczną).

Narzucanie warunków umów ma miejsce wtedy, gdy przedsiębiorca eksploatując zajmowaną na rynku pozycję dominującą i sytuację przymusową kontrahentów wynikającą z braku rzeczywistych alternatyw na rynku, wymusza na nich określone zachowania.

Przy zawieraniu umów o zaopatrzenie wodę i odprowadzanie ścieków przedsiębiorca posługuje się jednostronnie opracowanymi wzorcami umownymi, które przedstawiane są do podpisu odbiorcom usług. Swoboda odbiorcy usług wodociągowych i kanalizacyjnych w zakresie kształtowania warunków umownych jest więc ograniczona do minimum, a zawarcie umowy następuje poprzez przystąpienie do warunków, które autorytatywnie ustala dostawca usług w formularzu wzorców. Stanowi to o adhezyjnej naturze tych umów, a jednocześnie o istocie narzucania warunków umownych w przedmiotowej sprawie.

W zakwestionowanych postanowieniach umownych Spółka arbitralnie uregulowała zasady ustalania zryczałtowanej ilości wody będącej podstawą rozliczenia w wypadku zaistnienia opisanych powyżej sytuacji. Jednocześnie określono tę ilość na maksymalnym możliwym poziomie, w oderwaniu od faktycznego zużycia wody i wysokości rzeczywiście poniesionej przez dostawcę szkody będącej skutkiem niedotrzymania warunków umowy przez usługobiorcę. Zdaniem organu antymonopolowego świadczy to o uciążliwości analizowanych warunków umów. Istotą tej uciążliwości jest możliwość pobierania rażąco wygórowanej zryczałtowanej należności za pobraną wodę, która nie uwzględnia praktyki rynkowej oraz realnej wartości możliwej do wystąpienia szkody będącej efektem naruszenia warunków umowy przez odbiorcę.

Analizując uciążliwość spornych postanowień Prezes UOKiK wskazał też, iż niezależnie od powyższego Spółka w przypadku zaistnienia zdarzeń, o jakich mowa w zakwestionowanych zapisach, może dochodzić od odbiorcy usług odszkodowania na zasadach ogólnych wynikających z kodeksu cywilnego, w oparciu o zasady odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez sprawcę z własnej winy bądź odpowiedzialności za szkodę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 415 kc bądź art. 471 kc).

Posługując się rozpatrywanymi postanowieniami umownymi Spółka zwalnia się z obowiązku wykazywania szkody, co stawia ją w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do kontrahentów - odbiorców usług, co do których domniemanie, że zagospodarowali wodę w ilości wskazanej w umowie jest z racjonalnego punktu widzenia wysoce nieprawdopodobne.

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. Sama możliwość wystąpienia skutków praktyki ograniczającej konkurencję nie stanowi przeszkody dla stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k. Dla bytu praktyki ograniczającej konkurencję nie jest 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.

Zdaniem Prezesa UOKiK bez znaczenia pozostają wyjaśnienia (...) Sp. z o.o., iż na podstawie umowy Spółka dopuszczała jedynie ewentualność, iż obciąży kontrahenta należnością według pełnego przekroju rury, nie zastrzegając jednocześnie, iż skorzysta z tego typu wyliczenia. Jak już wskazano, samo zagwarantowanie sobie w treści umowy możliwości uzyskiwania nieuzasadnionych korzyści świadczy o spełnieniu przesłanki z art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k.

Pozwany stwierdził też nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym, polegające na narzucaniu odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów, w konsekwencji stwierdził naruszenie art. 9 ust. pkt 6 u.o.k.k. odnośnie warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków zawieranych z odbiorcami posiadającymi dodatkowy wodomierz do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej na cele podlewania ogrodu.

Ustalono, iż już na etapie składania podania o montaż dodatkowego wodomierza do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej na cele podlewania ogrodu odbiorca otrzymywał kategorię i stanowczą informację (zamieszczoną na formularzu ww. podania opracowanym jednostronnie przez (...) Sp. z o.o.) o treści: UWAGA: Upust z tytułu podlewania zieleni ma zastosowanie w okresie od 15 kwietnia do 15 września roku kalendarzowego. Taka forma poinformowania wskazuje, że Spółka traktowała swoje stanowisko w przedmiotowej kwestii jako ostateczne i niepodlegające negocjacji, nie była to więc propozycja. Z wyjaśnień Spółki wynika, iż spośród 530 umów zawartych

z odbiorcami posiadającymi wodomierz dodatkowy do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej 528 umów dotyczy odbiorców, którzy zużywają wodę na cele podlewania zieleni. Spośród tych umów tylko w 1 przypadku dopuszczono - na wyraźny wniosek odbiorcy usług (załatwiony pozytywnie dopiero za drugim razem) – możliwość całorocznego uwzględniania w ilości odprowadzanych ścieków wody bezpowrotnie zużytej. Zawierane przez Spółkę umowy należy ocenić zatem jako umowy adhezyjne, których zawarcie następuje poprzez przystąpienie kontrahenta do warunków ustalonych arbitralnie przez monopolistę. Swoboda odbiorcy usług wodociągowych i kanalizacyjnych w zakresie kształtowania warunków umownych jest tutaj ograniczona do minimum.

Uciążliwość w/w warunku umownego Prezes UOKiK zważył w kontekście obowiązujących przepisów prawa regulującego sposób prowadzenia rozliczeń z tytułu odprowadzanych ścieków w przypadku, gdy odbiorca posiada zamontowany dodatkowy wodomierz do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej. I tak, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków, rozliczenia za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków są prowadzone przez przedsiębiorstwa wodociągowo - kanalizacyjne z odbiorcami usług na podstawie określonych w taryfach cen i stawek opłat oraz ilości dostarczonej wody i odprowadzonych ścieków. Ilość odprowadzonych ścieków ustala się natomiast - stosownie do art. 27 ust. 4 i 5 w/w ustawy - na podstawie wskazań urządzeń pomiarowych, a w razie jego braku - na podstawie umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzenie ścieków, o której mowa w art. 6 ust. 1 tejże ustawy, jako równą ilości wody pobranej lub określonej w umowie. W myśl art. 27 ust. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, w rozliczeniach ilości odprowadzonych ścieków ilość bezpowrotnie zużytej wody uwzględnia się wyłącznie w przypadkach, gdy wielkość jej zużycia na ten cel ustalona jest na podstawie dodatkowego wodomierza zainstalowanego na koszt odbiorcy usług. Przepis ten przewiduje zatem możliwość pomniejszenia ilości pobranej wody będącej podstawą do ustalenia ilości odprowadzonych ścieków o ilość wody bezpowrotnie zużytej zmierzonej przez dodatkowy wodomierz, która nie jest odprowadzana do sieci kanalizacyjnej.

Zasady prowadzenia rozliczeń z uwzględnieniem wody bezpowrotnie zużytej uszczegóławiają przepisy rozporządzenia Ministra Budownictwa z dnia 28.06.2006 r. w sprawie okres taryf, wzoru wniosku o zatwierdzenie taryf oraz warunków rozliczeń za zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzanie ścieków (Dz.U. Nr 127, poz. 886). § 16 ust. 4 tego rozporządzenia stanowi, iż w zależności od wyposażenia budynków w urządzenia pomiarowe i wodomierz pomiaru wody bezpowrotnie zużytej, ilość odprowadzonych ścieków ustala się na podstawie wskazań urządzenia pomiarowego, a w przypadku jego braku – jako równą ilości wody pobranej lub ilości wody pobranej pomniejszonej o ilość wody bezpowrotnie zużytej, określonej zgodnie z art. 27 ust. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę.

Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że w przypadku zamontowania wodomierza do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej, ilość odprowadzonych ścieków ustalana jest jako równa poborowi wody pomniejszonemu o wskazania tego wodomierza. Ani ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, ani rozporządzenie wykonawcze do tej ustawy w sprawie określania taryf nie przewidują w tym zakresie żadnych ograniczeń czasowych. W przypadku odbiorców, którzy na własny koszt dokonali montażu dodatkowego wodomierza, brak jest podstaw prawnych, aby ograniczona została w czasie możliwość prowadzenia rozliczeń z tytułu odprowadzonych ścieków z uwzględnieniem wody bezpowrotnie zużytej. Z tego względu zakwestionowany warunek należy uznać za uciążliwy.

Trzeci z analizowanych zapisów umownych dotyczy wody dostarczanej bezpowrotnie na podlewanie ogrodu. Zdaniem Prezesa UOKiK nie można przyjąć, iż konieczność podlewania roślin w ogrodzie przydomowym odbywa się tylko w w/ w okresie i ogranicza się do 5 miesięcy w ciągu roku i że stwierdzić zatem należy, że faktyczne podstawy do odliczania z ilości ścieków wody bezpowrotnie zużytej wykorzystywanej na cele podlewania ogrodu i przydomowych upraw rolniczych występują z różnym nasileniem przez cały rok. Niczym nieusprawiedliwione jest ograniczenie uprawnienia odbiorców do uwzględniania w ilości ścieków wody bezpowrotnie zużytej na cele podlewania ogrodu jedynie do okresu 5 miesięcy w roku.

Zdaniem organu antymonopolowego nie zasługuje na uwzględnienie powoływanie się (...) Sp. z o.o. na przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 14.01.2002 r. w sprawie określenia przeciętnych norm zużycia wody (Dz.U. Nr 8, poz. 20), jako uzasadniającego dopuszczalność przyjęcia w treści umów analogicznego

ograniczenia czasowego dla możliwości uwzględnienia w ilości odprowadzonych ścieków wody bezpowrotnie zużytej opomiarowanej dodatkowym wodomierzem. Rozporządzenie to dotyczy bowiem całkowicie odmiennej sytuacji faktycznej -jego przepisy stosowane są wówczas, gdy odbiorca usług nie posiada ani wodomierza głównego, ani wodomierza dodatkowego do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej. Wówczas zachodzi konieczność przyjęcia określonych ryczałtowych wartości będących podstawą rozliczenia, które nie do końca odpowiadać muszą faktycznej ilości dostarczonych usług. W sytuacji jednak, gdy odbiorca wyposażony jest zarówno w wodomierz główny, jak i w zainstalowany na jego koszt wodomierz do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej, to brak jest podstaw do stosowania przepisów rozporządzenia w sprawie przeciętnych norm zużycia wody bądź posiłkowania się tymi przepisami. W takiej sytuacji wzajemne rozliczenia między odbiorcą a przedsiębiorstwem wodociągowo -kanalizacyjnym powinny być prowadzone wyłącznie z zastosowaniem przepisów ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i rozporządzenia w sprawie określania taryf, które nie przewidują żadnych ograniczeń czasowych, jeżeli chodzi o możliwość prowadzenia rozliczeń z tytułu odprowadzonych ścieków z uwzględnieniem ilości wody bezpowrotnie zużytej.

Postanowienie umowne przewidujące możliwość odliczenia od ilości odprowadzonych ścieków, będących podstawą rozliczenia, wody bezpowrotnie zużytej na cele podlewania ogrodu wyłącznie w okresie od 15 kwietnia do 15 września każdego roku ma dla odbiorców jednoznacznie uciążliwy charakter i przynosi spółce nieuzasadnione korzyści, które wynikają z faktu, iż usługobiorcy, którzy posiadają dodatkowy wodomierz do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej przeznaczonej do podlewania ogrodu, w okresie od 16 września danego roku do 14 kwietnia roku następnego obciążani są opłatą za odprowadzone ścieki w ilości odpowiadającej całości pobranej wody, w tym również wody bezpowrotnie zużytej, która nie została wprowadzona do urządzeń kanalizacyjnych przedsiębiorcy. Te nieuzasadnione korzyści odpowiadają iloczynowi ilości metrów sześciennych wody bezpowrotnie zużytej pobranej w okresie od dnia 16 września do dnia 14 kwietnia oraz ceny za metr sześcienny odprowadzonych ścieków.

Zdaniem organu antymonopolowego w okolicznościach sprawy odnoszących się do rozpatrywanego zarzutu nie zaistniały podstawy do uznania, że Spółka zaprzestała stosowania na rynku stwierdzonej w pkt 1.3. niniejszej decyzji praktyki ograniczającej konkurencję.

Prezes UOKiK nałożył karę pieniężną zgodnie z art. 106 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. wobec naruszenia zakazu określonego w art. 9 ust. 1 i 2 w/w ustawy. (...) Sp. z o.o. w 2008 r. osiągnęła przychód w wysokości 44.297.000,00 zł; 10% tej kwoty, a więc maksymalna kara, jaka może zostać nałożona na przedsiębiorcę, wynosi 4.429.700,00 zł. Wysokość kary pieniężnej z tytułu naruszeń wskazanych w pkt 1.1. i 1.2. niniejszej decyzji ustalono na kwotę 8.505,00 zł; jest ona adekwatna do stopnia naruszenia przepisów w/w ustawy i współmierna do możliwości finansowych Spółki. Organ antymonopolowy uznał, że orzeczona kara powinna pełnić funkcję dyscyplinującą i prewencyjną tak, aby zapobiec w przyszłości stosowaniu podobnych naruszeń oraz, aby doprowadzić do pełnego wyeliminowania z obrotu stwierdzonych praktyk ograniczających konkurencję. Niniejsza kara powinna pełnić również funkcję edukacyjną i wychowawczą a także podkreślać naganność zakwestionowanych w niniejszym postępowaniu zachowań przedsiębiorcy.

Z tytułu naruszenia stwierdzonego w pkt 1.3. niniejszej wymierzono natomiast karę w wysokości 16.080,00 zł z tj. ok. 0,036% przychodu powódki.

Zaskarżając decyzję Prezesa UOKiK powódka Przedsiębiorstwo (...) Sp. z o.o. **w odwołaniu** zarzuciła

-naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez uznanie za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na nadużywaniu przez powódkę pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi w przypadku zaboru wodomierza głównego lub wykazania, że uszkodzenia wodomierza głównego lub urządzenia pomiarowego zawinione zostały przez odbiorcę, ilość pobranej wody może być ustalona na podstawie ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza oraz nakazanie zaniechania tej praktyki,

-naruszenie art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k. ustawy poprzez uznanie za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na nadużywaniu przez powódkę pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi w przypadku dokonania przez usługobiorcę, bez uzgodnienia z usługodawcą, zmian w instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej oraz zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń usługodawcy - usługodawca ma prawo do ustalenia wysokości opłat za pobraną wodę na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza oraz nakazanie zaniechania tej praktyki;

-naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. poprzez uznanie za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na nadużywaniu przez powódkę pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi ilość odprowadzanych ścieków ustala się jako równą ilości wody pobranej pomniejszonej o ilość wody bezpowrotnie zużytej przeznaczonej do podlewania zieleni w okresie od 15 kwietnia do 15 września roku kalendarzowego, zaś w pozostałym okresie - jako równą ilości pobranej wody oraz nakazanie zaniechania tej praktyki;

-naruszenie art. 5 ust. 1 i ust. 2 u.o.k.k. poprzez jego nieuwzględnienie przy dokonywaniu oceny postanowień umownych stosowanych przez powódkę, w tym zwłaszcza pominięciu obowiązków, jakie ciąży na przedsiębiorcy wodociągowo -kanalizacyjnym.

W oparciu o powyższe zarzuty powódka wniosła o uwzględnienie odwołania oraz zmianę zaskarżonej decyzji w całości i stwierdzenie, że powódka nie stosuje praktyk ograniczających konkurencję, w tym o uchylenie nałożonych kar pieniężnych.

Powódka podniosła, że od dnia 05.03.2008 r. odstąpiła od stosowania przedmiotowych zapisów. Wyjaśniła, że w przypadku zaboru wodomierza głównego woda z przyłącza wylewa się całym przekrojem rury pod ciśnieniem, z którym jest podawana do sieci. W przypadku awarii występującej za wodomierzem głównym -wodomierz stanowi pewną formę zapory ograniczającej wypływ wody zgodnie ze zdolnościami przepustowości wodomierza. Wskazała, że sformułowanie „może być ustalona odpowiednio do ilości jaka mogła przepłynąć”, dopuszcza jedynie taką ewentualność, nie zastrzegając jednocześnie, iż powódka skorzysta z tego typu wyliczenia.

W przypadku zapisu, że dokonana przez usługobiorcę bez uzgodnienia z usługodawcą zmiana w instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej oraz zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń usługodawcy, usługodawca ma prawo do ustalenia wysokości opłat za pobraną wodę na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza, to wprowadzenie tych postanowień podyktowane było dbałością o wysoki standard usług świadczonych przez powódkę. W trakcie działalności przedsiębiorstwa występowały bowiem przypadki dokonywania zamian instalacji wodociągowej w ten sposób, że odbiorca usług podłączał do wodociągu osobne źródło wody - własną studnię i w ten sposób dochodziło do zanieczyszczenia wody dostarczanej przez powódkę. Praktyki takie narażały przedsiębiorstwo wodociągowe na ponoszenie konsekwencji tego typu działań.

Powódka zaznaczyła, że w okresie posługiwania się w/w postanowieniami umownymi nigdy nie korzystała z możliwości obliczania należności w sposób wskazany w przedmiotowym zapisie.

W kwestii rozliczania wody bezpowrotnie zużytej powódka wskazała, że okres od 15 kwietnia do 15 września został zaczerpnięty z rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 14.01.2002 r. w sprawie określenia przeciętnych norm zużycia wody (Dz. U. Nr 8. poz. 70) - tabela 2. Poza tym upust dotyczy tylko wniosków dotyczących udzielenia upustu na podlewanie ogrodu. Innego rodzaju wnioski rozpatrywane są indywidualnie. Przykładem indywidualnego

rozpatrywania tego typu wniosków jest przychylenie się do wniosku (...) Sp. z o. o. i udzielenie jej zgody na montaż wodomierza mierzącego ilość wody bezpowrotnie zużytej na cele technologiczne.

Powódka podniosła, że de facto upust na bezpowrotne zużycie wody jest udzielany przez cały rok, gdyż w przypadku gdy u odbiorcy zostanie wykazane zużycie wody na wodomierzu dokonującym pomiaru wody bezpowrotnie zużytej, to zostaje mu udzielony upust do faktury kwietniowej lub do pierwszej faktury wystawionej po odczycie dokonanym po 15 kwietnia, czyli w praktyce następuje jedynie przesunięcie w czasie udzielania upustu.

Powódka stwierdziła, że posiadanie pozycji dominującej na rynku właściwym nie jest samo w sobie nielegalne, jej zdaniem - w niniejszej sprawie nadużywanie pozycji dominującej nie ma miejsca.

Zdaniem powódki, kwestionowane przez nią klauzule nie stanowią rażąco niesprawiedliwych postanowień, i mogłyby być stosowane również w obrocie pomiędzy podmiotami równorzędnymi w warunkach konkurencji.

Powódka jest przedsiębiorcą prowadzącym specyficzny rodzaj działalności gospodarczej, który co do zasady stanowi zadanie własne gminy (art. 3 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków). Charakter działalności stymuluje powódkę do podejmowania działań mających na celu ochronę zarówno swojego własnego interesu, jak i interesu innych odbiorców. Taki charakter mają postanowienia, które ewentualnie pozwalają naliczyć wysokość opłat za pobraną wodę na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza. Odbiorca, który próbuje ingerować w sieć wodociągowo - kanalizacyjną musi mieć świadomość, że koszt takiego celowego działania może być wysoki. Zdaniem odwołującej się, Prezes UOKiK niemalże pominął fakt, że możliwość naliczenia opłat zawartych w inkryminowanych przepisach dotyczy sytuacji, gdy odbiorca celowo ingeruje w sieć wodociągowo - kanalizacyjną. Dotyczą one bowiem przypadków zaboru wodomierza głównego udowodnionych przez powódkę lub wykazania, że uszkodzenia wodomierza głównego lub urządzenia pomiarowego zawinione zostały przez odbiorcę, oraz dokonania przez usługobiorcę, bez uzgodnienia z usługodawcą, zmian w instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej oraz zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń usługodawcy. Naliczanie tego typu opłat nie jest przewidziane w przypadku niezawinionych działań odbiorców.

Powódka spotkała się już z przypadkami dokonywania zamian instalacji wodociągowej w ten sposób, że odbiorca usług podłączał do wodociągu osobne źródło wody - własną studnię i w ten sposób dochodziło do zanieczyszczenia wody dostarczanej przez powódkę. Woda dostarczana przez powódkę odbiorcom musi spełniać rygorystyczne wymagania (nadzór nad jakością wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi sprawują organy Państwowej Inspekcji Sanitarnej na zasadach określonych w przepisach o Państwowej Inspekcji Sanitarnej), a każde jej zanieczyszczenie mogłoby spowodować obniżenie standardu czystości, a w konsekwencji mogłoby narazić odbiorców nawet na utratę zdrowia czy życia.

Poza tym zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne ma obowiązek zapewnić zdolność posiadanych urządzeń wodociągowych i urządzeń kanalizacyjnych do realizacji dostaw wody w wymaganej ilości i pod odpowiednim ciśnieniem oraz dostaw wody i odprowadzania ścieków w sposób ciągły i niezawodny, a także zapewnić należyłą jakość dostarczanej wody i odprowadzanych ścieków. Zgodnie z ust. 2 tego artykułu pewne obowiązki ciąży również na odbiorcy usług. Stosownie do jego postanowień, jeżeli umowa o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków nie stanowi inaczej, odbiorca usług odpowiada za zapewnienie niezawodnego działania posiadanych instalacji i przyłączy wodociągowych lub instalacji i przyłączy kanalizacyjnych z urządzeniem pomiarowym łącznie. Zacytowany wyżej art. 5 ust. 1 tej ustawy wyraża kilka istotnych zasad zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzania ścieków. Jedną z zasad jest zasada dbałości o jakość wody i odprowadzania ścieków.

Zdaniem powódki obiektywnym uzasadnieniem dla wprowadzenia kwestionowanych postanowień była dbałość o jakość wody (a w dalszej kolejności o życie i zdrowie odbiorców) oraz konieczność wypełnienia ustawowych obowiązków spoczywających na przedsiębiorcy wodociągowo - kanalizacyjnym.

Nie może być na równi traktowane niezawinione uszkodzenie licznika, przez co nie jest możliwe określenie faktycznego zużycia wody/ z celowym działaniem odbiorcy mającym na celu zniszczenie mienia bądź działaniem z partykularnych pobudek indywidualnego odbiorcy.

Powódka zgłosiła zastrzeżenia do twierdzenia Prezesa UOKiK dotyczącego narzucania odbiorcom określonych warunków umów. Podkreśliła ona, że stosowanie wzorców umów w obrocie gospodarczym jest praktyką powszechnie przyjętą, a sankcjonują ją przepisy kodeksu cywilnego (art. 384 - 385<sup>4</sup> kc). Samo więc posługiwanie się wzorcem umowy nie jest objęte sankcją, a wręcz w pewnych przypadkach jest wymagane dla usprawnienia obrotu. Zdaniem powódki, Prezes UOKiK w żaden sposób nie wykazał, że umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków są nienegocjowalne. W toku postępowania powódka przedstawiła wyjaśnienia odnośnie trybu zawierania umów z odbiorcami usług, który uregulowany jest w Zarządzeniu nr (...) Prezesa Zarządu Dyrektora Generalnego Spółki z dnia 14.07.2006 r. w sprawie wprowadzenia procedur i standardów obsługi klienta. Wynika z tej procedury, że odbiorca może składać zastrzeżenia do umowy, które w zależności od rodzaju zastrzeżeń kierowane są do odpowiednich działów powódki. Nie ma przy tym w aktach sprawy żadnego dowodu przeciwnego, że procedura ta jest łamana.

Odnosząc się do twierdzeń Prezesa UOKiK odnoszących się do klauzuli umownej, stosownie do której ilość odprowadzanych ścieków ustala się jako równą ilości wody pobranej pomniejszonej o ilość wody bezpowrotnie zużytej przeznaczonej do podlewania zieleni w okresie od 15 kwietnia do 15 września roku kalendarzowego, zaś w pozostałym okresie - jako równą ilości pobranej wody, powódka - obok dotychczasowych przedstawiła dalsze zarzuty.

Zgodnie z art. 27 ust. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków w rozliczeniach ilości odprowadzonych ścieków ilość bezpowrotnie zużytej wody uwzględnia się wyłącznie w przypadkach, gdy wielkość jej zużycia na ten cel ustalona jest na podstawie dodatkowego wodomierza zainstalowanego na koszt odbiorcy usług, ilość więc bezpowrotnie zużytej wody ustala się na podstawie wskazań wodomierza dodatkowego. Przedsiębiorstwo nie ma możliwości zmiany jego wskazań lub nieuwzględnienia w fakturze wykazanych wielkości zużycia bezpowrotnego wody. Oznacza to, że zużycie wykazane przez wodomierz dodatkowy na podstawie odczytu dokonanego po przerwie zimowej (po 15 kwietnia) jest odliczane od zużycia wodomierza głównego i obniża koszt opłat za ścieki.

Z faktur jednoznacznie wynika, że powódka dokonuje pomniejszenia odprowadzanych ścieków o pomiary dokonane przy pomocy licznika do wody bezpowrotnie zużytej.

Powyższe prowadzi do wniosku, że upust, pomimo sformułowania w umowie, iż odbywa się tylko w okresie od 15 kwietnia do 15 września, de facto dokonywany jest przez cały rok. Różnica polega na chwili dokonywania upustu: w okresie od 15 kwietnia do 15 września dokonywany jest w określonych odstępach czasu (przykładowo co dwa miesiące) wraz z dokonywaniem odczytu licznika, natomiast w okresie od 16 września do 14 kwietnia dokonywany jest jednorazowo. Zdaniem powódki odbiorca korzysta na takim rozwiązaniu, gdyż w okresie od 16 września do 14 kwietnia, gdy zużycie wody bezpowrotnie zużytej jest mniejsze, nie jest pobierana opłata za odczyt licznika do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej, odbiorca więc „zaoszczędza” na opłatach.

Zdaniem powódki Prezes UOKiK znacznie upraszcza fakt, że spośród 528 odbiorców posiadających licznik do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej na cele podlewania ogrodu tylko w jednym przypadku powódka dopuściła możliwość całorocznego odliczania od ilości ścieków wody bezpowrotnie zużytej i wyprowadza z tego twierdzenia mylne wnioski, że takie działanie pozwala twierdzić, że umowy zawierane z odbiorcami są adhezyjne. Prezes UOKiK w żaden sposób nie udowodnił, że pozostałe osoby składały wnioski o całoroczne odliczanie wody bezpowrotnie zużytej i wnioski te były rozpatrywane negatywnie, a tylko jednej osobie „udało” się wynegocjować korzystne dla niej postanowienie. Jeżeli odbiorca zwróciłby się z takim wnioskiem (o całoroczny upust) to wniosek ten byłby starannie rozpatrzony przez powódkę.

**W odpowiedzi na odwołanie** pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o jego oddalenie. Odwołał się do ugruntowanego orzecznictwa SOKiK i Sądu Apelacyjnego, które wielokrotnie wypowiedziałą

się odnośnie kwestionowanych, a analogicznych jak w pkt 1.1. i 1.2. zaskarżonej decyzji postanowień umownych, stwierdzały, iż posługiwanie się takimi warunkami umownymi stanowi nadużycie pozycji dominującej (np. wyrok SOKiK z dnia 10.07.2007 r. sygn. akt XVII AmA 72/06, wyrok SOKiK z dnia 06.04.2009 r. sygn. akt XVII AmA 37/08, wyrok SA z dnia 28.11.2007 r. sygn. akt VI ACa 939/07, wyrok SA z dnia 05.11.2008 r. sygn. akt VI ACa 525/08). Odpierając poszczególne zarzuty odwołania powódki powołał się na ustalenia poczynione w postępowaniu administracyjnym, a następnie zawarte w zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK; także przytoczył zawartą w tej decyzji argumentację i ocenę własną przedmiotowych postanowień, prowadzącą do wniosków zamieszczonych w sentencji decyzji z dnia 17.02.2009 r.

Pozwany podtrzymał twierdzenie, iż postanowienia umowne zakwestionowane w pkt 1.1. i 1.2. decyzji przewidują możliwość obciążenia odbiorcy usług rażąco wygórowaną należnością za pobraną wodę (co jest istotą ich uciążliwości i źródłem nieuzasadnionych korzyści po stronie powódki).

Pozwany wskazał na szereg określonych instrumentów, którymi powódka dysponuje bez potrzeby uciekać się do działań stanowiących nadużycie zajmowanej na rynku pozycji.

Pozwany podtrzymał twierdzenie, iż w niniejszej sprawie ma miejsce narzucanie warunków umów kontrahentom; treść umowy, do której przychylają się usługobiorcy jest arbitralnie ustalana przez dostawcę usług we wzorcu umownym i zasadą jest, iż nie jest przedmiotem negocjacji. Swoboda odbiorcy usług w zakresie kształtowania warunków umowy jest ograniczona do minimum.

Pozwany jest zdania, iż narzucanie nie jest samo w sobie zabronione, pod warunkiem, że narzucaniu nie podlegają warunki umowy o uciążliwym charakterze. Nie dopuszczalna jest zatem sytuacja, gdy kontrahent, postawiony wobec braku możliwości wyboru alternatywnego dostawcy usług, zmuszony jest zaakceptować ustalone przez monopolistę warunki, które mają nieuczciwy charakter i mogą być źródłem nieuzasadnionych korzyści po jego stronie.

Odnośnie praktyki stwierdzonej w pkt 1.3. zaskarżonej decyzji, zdaniem pozwanego nie może budzić wątpliwości, iż treść postanowień oznacza, iż w okresie jesienno - zimowym (od 16 września do 14 kwietnia) odbiorca nie ma prawa do odliczeń od ilości ścieków z tytułu bezpowrotnie żutej wody. Pozwany podtrzymał twierdzenie, iż w/w klauzula jest uciążliwa i przynosi powódce nieuzasadnione korzyści.

Pozwany podkreślił, iż do stwierdzenia naruszenia art. 9 ust.2 pkt 6 ustawy antymonopolowej nie jest konieczne, aby skutki określonych działań faktycznie wystąpiły na rynku, tj. aby dominant uzyskał z tytułu posługiwania się w obrocie określonymi postanowieniami faktyczne nieuzasadnione korzyści. Wystarczy, że korzyści te mają charakter hipotetyczny, potencjalny, a eksploatacja pozycji rynkowej ma miejsce jedynie na poziomie formalnym. Dominant nie musi zatem uzyskiwać nieuzasadnionych korzyści, wystarczy, że korzyści takie zastrzeżę -jak w niniejszej sprawie - w treści umowy.

Posługiwanie się zakwestionowanym zapisem stanowi naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. niezależnie od tego, jak postępowała w praktyce. Powódka wprowadzała odbiorców w błąd co do przysługujących im uprawnień. Mylące było również posłużenie się w treści zakwestionowanego postanowienia wyrażeniem „upust”, co sugerowało, iż konsument uzyskuje od Spółki jakąś bonifikatę (a zatem płaci mniej niż powinien). Jest zadania, że odbiorca usług powinien mieć przynajmniej możliwość wyboru, czy preferuje całoroczne rozliczanie z uwzględnieniem wody bezpowrotnie zużytej (również w okresie od września do kwietnia), czy też jako bardziej dla niego opłacalne uważa rozliczanie wody bezpowrotnie zużytej w okresie od kwietnia do września i niepłacenie opłaty za odczyt dodatkowego w okresie jesienno - zimowym.

Pozwany też zakwestionował stanowisko powódki, iż w celu wykazania, że omawiany warunek umowy był odbiorcom usług narzucany konieczne jest udowodnienie, iż w każdym jednym przypadku powódka oddaliła wnioski odbiorców o całoroczne odliczania z ilości ścieków wody bezpowrotnie zużytej.

Swoboda odbiorcy usług wodociągowych i kanalizacyjnych w zakresie kształtowania warunków umownych jest ograniczona do minimum.

**Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem** z dnia 25.11.2010 r. I. oddalił odwołanie; II. zasądził od powódki na rzecz pozwanej kwotę 360,00 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd ten podzielił ustalenie faktyczne i prawne dokonane przez Prezesa UOKiK. Zaznaczył, iż wbrew twierdzeniom powódki pozwany nie pominął „faktu, że możliwość naliczania opłat zawartych w inkryminowanych przepisach dotyczy sytuacji, gdy odbiorca celowo ingeruje w sieć wodociągowo-kanalizacyjną”. Na stronie 17 uzasadnienia decyzji pozwany wskazał, iż w takim przypadku powódka winna skorzystać z uprawnień wynikających z przepisu art. 415 kc i 471 kc do dochodzenia od odbiorców odszkodowania w przypadku zawinionego działania odbiorcy.

SOKiK zaznaczył, iż stosownie do art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stosowanie przez powódkę kwestionowanych postanowień wzorców umów skutkują istotnym ograniczeniem odpowiedzialności powódki wobec odbiorców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, określając sposób obliczania należności za pobraną wodę na zasadzie ryczałtu, w oderwaniu od faktycznego zużycia wody.

Zdaniem SOKiK przypadki dokonywania zmian instalacji wodociągowej, z którymi spotkała się powódka, nie stanowią obiektywnego uzasadnienia dla stosowania zakazanej praktyki, skoro stosuje ona kwestionowane postanowienia do wszystkich odbiorców, z którymi zawiera umowy, z góry zatem zakładając, iż odbiorcy ci będą dopuszczać się ingerencji w instalację wodociągowo-kanalizacyjną. Założenie to wskazuje na subiektywne, a nie obiektywne uzasadnienie dla stosowania zakazanej praktyki. Tym samym usprawiedliwieniem dla stosowania zakazanej praktyki nie może być wynikająca z art. 5 ust 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków dbałość powoda o jakość wody oraz innych nałożonych na przedsiębiorcę obowiązków.

Ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków nie uprawnia do penalizacji zawinionych działań odbiorców poprzez narzucanie im uciążliwych warunków umów, przynoszących nieuzasadnione korzyści.

Odnosząc się do zarzutu, iż Prezes UOKiK nie wykazał, iż umowy zawierane przez powódkę są negocjowane stwierdził, iż z faktu powszechnego stosowania umów adhezyjnych w obrocie gospodarczym wynika, iż z reguły umowy te nie są indywidualnie negocjowane, co nie oznacza, iż umowy te nie są negocjowalne.

Sam fakt, iż odbiorca może składać zastrzeżenia do umowy nie przesądza o ewentualnym łamaniu procedur uregulowanych zarządzeniem nr (...) Prezesa Zarządu Dyrektora Generalnego z dnia 14.07.2006 r., i nie niweczy adhezyjnego charakteru umów zawieranych przez powódkę z odbiorcami.

Odnosnie postanowienia pkt I 3 decyzji pozwanego SOKiK zważył, że bezsporne jest, iż spośród 528 umów zawartych z odbiorcami posiadającymi wodomierz dodatkowy tylko w jednym przypadku dopuszczono - na wyraźny wniosek - możliwość całorocznego uwzględnienia w ilości odprowadzanych ścieków wody bezpośrednio zużytej, w ciągu całego roku. W pozostałych przypadkach zatem rozliczenie za wodę następuje w okresie od 15 kwietnia do 15 września, a w pozostałym okresie odbiorcy nie mogą jej odliczyć w ilości odprowadzanych ścieków, o czym wprost stanowi zapis wzorca umowy.

Orzeczono zapadło na podstawie art. 479<sup>3la</sup> § 1 kpc.

Wyrok Sądu Okręgowego powódka zaskarżyła w całości. W **apelacji** zarzuciła

1. naruszenie przepisów prawa materialnego, w szczególności:

a) art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 07.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków ( Dz.U. z 2006 Nr 123 poz. 858 ze zm.) w zw. z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i

konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50 poz. 331, ze zm.) w zw. z art. art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. poprzez uznanie za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na nadużywaniu przez powódkę pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi w przypadku zaboru wodomierza głównego lub wykazania, że uszkodzenia wodomierza głównego lub urządzenia pomiarowego zawinione zostały przez odbiorcę, ilość pobranej wody może być ustalona na podstawie ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza oraz nakazanie zaniechania tej praktyki, oraz poprzez uznanie, że postanowienia wzorców umów stosowane przez powoda skutkują istotnym ograniczeniem odpowiedzialności powoda wobec odbiorców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, określając sposób obliczenia należności za pobraną wodę na zasadzie ryczałtu w oderwaniu od faktycznego zużycia wody;

b) art. 5 ust. 2 ustawy zaopatrzeniowej w związku z art. 9 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. poprzez uznanie za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na nadużywaniu przez powódkę pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi w przypadku dokonania przez usługobiorcę, bez uzgodnienia z usługodawcą, zmian w instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej oraz zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń usługodawcy - usługodawca ma prawo do ustalenia wysokości opłat za pobraną wodę na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza oraz nakazanie zaniechania tej praktyki, oraz poprzez uznanie, że postanowienia wzorców umów stosowane przez powódkę skutkują istotnym ograniczeniem odpowiedzialności powoda wobec odbiorców za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, określając sposób obliczenia należności za pobraną wodę na zasadzie ryczałtu w oderwaniu od faktycznego zużycia wody;

c) art. 27 ust. 6 ustawy zaopatrzeniowej w zw. z art. 9 ust. 1 u.o.k.k. w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 6 u.o.k.k. poprzez uznanie za ograniczającą konkurencję praktykę polegającą na nadużywaniu przez powódkę pozycji dominującej na lokalnym rynku zaopatrzenia w wodę i odprowadzania ścieków obejmującym obszar gminy D. poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w drodze posługiwania się w ich treści postanowieniami umownymi, zgodnie z którymi ilość odprowadzanych ścieków ustala się jako równą ilości wody pobranej pomniejszonej o ilość wody bezpowrotnie zużytej przeznaczonej do podlewania zieleni w okresie od 15 kwietnia do 15 września roku kalendarzowego, zaś w pozostałym okresie - jako równą ilości pobranej wody oraz nakazanie zaniechania tej praktyki.

Ponadto powódka wniosła o wzięcie pod uwagę, w granicach zaskarżenia, wszystkich naruszeń prawa materialnego popełnionych przez Sąd I instancji, a nie podniesionych w apelacji (por. postanowienie SN z dnia 04.10.2002 r. III CZP 62/02, OSNC 2004/1 poz. 7, uchwała SN z dnia 31.01.2008 r. III CZP 49/07, OSNC 2008/6/55).

W oparciu o powyższe zarzuty powódka wniosła o zmianę zaskarżonego wyroku w całości i stwierdzenie, że powódka nie stosuje praktyk ograniczających konkurencję polegających na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez narzucanie odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, w tym o uchylenie nałożonych kar pieniężnych i zasądzenie na rzecz powódki kosztów postępowania za drugą instancję, w tym kosztów zastępstwa procesowego radcy prawnego według norm prawem przepisanych. Ewentualnie - w przypadku ustalenia przez Sąd odwoławczy przesłanek zawartych w art. 386 § 2 lub § 4 kpc powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w Warszawie.

**Sąd Apelacyjny zważył** co następuje.

Apelacja jest niezasadna.

Ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego nie mają charakteru samodzielnego, a zostały niejako poczynione poprzez ich zaaprobowanie przez ten Sąd w zakresie dokonanym przez pozwanego, i uprzednie zacytowanie w oparciu o treść zaskarżonej decyzji oraz odpowiedzi na odwołanie powódki. W istocie nie miały charakteru spornego, tak co do brzmienia kwestionowanych postanowień, ich obowiązywania, a także okoliczności mających uzasadniać ich wprowadzenie (a tylko kwalifikacja prawna zachowań powódki związanych z wprowadzaniem do obrotu tych postanowień budziła kontrowersje), i zostały wyświetlone, również w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku. Nie zachodzi niemożność dokonania kontroli instancyjnej wyroku Sądu Okręgowego z powyższego punktu widzenia. Mając powyższe na uwadze, jak i brak w apelacji jakichkolwiek zarzutów natury procesowej do tego uzasadnienia, w tym co do prawidłowości poczynionych ustaleń oraz oceny materiału dowodowego, Sąd Apelacyjny oparł się na przedstawionych elementach stanu faktycznego, aprobując je, i uwzględnił je w ocenie stanu sprawy oraz zarzutów apelacji.

Zarzuty apelacji, jak już wspomniano, w jakimkolwiek zakresie nie dotyczą prawa procesowego, natomiast dotyczą prawa materialnego, w tym jednak zakresie koncentrują się na normie regulującej zakaz nadużycia przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, wiążąc ją z normą regulującą obowiązki konsumenta czy normą regulującą zasady rozliczeń w przypadku zainstalowania dodatkowego wodomierza. W niniejszej sprawie powódka w najmniejszym stopniu nie podważa założeń (ustaleń), iż doszło do naruszenia interesu publicznego (co uzasadnia udzielenie przez Prezesa UOKiK ochrony - art. 1 ust. 1 u.o.k.k.), że powódka posiada pozycję dominującą (zdefiniowaną w art. 4 pkt 10 u.o.k.k.) i że rynek właściwy określono tak jak w decyzji z dnia 17.02.2009 r. (stosownie do art. 4 pkt 9 u.o.k.k.).

A więc zarzuty apelacji dotyczą zastosowania art. 9 u.o.k.k. zakazującego nadużywania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej.

Powyższe zarzuty nie mogą odnieść zamierzonego skutku, gdyż uprzednio Prezes UOKiK, a za nim SOKiK prawidłowo wskazał na nadużycie przez powódkę pozycji dominującej na rynku; wyraża się ono narzucaniem odbiorcom usług uciążliwych i przynoszących nieuzasadnione korzyści dostawcy warunków umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków. Umowy są zawierane przez przystąpienie do nich i nie przewiduje się indywidualnego negocjowania warunków umownych. Teoretyczna możliwość indywidualnego negocjowania treści umowy nie może wpłynąć na dokonaną w powyższym zakresie ocenę chociażby ze względów czysto praktycznych. Przy tak dużej liczbie odbiorców zindywidualizowane uzgadnianie treści umowy jest po prostu niemożliwe.

Cechuje je uciążliwość dla odbiorcy wobec rażąco wygórowanej zryczałtowanej należności za pobraną wodę, co z drugiej strony przynosi dostawcy nieuzasadnione korzyści.

Odnosnie postanowień umownych, zgodnie z którymi

-w przypadku zaboru wodomierza głównego lub wykazania, że uszkodzenia wodomierza głównego lub urządzenia pomiarowego zawinione zostały przez odbiorcę, ilość pobranej wody może być ustalona na podstawie ilości, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza;

-w przypadku dokonania przez usługobiorcę, bez uzgodnienia z usługodawcą, zmian w instalacji wodociągowej i kanalizacyjnej oraz zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń usługodawcy - usługodawca ma prawo do ustalenia wysokości opłat za pobraną wodę na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza:

w apelacji eksponuje się ze wskazaniem na niemożność zrozumienia, o jakie ograniczenie odpowiedzialności chodzi, stwierdzenia zawartego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, sprowadzającego się do tego, że postanowienia wzorców umów, stosowanych przez powódkę, skutkują istotnym ograniczeniem odpowiedzialności powódki za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy.

W tej kwestii Sąd II instancji zauważa więc, iż powódka – jako strona kontraktu (czynności prawnej obustronnie zobowiązującej) co do zasady może odpowiadać za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy, tak jak co do zasady może odpowiadać za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy druga strona kontraktu, a więc odbiorca wody. Nie ma zatem błędu w podejściu, iż jej zachowanie może mieć taki właśnie wymiar, i że nie tylko po stronie odbiorców - jak sugeruje apelująca - na tle omawianego postanowienia powstaje zagadnienie odpowiedzialności kontraktowej. Słusznie też zwraca uwagę zarówno Prezes UOKiK, jak i SOKiK, że po stronie powódki dochodzi do ograniczenia odpowiedzialności z powyższego tytułu, skoro określa się sposób obliczenia należności w oderwaniu od faktycznego zużycia wody. W takich bowiem sytuacjach dostawcę stawia się w uprzywilejowanej pozycji podmiotu zwolnionego od wykazywania faktycznie dostarczonej ilości wody i prawidłowości wykonania usługi, a odbiorcę pozbawia się możliwości kwestionowania płatności za niewykonaną usługę i związanych w związku z tym niedogodności czy problemów. Gdy mowa o ograniczeniu odpowiedzialności za niewykonanie bądź nienależyte wykonanie umowy, to nie chodzi o to, aby tego rodzaju wypadki w tym momencie wymienić, gdyż z uwagi na różnorodność stanów faktycznych taki zabieg nie jest praktycznie wykonalny. Wystarczy wskazać, iż poprzez stosowany przez powódkę zapis z pewnością, wbrew zasadzie przy tego rodzaju zobowiązaniach, doprowadza się do nieekwiwalentności świadczeń i skutków z tym związanych.

Wbrew zarzutom apelacji, słusznie wskazuje się w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku na przysługiwanie powódce uprawnień do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na zasadach ogólnych, a więc na podstawie art. 471 kc i 415 kc. Każdy przejaw nagannego zachowania odbiorcy może być kwalifikowany według reguł różnych reżimów tejże odpowiedzialności, niezależnie od tego, co może dostawca wody zastosować – zgodnie z odpowiednimi regulacjami. I tak: może podjąć czynności kontrolne, może wstrzymać świadczenie usług odcinając dostawę wody albo wstrzymując odbiór ścieków, może nałożyć karę pieniężną na zasadzie art. 28 cyt. ustawy z dnia 07.06.2001 r. – tego rodzaju uprawnień (także dostrzeżonych w odpowiedzi na apelację: str.4 - k. 121 v.) apelująca nie kwestionuje.

Wbrew zarzutom apelacji nie sposób mówić o pominięciu w rozważaniach nad przedmiotowymi zapisami instytucji kary umownej - możliwości jej zastrzeżenia. Stosownie do art. 483 § 1 kc można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna). Wynika z tego, że kara umowna musi być w umowie przede wszystkim zastrzeżona. Wynika też to, że występuje wyłącznie pod postacią określonej sumy, co niekoniecznie musi oznaczać, że zastrzegając ją należy ustalić jednocześnie jej wysokość. Określenie kary może nastąpić przez wskazanie kryteriów, którymi posługując się, możliwym będzie wskazanie sumy, jaką dłużnik zobowiązany będzie zapłacić wierzycielowi. Stosowane tu bywają rozmaite rozwiązania np. określony procent wartości całego lub części świadczenia, czy też określona stawka pomnożona przez liczbę dni zwłoki (wyrok SN z dnia 06.02.2008 r. II CSK 428/07 LEX nr 621799). Kara umowna jako taka, a więc przewidziana przepisami art. 483 i 484 kc, powinna być jednoznacznie określona w umowie, o ile ma obowiązywać strony; nie można się jej domyślać, domniemywać jej czy próbować odczytywać z zapisów, które w ogóle przewidują jakiegokolwiek świadczenie wynikające z umowy, wyliczenie jej wysokości ma się opierać na czytelnej zasadzie. Jej obowiązywanie nie może nasuwać wątpliwości ani też nie może być ona ukryta pod postacią jakichś należności. To samo dotyczy każdej innej sankcji pieniężnej wynikającej z umowy. Apelująca nieskutecznie więc przekonuje co do tego, iż należność naliczana w oderwaniu od ilości pobranej wody czy odprowadzonych ścieków może mieć postać kary umownej, chociażby dlatego, że przy proponowanym ujęciu nie wiadomo, ile w ramach danej należności mieści się opłaty za faktycznie wykonana usługę, a ile tejże sankcji.

Mając na uwadze uwagi, jak i przysługujące powódce inne instrumenty o charakterze represyjnym, już wymienione, uznać należy za niezasadne wprowadzanie takich zapisów, jak kwestionowane w tym postępowaniu.

Zgodnie z art. 5 ust. 2 ustawy z dnia 07.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858 ze zm.) jeżeli umowa o zaopatrzenie w wodę lub odprowadzanie ścieków nie stanowi inaczej, odbiorca usług odpowiada za zapewnienie niezawodnego działania posiadanych instalacji i przyłączy wodociągowych lub instalacji i przyłączy kanalizacyjnych z urządzeniem pomiarowym włącznie.

Powyższy przepis reguluje zasadę odpowiedzialności odbiorcy usług; ma ona zakres taki jak w tym normatywnym zapisie, chyba że umowa stanowi inaczej.

Nie wydaje się - zdaniem Sądu Apelacyjnego, aby obowiązek ponoszenia opłaty wyliczonej na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza –mógłby być formą umownego uregulowania odpowiedzialności odbiorcy w stosunku do dostawcy wody. Nie wydaje się też, aby obowiązek ponoszenia opłaty wyliczonej na podstawie ilości wody, która mogła przepłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza w okresie od ostatniego odczytu wodomierza- mógłby być formą odpowiedzialności odbiorcy w stosunku do dostawcy z tego powodu, że ustawa wprowadza zasadę odpowiedzialności odbiorcy za zapewnienie niezawodnego działania posiadanych instalacji i przyłączy wodociągowych lub instalacji i przyłączy kanalizacyjnych z urządzeniem pomiarowym włącznie. W końcu nie wydaje się, aby odpowiedzialność odbiorcy powinna była sprowadzać się wyłącznie i automatycznie do sankcji pieniężnej ze strony odbiorcy i że sankcja taka ma wyprzedzać np. powinność konserwacji czy usunięcia złego stanu urządzeń, a nadto obowiązuje bez np. możliwości wykazywania okoliczności zwalniających od takiej odpowiedzialności. Poza tym tego rodzaju sankcja ma się wiązać ze stanem urządzeń, a nie pozostawać w relacji do ilości przepływającej wody czy ścieków. W każdym razie tak wprowadzona przez powódkę wymierność odpowiedzialności z art. 5 ust. 2 ustawy zaopatrzeniowej jest co najmniej dyskusyjna.

Wbrew apelującej nie zmienia postaci rzeczy to, że odbiorca wykazuje działania celowe i że działa w sposób zawiniony. Ocena takiego działania pozostawiona zostaje wyłącznie powódce, która jednocześnie dysponuje uprawnieniem do naliczenia odpowiednio wyższej opłaty.

W podsumowaniu wywodów na temat opłat wynikających z przedmiotowych postanowień, a zwłaszcza w kontekście uzasadnienia jej wprowadzenia, nasuwa się spostrzeżenie, iż w istocie nie wiadomo czym - nawet w intencji powódki - jest opłata pobierana w sytuacji zaboru wodomierza, uszkodzenia czy zmian w instalacji - czy opłatą dodatkową, czy karą pieniężną, czy odszkodowaniem czy innego rodzaju sankcją pieniężną czy czymś innym jeszcze (tu brak zdecydowania ze strony powódki). Zdaniem Sądu Apelacyjnego takie podejście nie może być akceptowane, a to prowadzi do krytyki przedmiotowych zapisów umownych.

Jak słusznie zauważa pozwany, i z czym zgadza się Sąd Apelacyjny, postanowienia umowne zakwestionowane w pkt 1.1. i 1.2. decyzji przewidują możliwość obciążenia odbiorcy usług rażąco wygórowaną należnością za pobraną wodę (co jest istotą ich uciążliwości i źródłem nieuzasadnionych korzyści po stronie powódki). Powódka zastrzegła w umowach możliwość naliczenia opłat za świadczone usługi według maksymalnej możliwej ilości, jaką odbiorca mógł pobrać w danym okresie (zakładając, iż w okresie tym odbiorca usług pobierał wodę w sposób nieprzerwany, przy maksymalnym natężeniu przepływu). I tym samym pozwoliła sobie na obciążenie odbiorcy np. za okres 1 miesiąca opłatą w wysokości wynoszącej - w zależności od średnicy przyłącza wodociągowego - od 7.434,00 zł do 98.064,00 zł (dane zgodne z wyjaśnieniami powódki, złożonymi w toku postępowania administracyjnego). Są to wartości stanowiące kilkudziesięcio- krotność, jeżeli nie kilkusetkrotność przeciętnych miesięcznych należności za wodę.

Za apelującą należy przytoczyć stanowisko, zgodnie z którym uciążliwość warunków powinna być oceniana w kontekście celu, jakiemu ma służyć kwestionowane przez Prezesa UOKiK postanowienie umowne (wyrok SN z dnia 01.04.2004 r. III SK 24/04 OSNP 2005 Nr 2, poz. 28). Nie może być uciążliwy warunek niezbędny do osiągnięcia celu umowy (D. Miąsik Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów Komentarz pod red. T. Skoczny Warszawa 2009, str. 695).

Ustalając zatem cel umów, zawierających kwestionowane postanowienia, wskazać należy, iż jest nim zasadniczo dostarczenie wody oraz odbiór ścieków – w sposób ciągły i niezawodny, a gdy chodzi o wodę – przy zapewnieniu (zagwarantowaniu) jej jakości. Powyższe elementy zgłasza apelująca i nie sposób się z nimi nie zgodzić. Jednakże nie można już zgodzić się z apelującą, iż w takich okolicznościach należy stworzyć system restrykcji wobec odbiorców, ponieważ tak dookreślony cel umowy (jak powyżej) przede wszystkim pozwala na skonkretyzowanie obowiązków (powinności) powódki jako przedsiębiorcy, a oczywistym jest, że podołanie obowiązkowi należy do tego, kto jest nimi

obciążony. Inaczej ujmując, ciężar obowiązków (powinności) spoczywa na tym podmiocie, który jest nimi obarczony, a nie na podmiocie, w stosunku do którego obowiązki są wykonywane. Ten ostatni podmiot, a więc odbiorca wody i odprowadzający ścieki, ma obowiązek uiścić opłaty za dostarczenie mu wody i za odbiór od niego ścieków, i powinny to być opłaty za usługi wykonane.

Istotą stwierdzonych w decyzji praktyk ograniczających konkurencję jest zastrzeżenie w treści umowy rażąco wygórowanej należności za wodę, jako ekwiwalentu za okres, w którym pobierana jest ona z naruszeniem postanowień łączącej strony umowy. Nie sposób zgodzić się z oceną iż wprowadzenie do umów takich zapisów jest w obiektywny sposób uzasadnione potrzebą ochrony środowiska i zdrowia odbiorców. Nie kwestionując powinności każdego odbiorcy dbania o środowisko i nie szkodenia zdrowiu innych uczestników rynku zaznaczyć należy, iż w stosunkach takich jak omawiane, a więc wytworzonych w ramach umów o zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowy odbiór ścieków, również (a może przede wszystkim) powódka ma zapewnić ochronę środowiska i warunki nie powodujące zagrożeń dla zdrowia odbiorców.

Praktyką niedozwoloną jest narzucanie warunków umownych przez podmiot posiadający dominującą pozycję na rynku. Jak słusznie zauważył pozwany, narzucanie nie jest samo w sobie zabronione, pod warunkiem, że narzucaniu nie podlegają warunki umowy o uciążliwym charakterze. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy kontrahent, postawiony wobec braku możliwości wyboru alternatywnego dostawcy usług, zmuszony jest zaakceptować ustalone przez monopolistę warunki, które mają nieuczciwy charakter i mogą być źródłem nieuzasadnionych korzyści po jego stronie.

Odnosnie praktyki stwierdzonej w pkt I.3. zaskarżonej decyzji, również - zdaniem Sądu Apelacyjnego - prawidłowa jest ocena Prezesa UOKiK, a za nim SOKiK, wyrażająca dezaprobatę dla tej praktyki i stwierdzająca jej niedopuszczalność. Apelująca w postępowaniu administracyjnym wskazywała, iż zgodnie z art. 27 ust. 6 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę, w rozliczeniach ilości odprowadzonych ścieków ilość bezpowrotnie zużytej wody uwzględnia się wyłącznie w przypadkach, gdy wielkość zużycia na ten cel ustalona jest na podstawie dodatkowego wodomierza zainstalowanego na koszt odbiorcy usług. Też wskazywała, iż nie ma możliwości zmiany wskazań w/w wodomierza lub nieuwzględnienia w fakturze wykazywanych wielkości zużycia bezpowrotnego wody, co by oznaczało, że zużycie wykazane przez wodomierz dodatkowy na podstawie odczytu dokonanego po przerwie zimowej (po 15 kwietnia) jest odliczane od zużycia wodomierza głównego i obniża koszt opłat za ścieki.

Powyższe stanowisko jest jednak nie do obronienia; treść postanowień jednak oznacza, iż w okresie jesienno - zimowym (od 16 września do 14 kwietnia) odbiorca nie ma prawa do odliczeń od ilości ścieków z tytułu bezpowrotnie zużytej wody. Z umowy wynika bowiem, iż poza okresem wskazanym umowie nie jest udzielany „upust” polegający na uwzględnieniu w ilości ścieków stanowiących podstawę rozliczenia wody bezpowrotnie zużytej na podlewanie zieleni.

Nawet gdyby przyjąć, jak chce apelująca, iż odbiorca nie jest pozbawiony odpowiednich odliczeń, to zachodzi sytuacja dalece niepożądana, a mianowicie taka, że w okresie od 15 kwietnia do 15 września odbiorca jest rozliczany z większą częstotliwością niż w pozostałym okresie. Nie ma, zdaniem Sądu Apelacyjnego, uzasadnienia dla takiego zróżnicowania, nawet tym uzasadnieniem nie są warunki techniczne. Odbiorca mający prawo do odliczeń wody bezpowrotnie zużytej ma jednocześnie uprawnienie do niezwłocznego otrzymania swoich należności, a nie z daleko idącym (półrocznym) opóźnieniem.

Nie można zgodzić się z zapatrywaniem powódki, iż uciążliwości wynikające z omawianego warunku umownego są odbiorcom rekompensowane w ten sposób, iż w okresie od września do kwietnia nie jest pobierana opłata abonamentowa za odczyt wodomierza do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej. Odbiorca usług powinien mieć przynajmniej możliwość wyboru, czy preferuje całoroczne rozliczanie z uwzględnieniem wody bezpowrotnie zużytej (również w okresie od września do kwietnia), czy też jako bardziej dla niego opłacalne uważa rozliczanie wody bezpowrotnie zużytej w okresie od kwietnia do września i niepłacenie opłaty za odczyt dodatkowego w okresie jesienno - zimowym. Spółka nie może narzucać odbiorcom tylko jednej opcji bez pozostawienia odbiorcom możliwości wyboru sposobu rozliczeń wody bezpowrotnie zużytej w ciągu całego roku, który gwarantują odbiorcom przepisy prawa powszechnie obowiązujące.

Jak słusznie wskazano w treści zaskarżonej decyzji w/w klauzula jest uciążliwa i przynosi nieuzasadnione korzyści, gdyż zgodnie z jej brzmieniem, odbiorca będzie musiał uiszczać należność za odprowadzane ścieki w ilości odpowiadającej ilości wody zużytej bezpowrotnie, czyli niewprowadzonej do urządzeń kanalizacyjnych. Jest to równoznaczne z nałożeniem na odbiorcę obowiązku płacenia za usługę faktycznie na jego rzecz wykonaną.

W decyzji Prezesa UOKiK niewadliwie zauważa się, iż do stwierdzenia naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 6 ustawy antymonopolowej nie jest konieczne, aby skutki określonych działań faktycznie wystąpiły na rynku, tj. aby dominant uzyskał z tytułu posługiwania się w obrocie określonymi postanowieniami faktyczne nieuzasadnione korzyści. Wystarczy, że korzyści te mają charakter hipotetyczny, potencjalny, a eksploatacja pozycji rynkowej ma miejsce jedynie na poziomie formalnym. Dominant nie musi zatem uzyskiwać nieuzasadnionych korzyści, wystarczy, że korzyści takie zastrzega - jak w niniejszej sprawie - w treści umowy.

Mylące było również posłużenie się w treści zakwestionowanego postanowienia wyrażeniem „upust”, co sugerowało, iż konsument uzyskuje od Spółki jakąś bonifikatę, rabat czy bonus (a zatem płaci mniej niż powinien), podczas gdy uwzględnienie w ilości ścieków wody bezpowrotnie zużytej powoduje, iż zachowana jest ekwiwalentność świadczeń.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem Spółki, iż w celu wykazania, że omawiany warunek umowy był odbiorcom usług narzucany konieczne jest udowodnienie, iż w każdym jednym przypadku Spółka oddaliła wnioski odbiorców o całoroczne odliczania z ilości ścieków wody bezpowrotnie zużytej. Jak już bowiem podniesiono, jeżeli można wykazać, iż przedsiębiorca zawiera umowy w sposób adhezyjny, a ich treść co do zasady nie podlega indywidualnym negocjacjom, to warunki tych umów są odbiorcom usług narzucane (na co nie wpływa okoliczność, iż pojedyncze zawarto po przeprowadzeniu indywidualnych uzgodnień). Tak jest również w okolicznościach przedmiotowej sprawy.

O praktyce narzucania określonego warunku rozliczeń, jak ustalił to prawidłowo Prezes UOKiK, świadczy chociażby to, że już na etapie składania podania o montaż dodatkowego wodomierza do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej na cele podlewania ogrodu odbiorca otrzymywał kategorię i stanowczą informację (zamieszczoną na formularzu w/w podania opracowanym jednostronnie przez powódkę) o treści: „UWAGA: Upust z tytułu podlewania zieleni ma zastosowanie w okresie od 15 kwietnia do 15 września roku kalendarzowego”. Taka forma poinformowania wskazuje, że Spółka traktowała swoje stanowisko w przedmiotowej kwestii jako ostateczne i niepodlegające negocjacjom.

Nienegocjowanie omawianych warunków obrazuje chociażby to, iż spośród 530 umów zawartych z odbiorcami posiadającymi wodomierz dodatkowy do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej (z czego 528 umów dotyczy odbiorców, którzy zużywają wodę na cele podlewania zieleni) tylko w 1 przypadku dopuszczono - na wyraźny wniosek odbiorcy usług (załatwiony pozytywnie dopiero za drugim razem) - możliwość całorocznego uwzględniania w ilości odprowadzanych ścieków wody bezpowrotnie zużytej. Oznacza to, że spornym zapisem Spółka posługuje się powszechnie w obrocie gospodarczym i przedstawia go do zaakceptowania odbiorcom usług, na co wskazuje również treść formularzy wniosków o montaż dodatkowego wodomierza. Zawierane przez Spółkę umowy należy ocenić zatem jako umowy adhezyjne, których zawarcie następuje poprzez przystąpienie kontrahenta do warunków ustalonych arbitralnie przez monopolistę. Swoboda odbiorcy usług wodociągowych i kanalizacyjnych w zakresie kształtowania warunków umownych jest tutaj ograniczona do minimum.

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.

Ponieważ postępowanie przeprowadzone przez Prezesa UOKiK wykazało, czego powódka skutecznie nie zakwestionowała, narzucanie przez nią warunków uciążliwych dla odbiorców, a przynoszących nieuzasadnione korzyści dostawcy wody i odbiorcy ścieków, przeto słusznie oceniono, iż doszło do nadużycia pozycji dominującej przez dostawcę wody i odbiorcę ścieków, i orzeczono zakazanie opisywanej praktyki (zaniechanie stosowania praktyki).

W wywodach powódki, także na etapie postępowania apelacyjnego, pojawia się lakoniczne wyjaśnienie co do wycofania z obrotu postanowień, co do których stwierdzono praktyki zakazane decyzją. To wyjaśnienie jednak nie może zmieniać prawidłowości zaskarżonej decyzji, tym bardziej że nie jest poparte przekonującymi danymi. Prezes UOKiK ustalił, że powódka w dniu 05.03.2008 r. wycofała z obrotu wzorce umowne przewidujące możliwość ustalenia należności za pobraną wodę według ilości, jaka mogła popłynąć pełnym przekrojem rury przyłącza wodociągowego w i przypadku zawinionego przez odbiorcę zaboru lub uszkodzenia wodomierza oraz w przypadku dokonania samowolnych zmian w instalacji wodociągowej lub kanalizacyjnej lub w przypadku zainstalowania na instalacji wewnętrznej urządzeń mających negatywny wpływ na funkcjonowanie urządzeń usługodawcy. Powyższe postanowienia jednak zastąpiono zapisami przewidującymi, że w w/w przypadkach należność za pobraną wodę zostanie określona w oparciu o średnie zużycie w okresie ostatnich 3 miesięcy. Jednocześnie Prezes UOKiK słusznie zważył, iż pomimo wprowadzenia do obrotu w dniu 05.03.2008 r. nowych wzorców umownych w obrocie nadal funkcjonują umowy zawarte przed tą datą, w oparciu o wzorce poprzednio wykorzystywane (stosowane w okresie od 1995 r. do 2001 r., w okresie od 2002 r. do 14.07.2006 r. i w okresie od 14.07.2006 r. do 05.03.2008r.), a Spółka nie wykazała, iż z wszystkim odbiorcom świadczonych przez nią usług (których liczba wynosi 12.601) umożliwiono zawarcie umów niezawierających spornych klauzul. Okoliczność, iż Spółka od marca 2008 r. nie posługuje się wzorcami umownymi zawierającymi kwestionowane warunki w sytuacji, gdy w obrocie nadal posiada zawarte na podstawie tych wzorców umowy, świadczy o tym, że praktyka ograniczająca konkurencję jest kontynuowana.

Tak samo taka praktyka kontynuowana była w odniesieniu do trzeciego z postanowień opisanych w decyzji. W jednej z umów o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków przedstawionych w toku postępowania datowanej na dzień 28.08.2008 r. wprowadzone zostało w § 17 postanowienie określające sposób prowadzenia rozliczeń z tytułu odprowadzanych ścieków z uwzględnieniem wody bezpowrotnie zużytej o następującej treści: „W związku z montażem dodatkowego wodomierza mierzącego ilość wody bezpowrotnie zużytej, ilość odprowadzanych ścieków ustalana jest jako suma wody dostarczonej Usługobiorcy ze wszystkich ujęć i pomniejszonej o wskazania wodomierza – podlicznika zainstalowanego na koszt własny Usługobiorcy na przyłączy wody do podlewania zieleni. Odczyty wskazań wodomierza mierzącego ilość wody bezpowrotnie zużytej do podlewania zieleni dokonywane są w tym samym czasie co odczyty wodomierza głównego, w okresie wegetacji roślin tj. od kwietnia do września”. Postanowienie w powyższym brzmieniu daje odbiorcy prawo do całorocznego uwzględniania w ilości odprowadzonych ścieków wody bezpowrotnie zużytej, jednakże Prezes UOKiK wziął słusznie także pod uwagę to, iż ze zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego nie wynika, aby zapis taki znalazł zastosowanie w przypadku wszystkich odbiorców posiadających dodatkowy wodomierz do pomiaru wody zużytej bezpowrotnie na cele podlewania zieleni. Ponadto pomimo faktu, że po dniu 01.04.2007 r. Spółka nie posługiwała się sporną klauzulą w treści nowo zawieranych umów, to na etapie wydawania zgody na montaż dodatkowego wodomierza do pomiaru wody bezpowrotnie zużytej nadal informowała niektórych odbiorców, iż upust z tytułu podlewania zieleni ma zastosowanie w okresie od 15 kwietnia do 15 września roku kalendarzowego.

Apelacja nie zawiera żadnych konkretnych zastrzeżeń do rozstrzygnięcia w przedmiocie kary pieniężnej, nałożonej na powódkę. W ocenie Sądu Apelacyjnego nie sposób nie zaaprobować uzasadnienia samej podstawy, jak i wysokości kary z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 9 ust. 1 i 2 pkt 6 u.o.k.k., w zakresie opisanym w pkt I.1, I.2 i I.3 sentencji decyzji Prezesa UOKiK.

Reasumując Sąd II instancji oddalił apelację jako bezzasadną (art. 385 kpc).

O kosztach procesu orzeczono zgodnie z art. 108 § 1 kpc i § 12 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 14 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28.09.2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu - Dz.U. Nr 163, poz. 1349 ze zm.).