



Sygn. akt III SK 18/10

**WYROK
W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 2 lutego 2011 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Andrzej Wróbel (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Halina Kiriło

SSN Roman Kuczyński

w sprawie z odwołania TP E. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K. przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej o ustalenie, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja, o wyznaczenie przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej, o nałożenie obowiązków regulacyjnych,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 2 lutego 2011 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 30 lipca 2009 r.,

**uchyla zaskarżony wyrok i przekazuje sprawę Sądowi
Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o
kosztach postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 9 listopada 2006 r.: 1) ustalił, że na rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym nie występuje skuteczna konkurencja; 2) wyznaczył TP E. Sp. z o.o. z siedzibą w K. (powódka) jako przedsiębiorcę zajmującego pozycję znaczącą na rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym; 3) nałożył na powódkę obowiązki regulacyjne określone w art. 34, 36, 37, 38 i 42 Prawa telekomunikacyjnego; 4) stwierdził, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 16 października 2008 r. oddalił odwołanie powódki od powyższej decyzji. Sąd Okręgowy wyjaśnił, że rynkiem właściwym jest rynek świadczenia usług transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym, tj. rynek określony w § 2 pkt 11 rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 25 października 2004 r. w sprawie określenia rynków właściwych podlegających analizie przez Prezesa Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty (Dz.U. Nr 242, poz. 2420). W przepisie tym określono jedynie ogólne ramy, w których Prezes Urzędu, jako krajowy organ regulacyjny, zgodnie z art. 15 ust. 3 dyrektywy ramowej, mając na uwadze treść wytycznych oraz zalecenia Komisji Europejskiej, definiuje odnośny rynek stosownie do okoliczności występujących w danym państwie, określając na podstawie analiz, jakie usługi wchodzą w skład rynku właściwego. Ponieważ w powyższym rozporządzeniu nie określono szczegółowo zakresu produktowego rynku właściwego, więc celowe było zbadanie przez Prezesa Urzędu, jakie usługi i produkty wchodzą w skład rynku właściwego. Sąd Okręgowy przyjął, że z definicji rynku zawartej w rozporządzeniu nie wynika, aby obejmowała ona wyłącznie usługę emisji; dotyczy także usługi dosyłu, która w praktyce najczęściej sprzedawana jest łącznie z usługą emisji. Sąd Okręgowy wyjaśnił również, że z badań przeprowadzonych przez Prezesa UKE wynika, że operatorzy naziemnych sieci

transmisyjnych świadczą usługi transmisji zarówno programów telewizyjnych jak i radiowych, o czym wyraziście świadczy przykład powódki. Obie usługi należało zatem potraktować jako wchodzące w skład jednego rynku właściwego. Zdaniem Sądu Okręgowego podział rynku dokonywany przy zastosowaniu wyłącznie kryterium mocy wykorzystywanych nadajników (małej, średniej i dużej mocy) w sposób nieprawidłowy odzwierciedla stan konkurencji na rynku; włączenie wszystkich nadajników do jednego rynku jest uzasadnione zarówno od strony popytowej jak i podażowej. Transmisja w sieci kablowej nie stanowi substytutu dla transmisji w sieci naziemnej, bowiem w przeciwieństwie do sieci naziemnej, która zapewnia odbiór programów na większości terytorium kraju, sieć kablowa ma ograniczony zasięg – co do zasady tylko w miastach; dostęp do sieci naziemnej jest powszechny bezpłatny, podczas gdy odbiór programów za pośrednictwem sieci satelitarnej oraz kablowej wiąże się z koniecznością ponoszenia znacznych opłat abonamentowych. Sąd Okręgowy nie zgodził się również z potrzebą wyodrębniania rynków lokalnych w zakresie transmisji programów radiowych lub telewizyjnych, zaś za zasadne uznał włączenie w ramy rynku transmisji naziemnej programów radiowych i telewizyjnych w technologii cyfrowej.

Według Sądu Okręgowego ustalenia dotyczące niewystępowania skutecznej konkurencji na rynku zostały oparte na udziale powódki na tym rynku właściwym, zarówno pod kątem wielkości przychodów uzyskiwanych na tym rynku, jak i stacji nadawczych obsługiwanych przez operatora. Rynek usług transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych celem dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych odbiorcom końcowym nie jest skutecznie konkurencyjny ze względu na dominację na nim powódki. Konsekwencją ustalenia niewystępowania na rynku właściwym skutecznej konkurencji i wyznaczenia powodowej spółce pozycji znaczącej na tym rynku jest obowiązek nałożenia na spółkę obowiązków regulacyjnych, ponieważ właściwym sposobem doprowadzenia do rozwoju konkurencji na rynku właściwym jest stworzenie dla innych przedsiębiorców komunikacyjnych możliwości korzystania z infrastruktury powódki. Zdaniem Sądu Okręgowego nałożone na powódkę obowiązki są proporcjonalne, mają na celu stworzenie warunków skutecznej konkurencji na rynku właściwym, zapobieżenie dyskryminacji przedsiębiorców telekomunikacyjnych. Odnosząc się do zarzutu

nieprzeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, Sąd Okręgowy stwierdził, że na Prezesie Urzędu nie ciążył prawny obowiązek przekazania Komisji Europejskiej ostatecznej wersji decyzji, ponieważ obowiązek ten nie wynika z powszechnie obowiązujących przepisów prawa krajowego ani prawa unijnego. Uznał także, że wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie analizy rynku właściwego i ustalania pozycji znaczącej nie stanowiły podstawy prawnej wydania zaskarżonej decyzji; wytyczne stanowią dla Prezesa Urzędu jedynie wskazówki interpretacyjne w procesie stosowania prawa krajowego. Podstawą wydania decyzji były wyłącznie przepisy prawa krajowego. Z kolei przekazanie Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów projektu decyzji pismem z dnia 29 września 2006 r. celem umożliwienia zajęcia stanowiska w sprawie, przed wydaniem zaskarżonej decyzji przez Prezesa Urzędu czyni zadość wymaganiom art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Okręgowego w całości apelacją.

Sąd Apelacyjny w W. wyrokiem z dnia 30 lipca 2009 r. oddalił apelację powódki opierając się na następującej argumentacji. Po pierwsze, określenie przez Ministra Infrastruktury w rozporządzeniu poszczególnych rynków właściwych tworzy pewne ramy, w obrębie których Prezes Urzędu badając substytucyjność popytowo-podażową określa produkty i usługi wchodzące w skład danego rynku właściwego po przeprowadzeniu jego analizy, nie naruszając przez to kompetencji ministra infrastruktury. Ponadto, rozporządzenie nie specyfikuje stron popytowych i podażowych danego rynku, ani nie wynika z niego, jakiego rodzaju usługi są świadczone na poszczególnych rynkach. Po drugie, transmisja programów radiofonicznych i telewizyjnych w sieciach kablowych oraz przez transmisję satelitarną nie może być substytutem dla transmisji programów w sieciach naziemnych. Dokonanie takiej oceny poprzedzone zostało analizą wielu czynników, takich jak dostępność usług, oferta programowa, cena abonamentu, dodatkowe koszty. Ocena substytucyjności na szczeblu detalicznym została dokonana jedynie pomocniczo, bowiem rynkiem właściwym jest rynek hurtowy, na którym odbiorcami usługi świadczonej przez powódkę są przede wszystkim nadawcy radiofoniczni lub telewizyjni albo przedsiębiorcy telekomunikacyjni świadczący usługi transmisji takich programów, a z ich punktu widzenia trudno byłoby uznać, że mogliby

transmisję swoich programów w sieciach kablowych traktować jako substytut transmisji w sieci naziemnej. Po trzecie, w definicji rynku tzw. 18 mowa o usłudze transmisji, a nie tylko emisji, a zatem w skład usługi transmisji może również wchodzić usługa dosyłu. Zdaniem Sądu Apelacyjnego obie usługi wchodzi w skład rynku właściwego, bowiem operatorzy w praktyce oferują świadczenie usług transmisji zarówno radiowych jak i telewizyjnych, co oznacza, że każdy z nich wykorzystuje infrastrukturę umożliwiającą im świadczenie obu rodzajów usług. Z kolei krajowy zakres usług został określony w rozporządzeniu określającym rynki właściwe, w związku z tym wszyscy przedsiębiorcy, niezależnie od zakresu świadczenia usługi, uczestniczą w jednym rynku właściwym, jakim w wymiarze geograficznym jest rynek krajowy. Po czwarte, dokonanie zmian w stosunku do projektu decyzji przedstawionej Komisji po zakończeniu postępowania konsolidacyjnego nie oznacza niedopełnienia obowiązku notyfikacji Komisji Europejskiej (art. 18 Prawa telekomunikacyjnego, art. 7 dyrektywy ramowej i art. 10 TWE), ponieważ stanowisko Komisji kreujące taki obowiązek nie może być uznane za powszechnie obowiązujące prawo wspólnotowe. Po piąte, obowiązki regulacyjne przewidziane w zaskarżonej decyzji są proporcjonalne i adekwatne do zidentyfikowanych problemów na danym rynku właściwym, jak i celu regulacyjnego, który ma być osiągnięty poprzez nałożenie określonego obowiązku (art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 1 ust. 2 tego Prawa. Po szóste, przedstawienie Prezesowi UOKiK projektu decyzji czyniło zadość wymaganiom określonym w art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego).

Powódka zaskarżyła powyższy wyrok w całości skargą kasacyjną, w której zarzuciła naruszenie prawa materialnego, tj. 1) art. 18 Prawa telekomunikacyjnego (w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania zaskarżonej decyzji) w związku z art. 7 dyrektywy ramowej, art. 8 ust. 4 dyrektywy dostępowej oraz art. 4 ust. 3 TUE poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego przed Komisją Europejską i krajowymi organami regulacyjnymi, co do całości projektu decyzji; 2) art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego poprzez błędną wykładnię i wydanie decyzji mimo braku porozumienia w sprawie jej treści między Prezesem Urzędu i Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; 3) art. 21 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego w związku z art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji

i konsumentów poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego poprzez a) włączenie do zakresu produktowego rynku usługi dosyłu; b) włączenie do tego rynku usług transmisji w technologii cyfrowej, mimo stwierdzenia, że usługi takie nie stanowią substytutu dla usług transmisji w technologii analogowej przez okres najbliższych dwóch lat; c) stwierdzenie, że usługi transmisji programów radiowych świadczone przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy oraz usługi transmisji programów telewizyjnych świadczone przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy należą do jednego rynku produktowego; d) przyjęcie, że nie ma potrzeby wyodrębniania rynków lokalnych w zakresie usług transmisji programów radiowych i telewizyjnych; e) stwierdzenie, że usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych wchodzą w skład jednego rynku właściwego; f) stwierdzenie, że usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w sieciach kablowych oraz przez transmisje satelitarną nie stanowią substytutu dla transmisji w sieciach naziemnych; 4) art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego poprzez nałożenie obowiązków regulacyjnych z pominięciem zasady proporcjonalności i adekwatności; 5) § 2 pkt 11 rozporządzenia poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie definicji rynku odbiegającej od określonej w tym rozporządzeniu.

Wskazując na powyższe powódka wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz poprzedzającego go wyroku Sądu pierwszej instancji i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez uchylenie zaskarżonej decyzji, w przypadku zaś nieuwzględnienia tego wniosku, wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości oraz poprzedzającego go wyroku Sądu pierwszej instancji i orzeczenie co do istoty sprawy poprzez zmianę zaskarżonej decyzji w pkt III oraz załącznika nr 1 poprzez nadanie decyzji oraz załącznikowi brzmienia wskazanego na s. 4-7 skargi kasacyjnej, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Skarga kasacyjna powódki jest zasadna.
2. Trafny jest zarzut naruszenia zaskarżonym wyrokiem przepisu art. 18 Prawa telekomunikacyjnego (w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania

zaskarżonej decyzji) w związku z art. 7 dyrektywy ramowej, art. 8 ust. 4 dyrektywy dostępowej oraz art. 4 ust. 3 TUE poprzez zaniechanie przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego przed Komisją Europejską (Komisja) i krajowymi organami regulacyjnymi, co do całości projektu decyzji. Sąd drugiej instancji pominął istotny dla rozstrzygnięcia sprawy problem prawny, czy w sytuacji, gdy organ regulacyjny wydaje decyzją różniącą się w swej treści od projektu decyzji przedstawionego Komisji, jest obowiązany do ponownego przedstawienia Komisji projektu zmienionej decyzji, a w szczególności nie ocenił, czy wprowadzone w stosunku do pierwotnego projektu decyzji zmiany są tak istotne, że wymagają ponownego przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego. Dla rozstrzygnięcia tego problemu nie ma znaczenia, czy stanowisko Komisji w tym zakresie ma charakter powszechnie obowiązującego prawa unijnego. Obowiązek przeprowadzenia takiego postępowania wynika z dyrektywy ramowej, zaś kwestią interpretacji jest jedynie, czy obowiązek ten wyczerpuje się w przypadku przeprowadzenia postępowania konsolidacyjnego, czy wiąże nadal w sytuacji wprowadzenia zmian do treści decyzji po jego zakończeniu.

3. Sąd Najwyższy w obecnym składzie podziela przedstawioną w tym zakresie argumentację prawną powódki. Postępowanie konsolidacyjne okazałoby się fikcją, zaś jego cele nie mogłyby zostać zrealizowane, gdyby krajowe organy regulacyjne mogły zmieniać treść projektu decyzji, która była przedmiotem konsultacji z Komisją, bez konieczności ponownego przedłożenia projektu do oceny Komisji. Zdaniem Sądu Najwyższego nie ma potrzeby przedstawiania projektu decyzji w ramach postępowania konsolidacyjnego, jeżeli krajowy organ regulacyjny dostosowuje się do zawartych w pierwotnej opinii sugestii lub zastrzeżeń, i konsekwencją tego dostosowania jest odpowiednia zmiana treści decyzji. Dotyczy to zarówno sytuacji, w których uwzględnienie stanowiska Komisji prowadzi do zmiany obowiązków przewidzianych w zaopiniowanym projekcie decyzji jak i rezygnacji z niektórych z nich. Analogicznie jest w przypadku rozbudowania analitycznej części uzasadnienia decyzji. Jeżeli jednak krajowy organ regulacji, wydając właściwą decyzję, zamierza odstąpić od jej wersji przedstawionej do

zaopiniowania Komisji w innym zakresie, niż wynikający ze stanowiska tego organu unijnego, w szczególności jeżeli nakłada nowe obowiązki regulacyjne, co do których Komisja nie miała okazji się wypowiedzieć, wówczas konieczne jest ponowne przedstawienie projektu decyzji do konsultacji przez Komisję w trybie określonym w art. 8 ust. 4 dyrektywy ramowej. Rolą sądu rozpatrującego sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu jest zaś ocena, czy zmiany dokonane w stosunku do objętego postępowaniem konsolidacyjnym wynikają jedynie z uwzględnienia stanowiska Komisji lub uzupełnienia analiz rynkowych o kwestii sugerowane przez Komisję, czy też cechują się wspomnianą wyżej „nowością” w zakresie elementów rozstrzygnięcia sprawy przez organ regulacyjny. Z przeprowadzenia powyższej analizy sąd jest zwolniony w przypadku, gdy wprowadzone przez Prezesa Urzędu modyfikacje odnoszą się do kwestii, które nie wpływają na stosunki handlowe między państwami członkowskimi w rozumieniu art. 18 Prawa telekomunikacyjnego.

4. Zasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Apelacyjny nie wyjaśnił, jaki charakter prawny ma porozumienie, o którym mowa w art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Za takie nie może być w żadnym razie uznane dwuzdaniowe uzasadnienie, że przedstawienie projektu decyzji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów czyni zadość temu przepisowi. W tej instytucji prawnej chodzi bowiem o to, czy i w jakim zakresie Prezes Urzędu jest związany stanowiskiem Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów przy wydawaniu swojej decyzji. Zdaniem Sądu Najwyższego, skoro w relewantnym dla rozpoznania niniejszej sprawy brzmieniu art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego, niektóre decyzje Prezesa Urzędu wydawane były w porozumieniu z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, oznaczało to, że wpływ organu antymonopolowego na treść decyzji Prezesa Urzędu był większy, niż samo przedstawienie opinii w kwestii projektowanego rozstrzygnięcia. Skoro w przepisie art. 25 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego mowa była o wydaniu decyzji „w porozumieniu”

oznacza to, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powinien zaakceptować treść decyzji Prezesa Urzędu.

5. Częściowo zasadny okazał się zarzut naruszenia art. 21 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego. Sąd Apelacyjny prawidłowo uznał, że rynkiem właściwym jest rynek krajowy. Należy bowiem przypomnieć, że w sprawie chodzi o prawo regulacyjne, a nie prawo konkurencji. Logiką prawa regulacyjnego jest zaś pewien sposób definiowania rynku właściwego, a mianowicie na pierwszym etapie ustalania rynku właściwego są stanowione przepisy prawne, które definiują rynek właściwy pod względem geograficznym, a następnie Prezes Urzędu w ramach tak ogólnie określonego rynku realizuje swoje kompetencje. Przez „rynek właściwy” rozumie się zgodnie z przepisami ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 z późn. zm.) - do której odsyła art. 21 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego - rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty, oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Rynki właściwe poddane analizie przez Prezesa Urzędu, a następnie – w przypadku braku skutecznej konkurencji – poddane regulacji, określa w drodze rozporządzenia minister właściwy do spraw łączności. W dniu 25 października 2004 r. Minister Infrastruktury, działając na podstawie art. 22 ust. 1 Prawa telekomunikacyjnego, wydał stosowne rozporządzenie (zwane dalej rozporządzeniem Ministra Infrastruktury), w którym w zakresie wyrobów i usług telekomunikacyjnych koniecznych dla przedsiębiorców do świadczenia usług na rzecz użytkowników końcowych wskazał jako rynek poddany analizie rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych (§ 2 pkt 11 rozporządzenia Ministra Infrastruktury). Rynek ten, zgodnie z § 3 rozporządzenia Ministra Infrastruktury jest rynkiem krajowym.

6. Przepis art. 21 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego został w niniejszej sprawie naruszony skutkiem uwzględnienia usługi dosyłu w wymiarze produktowym rynku właściwego poddanego regulacji. Jak trafnie podnosi powódka, wyznaczenie rynku właściwego pod względem produktowym następuje w wyniku analizy substytucyjności towarów (usług) z perspektywy ich nabywców. Tymczasem w niniejszej sprawie podstawę dla zakwalifikowania usługi dosyłu do rynku produktowego obejmującego transmisję programów radiowych i telewizyjnych stanowiło oferowanie obu usług „najczęściej w pakiecie” (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego, s. 4), a zatem analiza strony podaźowej, z pominięciem optyki klientów przedsiębiorców zajmujących się transmisją sygnałów.
7. Przepis ten został również naruszony w ten sposób, że Sąd Apelacyjny wyjaśniając, że usługa dosyłu składa się na wymiar produktowy rynku właściwego świadczenia usług transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym (tzw. rynek 18), ograniczył się do lakonicznej argumentacji, zgodnie z którą rynek ten obejmuje usługę transmisji, a nie tylko usługę emisji, co upoważnia do twierdzenia, że usługą [...] może być również usługa dosyłu” (uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego, s. 14).
8. Pojęcia emisji, transmisji oraz dosyłu nie zostały zdefiniowane w Prawie telekomunikacyjnym. Tymczasem w potocznym rozumieniu emisja to „nadawanie programu radiowego lub telewizyjnego”, transmisja to „przesyłanie, przekazywanie na odległość dźwięków, obrazów, sygnałów za pośrednictwem fal elektromagnetycznych”, zaś - według rozumienia przyjętego przez Prezesa Urzędu, powódkę oraz Sądy obu instancji - dosył to dostarczanie sygnału od nadawcy programu do stacji nadawczej umożliwiającej rozpowszechnienie sygnału w taki sposób, by możliwy był jego odbiór przez użytkowników końcowych. Oznacza to, że konieczne jest wyjaśnienie wzajemnych relacji między zakresami znaczeniowymi „emisji”, „transmisji” oraz „dosyłu”, a w szczególności ustalenie zakresu pojęciowego słowa „transmisja” pod kątem tego, czy obejmuje ono przesyłanie sygnału od nadawcy do użytkownika końcowego, czy tylko od stacji nadawczej

operatora sieci transmisyjnej do użytkownika końcowego. Tymczasem w niniejszej sprawie pojęcia te używane są w dowolny sposób. Przykładowo, Prezes Urzędu traktuje w swojej decyzji jako „transmisję” usługę rozpowszechniania programów radiofonicznych lub telewizyjnych (uzasadnienie decyzji Prezesa Urzędu, s. 22), a usługę dosyłu jako usługę odrębną od usługi transmisji, lecz mającą podstawowe znaczenie dla „dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowych” (Ibidem), a następnie stwierdza, że „dla potrzeb niniejszej analizy rynek produktowy składa się zarówno z rynku dosyłu, jak i emisji”. Z kolei powódka w skardze kasacyjnej, zarzucając wadliwe wyznaczenie rynku właściwego poprzez zaliczenie do niego usługi transmisji oraz usługi dosyłu sygnału, odwołuje się do rozróżnienia między usługą emisji programów oraz usługą dosyłu, wyjaśniając, że usługa emisji świadczona jest z obiektów nadawczych, zaś usługa dosyłu świadczona jest do obiektów nadawczych (uzasadnienie skargi kasacyjnej, s. 23). W ten sposób pod pojęciem transmisji powódka rozumie emisję.

9. Powódka trafnie wywodzi, że między dosyłem a emisją nie zachodzi substytucyjność, zatem obie usługi jako takie nie wchodzą w skład jednego rynku właściwego w oparciu o analizę strony popytowej. Jednakże w niniejszej sprawie mamy do czynienia z rynkiem właściwym, którego zakres został częściowo wyznaczony przez przepisy prawa, mianowicie przepisy rozporządzenia Ministra Infrastruktury. Skoro zatem rynkiem właściwym jest rynek „świadczania usług transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczenia treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym”, oznacza to, że regulacji przez Prezesa Urzędu poddane może być oferowanie przez przedsiębiorcę telekomunikacyjnego posiadającego znacząca pozycję rynkową określonej usługi, jaką jest transmisja programów. Tak rozumiana usługa może zaś składać się, jak trafnie argumentował Sąd Apelacyjny, z pewnego pakietu usług, które są względem siebie komplementarne, a nie substytucyjne. Jeżeli zatem okaże się, że „transmisja” z uwagi na warunki funkcjonowania rynku jest szerszą kategorią pojęciową, obejmującą łącznie dosył sygnału i jego emisję,

oznacza to, że powódka podlega regulacji tylko w takim zakresie, w jakim świadczy pakiet usług (dosył + emisja), zaś świadczenie samej usług dosyłu, jak i samej usługi emisji takowej regulacji nie podlega, ponieważ nie jest transmisją sygnału. Natomiast jeżeli usługa transmisji sygnału ma miejsce dopiero po dostarczeniu go do odpowiedniego nadajnika, wówczas usługa dosyłu nie wchodzi w skład tzw. rynku 18.

10. Ustosunkowując się do dalszych postaci naruszenia art. 21 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego podniesionych w skardze kasacyjnej należy stwierdzić, że skoro rynek właściwy składa się z towarów substytucyjnych, przepis ten został naruszony poprzez włączenie do rynku właściwego usług transmisji w technologii cyfrowej, mimo stwierdzenia, że usługi takie nie stanowią substytutu dla usług transmisji w technologii analogowej przez okres najbliższych dwóch lat.
11. Nieuzasadniony jest zarzut naruszenia art. 21 ust. 2 Prawa telekomunikacyjnego poprzez stwierdzenie, że usługi transmisji programów radiowych lub telewizyjnych przy użyciu nadajników o różnej mocy należą do jednego rynku produktowego. Powódka uzasadnia powyższy zarzut opisując szczegółowo różnice między stacjami nadawczymi oraz antenami stacji różnej mocy oraz zestawiając liczbę stacji nadawczych obsługiwanych przez powódkę z całkowitą liczbą stacji nadawczych na rynkach emisji telewizyjnej oraz radiowej, z podziałem na poszczególne segmenty odpowiadające różnym mocom nadajników, a także podnosząc argument o braku barier wejścia na rynek nadajników małej i średniej mocy. Powyższa argumentacja nie podważa jednak ustaleń i ich oceny prawnej dokonanej przez Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie, zgodnie z którymi istnieje substytucja między usługami transmisji programów telewizyjnych lub programów radiowych świadczonych przy użyciu nadajników różnej mocy, zaś działający na rynku transmisji przedsiębiorcy korzystają z nadajników o różnej mocy, w zależności od zgłoszonych przez klientów potrzeb.
12. Z uwagi na uwzględnienie zarzutów dotyczących postępowania konsolidacyjnego, współpracy z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz wadliwego wyznaczenia rynku właściwego,

beprzedmiotowe jest na obecnym etapie rozważanie, czy doszło do naruszenia art. 25 ust. 4 Prawa telekomunikacyjnego poprzez nałożenie obowiązków regulacyjnych z pominięciem zasady proporcjonalności i adekwatności.

13. Mając powyższe na względzie, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji wyroku.