



Sygn. akt III SK 7/15

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 5 listopada 2015 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Zbigniew Myszka

Protokolant Anna Matura

w sprawie z powództwa E. spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.  
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
z udziałem zainteresowanego Związku Pracodawców Mediów Publicznych w W.  
o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej,  
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw  
Publicznych w dniu 5 listopada 2015 r.,  
skarg kasacyjnych: strony pozwanej i strony powodowej od wyroku Sądu  
Apelacyjnego  
z dnia 26 maja 2014 r.,

**I. oddała skargę kasacyjną pozwanego,**

**II. uchyła ze skargi powoda zaskarżony wyrok Sądu  
Apelacyjnego w punkcie I w zakresie w jakim wyrok ten oddała  
apelację powoda oraz zmienia poprzedzający go wyrok Sądu  
Okręgowego w W. z dnia 18 grudnia 2012 r., w punkcie 1 w ten  
sposób, że nadaje mu następujące brzemienie :**

**"zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2007 r., [...] w ten sposób, że nadaje jej następujące brzmienie : "na podstawie art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2000 r., nr 244, poz. 2080 z późn zm.) w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. nr 50, poz. 331, z późn zm.) nie stwierdza posiadania przez TP E. Sp. z o.o. z siedzibą w K. (obecnie E. Sp. z o.o.) pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej stacji nadawczej ",**

**III. uchyla zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego w punkcie II i zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 1270 zł (tysiąc dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania w postępowaniu apelacyjnym,**

**IV. zasądza od pozwanego na rzecz powoda kwotę 360 zł (trzysta sześćdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.**

## **UZASADNIENIE**

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z 25 października 2007 r., nr [...], po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek Związku Pracodawców Mediów Publicznych w W. (zainteresowany), na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej jako uokik z 2000 r.), w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2007 r. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik) uznał działania TP E. Sp. z o.o. w K. (powód) polegające na stosowaniu w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów, powodujących uprzywilejowanie niektórych z nich, poprzez niezasadne różnicowanie stawek za usługi emisji sygnału radiowego i

telewizyjnego na krajowym rynku w naziemnej sieci nadawczej, za nadużycie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r. i nakazał zaniechanie jej stosowania. Prezes Urzędu nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 19.156.000,00 zł.

Prezes Urzędu w uzasadnieniu decyzji podkreślił, że powód dopuścił się czynu określonego w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r., poprzez różnicowanie warunków umownych powodujące uprzywilejowanie niektórych kontrahentów. Prezes ustalił, że rynkiem właściwym dla powoda jest krajowy rynek usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, zatem zakres działania powoda obejmuje obszar całego kraju.

Prezes Urzędu ustalając, czy powód ma pozycję dominującą na rynku wziął pod uwagę udział powoda w rynku, bariery wejścia na rynek oraz potencjalną konkurencję. Po przeprowadzonej analizie Prezes Urzędu ustalił, że w 2005 r. udział powoda w rynku, mierzony wielkością przychodów wynosił 87,06%. Prezes ustalił ponadto, że bariery wejścia na rynek są wysokie oraz brak jest potencjalnej konkurencji.

Prezes Urzędu stwierdził, że powód różnicował nadawców komercyjnych i publicznych, którym świadczył usługi z zakresu emisji sygnału radiowo-telewizyjnego, przyznając podmiotom niepublicznym stawki korzystniejsze o 25-35%. W ocenie Prezesa Urzędu dyskryminacja nadawców publicznych miała na celu przyciągnąć do powoda nowych na rynku, niepublicznych nadawców, a tym samym uniemożliwić powstanie konkurencji wobec oferty powoda. Jednocześnie, ze względu na pewność utrzymania kontrahentów publicznych, powód bez obaw stosował wobec nich stawki zawyżone i generował ich kosztem inną część zysków, które umożliwiały stosowanie niższych stawek wobec podmiotów niepublicznych.

Powód wniósł odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu, zaskarżając ją w całości. Skarżonej decyzji powód zarzucił m.in. naruszenie: 1) art. 4 pkt. 8 uokik z 2000 r. przez jego niewłaściwe zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji nieprawidłowe wyznaczenie rynku relewantnego w sprawie, a w szczególności: przyjęcie, że decydującą rolę przy wyznaczaniu rynku relewantnego produktowo odgrywa subsydiarność podaży, przyjęcie, że wyznaczenie rynku relewantnego może nastąpić na podstawie innych niż wskazane w ustawie

kryteriów, jeżeli ich zastosowanie prowadzi do ograniczenia postępowania dowodowego i w konsekwencji przyjęcie, że: usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych wchodzą w skład jednego rynku właściwego, usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych w sieciach kablowych oraz przez transmisje satelitarną nie stanowią substytutu dla transmisji w sieciach naziemnych, usługi transmisji programów radiowych świadczone przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy oraz transmisji programów telewizyjnych świadczonej przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy należą do jednego rynku produktowego, nie istnieje potrzeba wyodrębniania rynków lokalnych w zakresie usługi transmisji programów radiowych lub telewizyjnych.

Wyrokiem z 19 października 2009 r., Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję i zasądził od Prezesa Urzędu na rzecz powoda kwotę 1.360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W ocenie Sądu pierwszej instancji Prezes Urzędu dokonał błędnego ustalenia w zakresie wyznaczenia rynku właściwego. SOKiK orzekł, że nabywcami usługi emisji programów radiowych i telewizyjnych są nadawcy takich programów, mający prawo do ich rozpowszechniania. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226) prawo do rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych przysługuje jednostkom publicznej radiofonii i telewizji oraz podmiotom posiadającym koncesję na taką działalność. Koncesja określa zaś szczegółowe warunki wykonywania działalności nią objętej.

Sąd pierwszej instancji zważył, że dla nabywcy usługi emisji programów radiowych i telewizyjnych substytutami są jedynie usługi odpowiadające parametrom określonym w koncesji. Dlatego też w ocenie Sądu Okręgowego przyjęto, że określenie „rynek usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej” obejmuje zbiór rynków właściwych, wyodrębnionych w oparciu o rodzaj emisji, moc nadajnika i maksymalną moc promieniowania anteny, a także rodzaj programu, który może być nadawany. SOKiK orzekł, że wobec nieprawidłowego określenia przez Prezesa Urzędu rynku właściwego nie było podstaw do dokonania ustaleń, czy powód posiada pozycję dominującą. Sąd pierwszej instancji nie znalazł ponadto podstaw do wydania wyroku reformującego

rozstrzygnięcie administracyjne, ponieważ zdaniem Sądu wydana decyzja jest przedwczesna, zatem brak było podstaw do jej wydania.

Apelacje od wyroku Sądu Okręgowego wnieśli Prezes Urzędu i zainteresowany. Wyrokiem z 13 maja 2010 r., Apelacyjny uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania Sądowi Okręgowemu w W.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny zaznaczył, że postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym, inicjowanym poprzez wniesienie odwołania od decyzji administracyjnej, toczącym się według zasad kontradyktoryjności. Odwołanie warunkuje zakres rozpoznania sprawy przez SOKiK, a strony dysponują w ramach tego zakresu swobodą inicjowania postępowania dowodowego, poza uwzględnianym w sprawie materiałem dowodowym zebrany w postępowaniu administracyjnym. Po przeprowadzeniu tego postępowania Sąd Okręgowy wydaje stosowne orzeczenie ad meritum, czyli ustosunkowuje się do zaskarżonej decyzji. Zadaniem Sądu Okręgowego jest merytoryczna ocena poddanej jego rozstrzygnięciu decyzji Prezesa Urzędu, gdyż to właśnie sądowa kontrola jest wykładnikiem słuszności wydanej w sprawie decyzji. SOKiK, stosownie do treści art. 479<sup>31a</sup> k.p.c., nie dysponuje możliwością do stwierdzenia nieważności decyzji Prezesa Urzędu. Wynika to z merytorycznego charakteru kontroli sądowej, która nie obejmuje kwestii związanych z samym postępowaniem administracyjnym. Nie pozbawia to jednak strony prawa do obrony swych słusznych interesów, gdyż meritum sporu zostaje poddane kontroli sądowej.

SOKiK, powołując się na orzecznictwo Sądu Najwyższego wskazuje, że celem umożliwienia prowadzenia kontradyktoryjnego postępowania sądowego niezbędne jest wyczerpanie postępowania administracyjnego przed Prezesem Urzędu, które to określenie oznacza kompletność przeprowadzonego postępowania. Po przeprowadzeniu postępowania dowodowego SOKiK uwzględnia bądź oddala odwołanie. Oddalenie następuje w przypadku stwierdzenia przez Sąd braku podstaw do jego uwzględnienia, w przypadku zaś uwzględnienia odwołania Sąd zaskarżoną decyzję albo uchyła, albo zmienia w całości lub w części i orzeka co do istoty sprawy. Uchylenie zaskarżonej decyzji może nastąpić jedynie w wypadku stwierdzenia przez Sąd braku podstaw do jej wydania. Sąd nie ma

podstaw do uchylenia decyzji i przekazania sprawy Prezesowi Urzędu do ponownego rozpoznania. Jest to powodowane koniecznością wydania przez Sąd orzeczenia merytorycznego, nawet jeżeli ów merytoryczny charakter rozstrzygnięcia sprowadza się do uchylenia zaskarżonej decyzji.

Sąd Okręgowy w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podniósł, że w konsekwencji błędnego ustalenia rynku właściwego brak jest podstaw do ustalenia, czy powód zajmuje pozycję dominującą.

Art. 9 uokik ma zapobiegać stosowaniu praktyki ograniczającej konkurencję, jaką jest nadużycie pozycji dominującej. Warunkiem koniecznym stosowania tej praktyki jest posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym. Dla celów stosowania powyższego artykułu niezbędne jest uprzednie wyznaczenie rynku właściwego, gdyż warunkuje ono określenie czy dany przedsiębiorca dysponuje siłą rynkową wystarczającą dla ograniczenia konkurencji lub eksploatacji pozycji rynkowej kosztem innych uczestników obrotu. Jeżeli zatem w ocenianym przypadku nie stwierdzi się posiadania przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, wówczas analiza jego zachowań rynkowych - dla potrzeb stosowania powyższej regulacji- staje się bezprzedmiotowa, przepis ten nie znajduje bowiem zastosowania. W skarżonej decyzji Prezes Urzędu dokonał ustaleń w zakresie rynku właściwego, które doprowadziły go do stwierdzenia, że powód nadużywa pozycji dominującej. SOKiK dochodząc do przekonania, że zdefiniowany przez Prezesa Urzędu w zaskarżonej decyzji rynek właściwy określony został w sposób nieprawidłowy, nie dokonał w tym zakresie własnych ustaleń z powołaniem się na konkretne dowody, zebrane w toku postępowania. Sąd Okręgowy ograniczył się w istocie jedynie do przytoczenia ustawowej regulacji dotyczącej koncesji i na tej podstawie dokonał oceny prawnej rynku właściwego, bez odniesienia się do stanu faktycznego przedmiotowej sprawy, jak również bez konfrontacji swojego stanowiska z definicją rynku właściwego, zawartą w art. 4 pkt 8 Prawa telekomunikacyjnego.

Sąd Apelacyjny, mając na uwadze, że odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu, podobnie jak pozew rozpoczyna kontradyktoryjne postępowanie sądowe orzekł, że konstatacja SOKiK w zakresie wadliwego określenia rynku właściwego nakłada na

Sąd obowiązek dokonania własnych ustaleń i określenia tego rynku, czego Sąd Okręgowy nie uczynił.

Wyrokiem z 4 grudnia 2012 r., Sąd Okręgowy, po ponownym rozpatrzeniu sprawy ustalił następujący stan faktyczny.

Powód, będący członkiem grupy kapitałowej Telekomunikacji Polskiej S.A., jest wiodącym operatorem naziemnej sieci radiowo-telewizyjnej w Polsce. Powód świadczy usługi w zakresie analogowej i cyfrowej emisji naziemnej oraz transmisji sygnałów radiofonicznych i telewizyjnych. Powód prowadzi także działalność w zakresie projektowania, instalacji i doradztwa technicznego w systemach radiodfuzyjnych i radiotelekomunikacyjnych oraz wynajmu infrastruktury na potrzeby nadawców i operatorów. Usługi emisji sygnału radiowego i telewizyjnego powód świadczy zarówno nadawcom publicznym, jak i komercyjnym i jest głównym dostawcą usług tego typu na terenie Polski.

Stosunki handlowe powoda z jego kontrahentami mają, co do zasady, charakter długoterminowy. Umowy zawierane są na czas określony, zazwyczaj do ostatniego dnia obowiązywania koncesji nadawcy. Wysokości opłat za świadczone przez powoda usługi skalkulowane są w oparciu o szereg czynników kosztowych i obliczane oddzielnie dla poszczególnych stacji nadawczych. Powód stosuje w umowach dwie metody kalkulacji opłat. Pierwsza oparta jest o wskazane w umowach algorytmy. Druga określona jest w sposób ryczałtowy (brak w tym wypadku wskazania, w jaki sposób doszło do wyliczenia opłat).

W stosunku do wszystkich nadawców publicznych oraz większych komercyjnych nadawców radiowych stosowane są opłaty wyliczane w oparciu o algorytm. Pozostali nadawcy uiszczają opłatę ryczałtową. Zmienne wchodzące w skład stosowanego przez powoda algorytmu dotyczą m.in. mocy promieniowania nadajnika, właściwości nadajnika, pokrycia ludnościowego (liczba potencjalnych odbiorców sygnału), ceny kilowata mocy promieniowania, itd.

SOKiK zważył, że w analizowanej sprawie należy stosować przepisy uokik z 2000 r. Sąd Okręgowy orzekł, że istotnym jest ustalenie w pierwszej kolejności czy przedsiębiorca ma pozycję dominującą na rynku właściwym, co z kolei wymusza określenie rynku właściwego, a także czy pozycji tej nadużywa w sposób opisany w

powołanym przepisie oraz czy nadużywanie tej pozycji stwarza osobom trzecim zróżnicowane warunki konkurencji.

Sąd pierwszej instancji, dzieląc zapatrywanie powoda, wskazał, że odrębny tryb, w jakim rozpoznawane są sprawy z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów w sądach powszechnych nie zmienia ogólnych zasad postępowania, dotyczących rozkładu ciężaru dowodu oraz zasad kontradyktoryjności. Zatem na Prezesie Urzędu, który wydał zaskarżoną decyzję, spoczywał obowiązek wykazania antykonkurencyjnego postępowania powoda, jego pozycji dominującej i rynku właściwego oraz wszystkich okoliczności, które doprowadziły do takiej konstatacji. Specyfika trybu postępowania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów zasadza się na przyjęciu założenia, że organ gromadzi w toku postępowania administracyjnego dowody, służące poparciu jego twierdzeń, a strona odwołująca się w procesie przedstawia sądowi dowody, które mają przyczynić się do obalenia twierdzeń organu. Jeśli więc w trakcie postępowania powód przedstawi dowody obalające konkluzję przyjętą w decyzji, obowiązkiem sądu jest dokonanie oceny legalności decyzji i w zależności od przewidzianych prawem możliwości zmiana decyzji bądź jej uchylenie. Nie jest natomiast rzeczą sądu zastępowanie organu i przeprowadzania postępowania od początku. W sytuacji zaś, gdy organ zaniechał dostarczenia stosownych dowodów i decyzja nie znajduje odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym, na odwołującym spoczywa obowiązek przeprowadzenia przeciwdowodu, w tym przypadku wykazania, że nie nadużywa pozycji dominującej. Koncepcja ta, co podkreślił Sąd Okręgowy akceptowana jest także w orzecznictwie Sądu Najwyższego, choć pojawia się w poszczególnych wyrokach fragmentarycznie (np. wyrok Sądu Najwyższego z 17 marca 2010 r., III SK 40/09).

Sąd pierwszej instancji, dokonując oceny prawidłowości ustalenia przez Prezesa Urzędu rynku właściwego doszedł do przekonania, że prezentowana w uzasadnieniu skarżonej decyzji teoria podażowej substytucyjności produktów nie znajduje uzasadnienia w przepisach krajowych. Zasadniczo pod pojęciem rynku właściwego, w myśl art. 4 pkt 8 uokik rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na



ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Chociaż definicja rynku właściwego jest dość jednoznaczna i wskazuje, że substytucyjność towarów odnosi się do popytu, to jednak w doktrynie przyjmuje się, że decydująca w tym względzie może okazać się substytucyjność podaży. Substytucyjność podażowa, rozumiana jako element służący do wyznaczania produktowego rynku właściwego występuje także w orzecznictwie europejskim. Sąd Okręgowy podkreślił jednak, że analiza strony podażowej nie może odbywać się z pominięciem „optyki klientów przedsiębiorcy”, co znajduje odzwierciedlenie także w orzecznictwie Sądu Najwyższego (wyrok Sądu Najwyższego z 2 lutego 2011 r., III SK 18/10).

SOKiK zaznaczył, że w przedmiotowej sprawie brak substytucyjności popytu nie budzi zastrzeżeń także po stronie Prezesa Urzędu, co potwierdza uzasadnienie skarżonej decyzji. Nadawcy radiowi nie są bowiem zainteresowani emisją sygnału telewizyjnego i odwrotnie. Zatem skoro z punktu widzenia nadawców, czyli strony popytowej brak jest substytucyjności, gdyż usługi emisji sygnału radiowego i telewizyjnego nie są wymienne, a także brak jest substytucyjności z punktu widzenia ostatecznych odbiorców, Sąd Okręgowy orzekł, że nie pozwala to na uznanie występowania substytucyjności podaży. Prezes Urzędu wskazując na substytucyjność ww. usług odwoływał się do faktu częstego emitowania obu sygnałów z tych samych obiektów nadawczych i wykorzystywania w tym celu wspólnych elementów infrastruktury. Ten aspekt substytucyjności został także podkreślony przez Prezesa Urzędu przy dokonywaniu analizy kosztów wpływających na cenę usług emisji. Prezes wskazywał, że nadawcy coraz częściej decydują się na zakup własnych urządzeń emisyjnych i dosyłowych, wykupując w istocie u dostawcy tylko dostęp do masztu i jego obsługę oraz obsługę zainstalowanych urządzeń, stanowiących własność nadawcy. W ocenie Sądu pierwszej instancji powyższy argument nie przesądza także istnienia substytucyjności podaży pomiędzy naziemną emisją sygnału radiowego i telewizyjnego, gdyż dotyczy to innego rynku, jakim jest rynek udostępniania obiektów nadawczych. Z opinii biegłego sądowego wynika, że koszty przejścia ze świadczenia usług emisji sygnału radiowego na telewizyjny, na tym samym obiekcie

nadawczym, stanowią znaczną barierę ekonomiczną, gdyż wiążą się z koniecznością zakupu urządzeń transmisyjnych i przebudową elementów infrastrukturalnych, takich jak zasilanie i klimatyzacja. Barię może być także wysokość masztu, który może nie kwalifikować się do montażu urządzeń do emisji innego, niż dotychczasowy sygnału. Ta bariera znacznych kosztów stanowi o braku substytucyjności podaży.

Sąd Okręgowy podkreślił, że jeżeli zdaniem Prezesa Urzędu substytucyjność wynika z posiadania masztów, to rynkiem właściwym powinien być rynek udostępniania obiektów nadawczych, a nie emisji sygnału. W opinii Sądu pierwszej instancji, ze względu na zróżnicowane zainteresowania nadawców zakresem usług związanych z emisją programów należałoby wydzielić rynek emisji sygnału telewizyjnego i rynek emisji sygnału radiowego, które to rynki zostałyby zdefiniowane pod względem popytowym. Takie też założenia stały się podstawą dla Sądu Okręgowego przy dokonywaniu analizy nadużywania pozycji dominującej, na rynkach zdefiniowanym zgodnie z powyższym założeniem.

SOKiK zważył, że przy ustalaniu czy powód ma pozycję dominującą na rynku Prezes Urzędu wziął pod uwagę trzy kryteria, tj. udział w rynku, bariery wejścia na rynek oraz potencjalną konkurencję. Jednakże, w postępowaniu prowadzonym przez Prezesa nie został spełniony wstępny warunek zastosowania zakazu nadużycia pozycji dominującej, jakim jest prawidłowe zdefiniowanie rynku właściwego, na którym ujawniają się lub mogą się ujawnić zachowania antykonkurencyjne. Skora zatem nie można dokonać w ramach postępowania sądowego ustaleń koniecznych dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej na innym rynku niż zdefiniowany i zanalizowany przez Prezesa Urzędu rynek właściwy, to zdaniem Sądu Okręgowego konieczne jest uchylenie decyzji.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wnieśli powód, Prezes Urzędu i zainteresowany.

Powód zaskarżył wyrok w części dotyczącej punktu pierwszego. Zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenia art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. przez jego błędne zastosowanie, polegające na uchyleniu zaskarżonej decyzji Prezesa Urzędu w sytuacji, gdy poczynione przez Sąd ustalenia nakazywały jej zmianę w całości i orzeczenie co do istoty sprawy przez stwierdzenie niestosowania przez powoda

zarzucanej mu praktyki nadużywania pozycji dominującej. Powód wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i zmianę decyzji Prezesa Urzędu przez orzeczenie niestwierdzenia stosowania przez powoda praktyki nadużycia pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok SOKiK w całości, zarzucając m.in. naruszenia art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji przyjęcie, że ze strony Prezesa Urzędu doszło do nieprawidłowego wyznaczenia rynku właściwego w sprawie krajowego rynku emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, polegające na błędnym uznaniu, że decydującą rolę przy wyznaczaniu rynku właściwego ma w niniejszej sprawie substytucyjność popytowa usługi transmisji sygnału radiowego i sygnału telewizyjnego, co nie pozwala na ustalenie istnienia substytucyjności podażowej ww. usług, błędnym przyjęciu, że brak jest substytucji podażowej usług sygnału radiowego i telewizyjnego, a w konsekwencji nieprawidłowe określenie jako rynków właściwych w sprawie rynku emisji sygnału telewizyjnego i rynku emisji sygnału radiowego i brak jednoznacznego określenia wymiaru geograficznego rynku właściwego.

Zainteresowany zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego w całości zarzucając naruszenie art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r., poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji błędne przyjęcie, że rynek świadczenia usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej nie istnieje; pominięcie substytucji podażowej występującej na rynku świadczenia usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, a w konsekwencji wadliwe określenie rynku relewantnego, jako odrębnych rynków usług emisji programów radiowych i usług emisji programów telewizyjnych z pominięciem zasadniczej części tego rynku w postaci infrastruktury nadawczej.

Wyrokiem z 26 maja 2014 r., Sąd Apelacyjny oddalił wszystkie apelacje i wzajemnie zniósł koszty postępowania między stronami.

Sąd drugiej instancji orzekł, że stosownie do art. 4 ust. 8 uokik z 2000 r. przez rynek właściwy rozumie się rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez

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. Dla wyodrębnienia rynku właściwego produktowo podstawowe znaczenie ma punkt widzenia nabywcy danego dobra. W praktyce organów antymonopolowych oraz Komisji Europejskiej bierze się pod uwagę także punkt widzenia sprzedawców. W tym kontekście do jednego rynku Komisja kwalifikuje także te towary, które z punktu widzenia konsumentów nie są wprawdzie substytucyjne, lecz na które producenci stosunkowo szybko są w stanie przestawić swoją produkcję.

SOKiK wyrokiem z 6 grudnia 2000 r., wskazał, że rynek telewizji kablowej od strony podażowej tworzą zarówno operatorzy tradycyjnej telewizji kablowej jak i operatorzy telewizji satelitarnej (platformy cyfrowe). Ich oferta, z punktu widzenia konsumenta jest w pełni substytucyjna. Jednakże stanowisko wyrażone w tym orzeczeniu nie może znaleźć zastosowania w przedmiotowej sprawie, bowiem świadczenie usług transmisji sygnału radiowego i usług transmisji sygnału telewizyjnego stanowi odmienny produkt, który oferowany jest przez powoda. Odbiorca zainteresowany transmisją sygnału telewizyjnego nie jest zainteresowany transmisją sygnału radiowego i odwrotnie, zatem z jego punktu widzenia produkty te nie są substytutami, chociaż niewykluczone jest, że jeden przedsiębiorca może być zainteresowany transmisją obu sygnałów. Jednakże Sąd Apelacyjny, dzieląc stanowisko Sądu Okręgowego orzekł, że pomiędzy tymi produktami nie zachodzi stosunek substytucyjności.

W praktyce podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku właściwego relewantnego produktowo ma kryterium „przeznaczenia” danego towaru. Towary nadające się do takiego samego zastosowania i z tego powodu traktowane przez konsumentów (lub innych odbiorców) jako wymienne należy zakwalifikować do tego samego rynku. Zasadniczym więc kryterium wyznaczania właściwego rynku produktowego jest traktowanie przez konsumentów bądź innych odbiorców produktów jako substytut.

Sąd Apelacyjny podkreślił, że treść sformułowanego przez Prezesa Urzędu zarzutu, dotyczącego stosowania przez powoda zróżnicowanych stawek w

podobnych umowach z nadawcami publicznymi i komercyjnymi sygnałów radiowych i telewizyjnych wskazuje na brak podstaw do ustalenia przez Prezesa jako właściwego rynku substytucyjności podażowej.

Prezes Urzędu ustalając, że stosowanie przez powoda zróżnicowanych stawek w podobnych umowach prowadziło do dyskryminowania nabywców publicznych podkreślił, że celem zachowania powoda było przyciągnięcie nowych na rynku nadawców niepublicznych, a co się z tym wiąże uniemożliwienie powstania konkurencji wobec oferty powoda podmiotów trzecich, które mogłyby przyciągnąć nowe podmioty korzystniejszymi niż stosowane przez powoda stawkami opłat. Tymczasem Prezes Urzędu podniósł w apelacji naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r. poprzez jego niezastosowanie, podczas gdy przepis ten stanowi, że nadużywanie pozycji dominującej polega między innymi na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji. Zakres zastosowania tego przepisu nie odnosi się więc do powoda, a do podmiotów zainteresowanych odbiorem emitowanego przez powoda sygnału radiowego i telewizyjnego, co także przemawia za błędnym ustaleniem rynku właściwego przez Prezesa Urzędu.

Sąd Apelacyjny podzielił stanowisko Sądu pierwszej instancji, który w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku wyraził pogląd, że fakt decydowania się przez nadawców na zakup własnych urządzeń emisyjnych i dosyłowych, wykupujących u dostawcy jedynie dostęp do masztu, jego obsługę oraz obsługę zainstalowanych urządzeń, stanowiących własność nadawcy nie przemawia za istnieniem substytucyjności podaży, ponieważ dotyczy innego rynku.

Sąd drugiej instancji zwrócił także uwagę na fakt, że dla dokonania oceny czy i w jaki sposób przedsiębiorca wykorzystuje swoją dominującą pozycję na rynku niezbędne jest ściśle określenie rynku właściwego. Jak podkreśla się w orzecznictwie rynek ten dotyczy wszystkich towarów jednego rodzaju, które ze względu na szczególne właściwości, głównie zaś ze względu na przeznaczenie, funkcje użytkowe i cenę, odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Najistotniejszym aspektem rynku właściwego, który określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurujących ze sobą

podmiotów, jest jego poziom produktowy, który polega na takim wyodrębnieniu towarów, by możliwe było odróżnienie ich od innych w sposób wykluczający możliwość ich dowolnej zamiany. Tworzą go więc towary, które z perspektywy nabywców i bez uszczerbku dla nich mogą być zastępowane. Wyodrębnienie towarów w powyższy sposób następuje w oparciu o ich szczególne właściwości. Przy ustalaniu zaś rynku produktowego należy stosować wąskie kryterium podziału, by ustalić właściwą, precyzyjną płaszczyznę współzawodnictwa, a także zapewnić funkcjonowanie prawnych instrumentów ochrony konkurencji, przez umożliwienie rzetelnego wyznaczenia poziomu ewentualnej rynkowej dominacji podmiotów funkcjonujących na rynku. Zbyt szerokie definiowanie rynku mogłoby pozbawić znaczenia przyznaną przez prawo antymonopolowe ochronę konkurencji.

Rynek pod względem przedmiotowym tworzą więc towary, które, z punktu widzenia nabywcy charakteryzują się bliską substytucyjnością. W podobny sposób rynek relewantny asortymentowo definiuje TSUE, uznając za taki rynek obejmujący produkty, które ze względu na ich właściwość szczególnie nadają się do zaspokojenia potrzeb w sposób ciągły i są jedynie w ograniczonym zakresie wymienne z innymi wyrobami. W związku z powyższym niezasadny jest w ocenie Sądu Apelacyjnego zarzut wybiórczej oceny materiału dowodowego, dokonanej przez Sąd pierwszej instancji, w zakresie, w jakim uznał, że fakt zakupu przez nadawców własnych urządzeń emisyjnych i dosyłowych dotyczy innego rynku, tj. rynku udostępniania obiektów nadawczych.

Sąd drugiej instancji podkreślił, że możliwe jest wyznaczenie rynku właściwego, jako rynku towarów, które z punktu widzenia konsumentów nie są wprawdzie substytucyjne, ale na które producenci stosunkowo szybko są w stanie przestawić swoją produkcję. Jak wynika z opinii biegłego koszt przejścia ze świadczenia usług emisji sygnału radiowego na telewizyjny na tym samym obiekcie nadawczy stanowi znaczną barierę ekonomiczną, gdyż wiąże się z nakładem w postaci zakupu urządzenia transmisyjnego i przebudową elementów infrastruktury takich jak zasilanie i klimatyzacja. Dodatkową barierą może być wysokość masztu, która może uniemożliwiać montaż urządzeń do emisji sygnału innego niż dotychczasowy. Bariery te stanowią o braku substytucyjności podaży, gdyż nie

istnieje stosunkowo szybka możliwość przestawienia emisji innego niż dotychczas emitowanego sygnału.

Sąd Apelacyjny nie podzielił również stanowiska Prezesa Urzędu, iż doszło do naruszenia przez SOKiK przepisu art. 479<sup>31a</sup> § 1 i 3 k.p.c. Uchylenie decyzji oznacza, że nie znajduje ona dostatecznych podstaw prawnych, a potrzeba przeprowadzenia nowego postępowania i wydania nowej decyzji pozostawiona jest uznaniu Urzędu (wyrok Sądu Najwyższego z 29 maja 1991 r., III CRN 120/91). Sąd Najwyższy podkreślił w wyroku z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, że: „Uchylenie decyzji w całości powinno nastąpić wówczas, gdy wydanie jej nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego, jak również wtedy, gdy została ona skierowana do podmiotu niebędącego stroną w sprawie, a także gdy dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. Podstawą do uchylenia decyzji Prezesa Urzędu jest także potrzeba dokonania niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń”.

Sąd drugiej instancji biorąc pod uwagę powyższe rozważania uznał, że w realiach przedmiotowej sprawy istniały podstawy do uchylenia zaskarżonej decyzji, gdyż została ona wydana bez ustalenia przez Prezesa Urzędu kwestii fundamentalnej, mianowicie rynku właściwego. Dopiero bowiem prawidłowe zdefiniowanie rynku właściwego przesądza o wszczęciu i wynikach postępowania antymonopolowego. Przedwczesność wydania przez Prezesa Urzędu decyzji, w warunkach braku ustalenia co do rynku właściwego w ocenie Sądu Apelacyjnego świadczy o bezpodstawności zarzutu stawianego w apelacji powoda.

Skargę kasacyjną od wyroku Sądu Apelacyjnego wnieśli Prezes Urzędu oraz powód.

Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu drugiej instancji w całości, zarzucając naruszenie prawa materialnego, tj.: 1) art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r. poprzez uznanie, że ze strony Prezesa Urzędu doszło do nieprawidłowego wyznaczenia rynku właściwego w sprawie krajowego rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, co skutkowało błędnym przyjęciem, że zaskarżona decyzja Prezesa Urzędu nie znajduje dostatecznych podstaw prawnych, a nadto, że została wydana przedwcześnie; 2) art. 8 ust. 2 pkt 3 oraz art. 101 uokik z 2000 r. poprzez brak rozstrzygnięcia istoty sprawy i brak orzeczenia

o karze pieniężnej oraz naruszenie przepisów postępowania, tj.: 1) art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 382 k.p.c., art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. wobec niedokonania przez Sąd Apelacyjny ustaleń w zakresie rynku właściwego i ograniczenia postępowania do przyjęcia ustaleń SOKiK odnoszących się do odrzucenia substytucyjności podażowej przy określeniu rynku właściwego przyjętego w ww. decyzji, dokonanych w sposób dowolny na podstawie opinii biegłego z zakresu informatyki i telekomunikacji, której przedmiot nie dotyczy kosztów świadczenia usług nadawcom programów radiowych i telewizyjnych oraz nadużycia pozycji dominującej; 2) art. 385 i art. 386 § 4 k.p.c. poprzez oddalenie apelacji pozwanego i nieuchylenie zaskarżonego wyroku SOKiK i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, mimo nierozpoznania przez ten Sąd istotnych okoliczności występujących w sprawie, zarówno w odniesieniu do rynku ustalonego w decyzji administracyjnej, jak i rynków wskazanych przez Sąd oraz nadużycia pozycji dominującej.

Prezes Urzędu wniósł o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w zakresie oddalającym apelację Prezesa Urzędu w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania, ewentualnie wniósł o uchylenie także wyroku Sądu Okręgowego w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania temu Sądowi. Prezes Urzędu wniósł także o zasądzenie kosztów postępowania kasacyjnego na jego rzecz oraz rozpoznanie skargi kasacyjnej na rozprawie.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w pkt I w zakresie, w jakim wyrok ten oddala apelację powoda oraz w pkt II w całości, zarzucając naruszenie przepisów postępowania, tj.: 1) art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 386 § 1 k.p.c. w zw. z art. 11 ust. 1 uokik z 2000 r. przez jego błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że nieprawidłowe ustalenie rynku właściwego i potrzeba uzupełnienia ustaleń faktycznych potrzebnych do wyznaczenia rynku właściwego uzasadnia uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów, podczas gdy zgodnie z prawidłową wykładnią tego przepisu uchylenie decyzji jest dopuszczalne jedynie w przypadku wystąpienia wad, które nie mogą być sanowane lub uzupełnione w postępowaniu sądowym, a nieprawidłowe ustalenie rynku właściwego nie jest taką wadą, a w konsekwencji niewłaściwe zastosowanie, polegające na braku zmiany zaskarżonego wyroku i



orzeczenia o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, co miało zasadniczy wpływ na wynik sprawy, zdeterminowało bowiem oddalenie apelacji powoda; 2) art. 385 k.p.c. w zw. z art. art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. w zw. z art. 11 ust. 1 uokik z 2000 r. przed jego niewłaściwe zastosowanie polegające na oddaleniu apelacji powoda zarzucającej prawidłowo, że w niniejszej sprawie powinno zostać wydane rozstrzygnięcie niestwierdzające stosowania praktyki ograniczającej konkurencję; 3) art. 328 § 2 w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez niewyjaśnienie w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku podstaw prawnych i faktycznych oddalenia apelacji powoda, w szczególności zaś brak wyjaśnienia na jakiej podstawie Sąd Apelacyjny przyjął, że określenie rynku relewantnego w sprawie nie było możliwe w postępowaniu sądowym oraz brak wyjaśnienia, dlaczego w opinii Sądu Apelacyjnego materiały zebrane w postępowaniu antymonopolowym oraz dowody, których dotyczyły wnioski dowodowe powoda nie pozwoliłyby na ustalenie rynku właściwego w postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym lub Sądem Okręgowym, a także dlaczego w sytuacji takiej właściwe jest orzeczenie kasatoryjne, a nie reformatoryjne; 4) art. 382 k.p.c. w zw. z art. 232 k.p.c. w zw. z art. 291 § 1 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. przez oddalenie apelacji powoda mimo ustalenia, że okoliczności stanowiące podstawę stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej przez powoda nie zostały udowodnione przez pozwanego, na którym spoczywał w tym zakresie ciężar dowodu, tj. przez brak rozstrzygnięcia o żądaniu powoda w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w postępowaniu sądowym z uwzględnieniem obowiązującej w nim reguły rozkładu ciężaru dowodu, co miało zasadniczy wpływ na wynik sprawy, zdeterminowało bowiem oddalenie apelacji powoda, a także naruszenie prawa materialnego, tj.: art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 uokik z 2000 r. w zw. z art. 11 ust. 1 uokik z 2000 r. w zw. z art. 4 pkt 8 i 9 uokik z 2000 r. w zw. z art. 6 k.c. przez niewłaściwe zastosowanie polegające na ich niezastosowaniu do ustalonego stanu faktycznego sprawy i w związku z tym brak niestwierdzenia, że powód dopuścił się praktyki mającej stanowić nadużywanie pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej przez stosowanie w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki

konkurencji, co polegać miało na bezzasadnym różnicowaniu stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych.

Powód wniósł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, względnie o uchylenie zaskarżonego wyroku oraz wyroku Sądu Okręgowego i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Ewentualnie wniósł o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez uwzględnienie odwołania i orzeczenie niestwierdzenia stosowania przez powoda praktyki nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej przez stosowanie w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, co polegać miało na bezzasadnym różnicowaniu stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych. Ponadto powód wniósł o rozpoznanie skargi kasacyjnej na rozprawie.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną powoda Prezes Urzędu wniósł o oddalenie skargi i zasądzenie od powoda na rzecz Prezesa Urzędu kosztów postępowania kasacyjnego.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Prezesa Urzędu powód wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej oraz o zasądzenie na rzecz powoda kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył co następuje:

Oceniając zasadność obu skarg kasacyjnych należy rozpocząć od przypomnienia, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Sądu Najwyższego, Sądu Apelacyjnego oraz Sądu Okręgowego w W. – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów postępowanie sądowe zapoczątkowane odwołaniem od decyzji Prezesa Urzędu jest pierwszoinstancyjnym postępowaniem cywilnym (zamiast wielu zob. wyroki Sądu Najwyższego z 28 stycznia 2015 r., III SK 29/14; z 3

października 2013 r., III SK 67/12; z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09; z 10 kwietnia 2008 r., III SK 27/07; z 10 maja 2007 r., III SK 18/06; z 25 maja 2004 r., III SK 50/04; z 13 maja 2004 r., III SK 46/04; z 13 maja 2004 r., III SK 44/04; z 7 kwietnia 2004 r., III SK 27/04). Zakres sądowego postępowania z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu wyznacza przedmiot zaskarżonej decyzji oraz zakres i treść odwołania (wyroki Sądu Najwyższego z 16 kwietnia 2015 r., III SK 7/14; z 6 maja 2015 r., III SK 33/14; z 4 marca 2014 r., III SK 35/13; z 21 czerwca 2013 r., III SK 36/12; z 18 maja 2011 r., III SK 37/11; postanowienia Sądu Najwyższego z 20 lutego 2014 r., III SK 60/13; z 14 stycznia 2014 r., III SK 29/13; z 3 października 2013 r., III SK 9/13; z 13 sierpnia 2013 r., III SK 64/12).

Postępowanie sądowe zainicjowane wniesieniem odwołania od decyzji Prezesa UOKiK ma charakter merytoryczny (wyroki Sądu Najwyższego z 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09; z 18 lutego 2010 r., III SK 28/09). Zasadniczo ukierunkowane jest na rozstrzygnięcie, czy zachowanie przedsiębiorcy opisane w sentencji decyzji stanowi niedozwoloną praktykę. Sentencja decyzji rozstrzyga o tym, jakie zachowanie przedsiębiorcy jest przedmiotem oceny sądu (w niniejszej sprawie zachowanie to polega na „stosowaniu w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, poprzez bezzasadne różnicowanie stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych”) oraz w jakim zakresie zostało ono zakwestionowane przez Prezesa Urzędu (jako praktyka ograniczająca konkurencję polegająca na nadużyciu pozycji dominującej). Rozstrzygając o zasadności odwołania przedsiębiorcy od decyzji Prezesa Urzędu stwierdzającej naruszenie zakazu nadużywania pozycji dominującej Sąd – modelowo – bada poszczególne przesłanki zastosowania tego zakazu. Gdy stan faktyczny między stronami postępowania sądowego jest niesporny, uwaga sądu koncentruje się na weryfikacji prawidłowości zastosowania przepisów prawa materialnego przez Prezesa Urzędu. W niniejszej sprawie oznaczałoby to ocenę, czy powód posiada pozycję dominującą oraz czy nadużył tej pozycji zachowując się w sposób opisany w sentencji decyzji Prezesa Urzędu. Jednakże wstępnym warunkiem kwalifikacji zachowania powoda jako praktyki ograniczającej konkurencję jest posiadanie przez

niego pozycji dominującej na rynku właściwym. Rozstrzygając o zasadności odwołania kontestującego prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego, Sąd orzekający w sprawie może przyjąć inne granice tego rynku (węższe albo szersze). Sąd nie jest związany kwalifikacją rynku właściwego dokonaną w decyzji Prezesa Urzędu, przy czym każda zmiana rynku właściwego powinna przy tym znaleźć stosowne odzwierciedlenie w modyfikacji sentencji decyzji Prezesa Urzędu przez Sąd.

W dalszej kolejności należy przypomnieć, że postępowanie sądowe ma charakter kontradyktoryjny. Przewiduje on dla sądu ograniczoną rolę, która skupia się na organizacyjnej stronie procesu oraz na wydaniu werdyktu (wyroki Sądu Najwyższego z 19 września 2009 r., III SK 5/09; z 13 maja 2004 r., III SK 44/04). Aspekt merytoryczny, związany z udowadnianiem swoich racji, przeniesiony został na strony. Ciężar wykazania faktów istotnych dla rozstrzygnięcia spoczywa na stronach. Dlatego poszukiwanie przez sąd z urzędu za stroną okoliczności przemawiających za jej stanowiskiem stanowi w istocie wyręczenie jej w obowiązkach procesowych, przez co sąd naraża się na uzasadniony zarzut nierównego traktowania uczestników postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z 12 marca 2010 r., II UK 286/09).

Dodatkowo należy przypomnieć, że rynek właściwy jest instytucją materialnego prawa ochrony konkurencji, zaś prawna kwalifikacja rynku jako rynku właściwego opiera się na zastosowaniu art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r. do poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych. W konsekwencji w postępowaniu odwoławczym, w którym przedsiębiorca kwestionuje prawidłowość wyznaczenia rynku właściwego przez Prezesa Urzędu, przedsiębiorca może wnosić o przeprowadzenie dowodów na okoliczność innych granic rynku właściwego, bądź kontestować jedynie prawidłowość zastosowania definicji rynku właściwego w stanie faktycznym sprawy. Zadaniem organu antymonopolowego jest obrona koncepcji rynku właściwego wyznaczonego w postępowaniu administracyjnym albo reagowanie na zarzuty odwołania i wyniki postępowania sądowego w celu modyfikacji pierwotnie wyznaczonego rynku właściwego, przy utrzymaniu kwalifikacji pozycji rynkowej na tak wyznaczonym rynku jako pozycji dominującej oraz stwierdzonego jej nadużycia. W obu przypadkach organ ochrony konkurencji, jako strona kontradyktoryjnego

postępowania sądowego, ma obowiązek wykazać inicjatywę procesową, aby dostarczyć Sądowi podstaw faktycznych do rozstrzygnięcia w tej kwestii. Z należytego wykonywania tego zadania nie zwalnia Prezesa Urzędu orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszczające, w interesie publicznym, możliwość powoływania się przez Sąd rozpoznający odwołanie na dowody przeprowadzone w toku postępowania administracyjnego, mimo nie zgłoszenia ich w odpowiedni sposób przez Prezesa Urzędu (wyrok Sądu Najwyższego z 13 lipca 2012 r., III SK 44/11).

Odnosząc powyższe ogólne założenia do skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu, Sąd Najwyższy uznaje ją za bezzasadną.

Sąd Najwyższy nie znalazł podstaw do uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c., art. 382 k.p.c., art. 378 § 1 k.p.c. oraz art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. przez niedokonanie przez Sąd Apelacyjny ustaleń w zakresie rynku właściwego i ograniczenia postępowania do przyjęcia ustaleń SOKiK. Zarzut ten został wadliwie skonstruowany, gdyż jego podstawa obejmuje przepisy odnoszące się do różnych obowiązków procesowych Sądu drugiej instancji, które nie pozostają ze sobą w związku uzasadniającym przywołanie ich w ramach jednego zarzutu procesowej podstawy skargi. Niezależnie od powyższego, z uzasadnienia zaskarżonego wyroku wynika, dlaczego Sąd drugiej instancji oddalił apelację Prezesa Urzędu.

Jednocześnie, w sytuacji gdy Prezes Urzędu nie wykazał się w toku kontradyktoryjnego postępowania sądowego jakąkolwiek inicjatywą dowodową, nie można zarzucać Sądowi Apelacyjnemu, że naruszył art. 382 k.p.c., skoro w postępowaniu sądowym nie miał żadnego materiału dowodowego pozwalającego mu na dokonanie innych ustaleń w przedmiocie rynku właściwego. Tylko ilustracyjnie należy wskazać, że z wnioskami dowodowymi w niniejszej sprawie występował powód, wnosząc w odwołaniu o przeprowadzeniu dowodu z dokumentów (decyzji Prezesa UKE z 9 listopada 2006 r. ([...]); wyciągu z opracowania KRRiT za rok 2005; umowa z TVP; opisu modelu biznesowego przyjętego w umowach z TVP, TVN i Polsatem; tabeli obrazującej sumę opłat ponoszonych przez TVP i innych nadawców w relacji do średniej mocy nadajnika i łącznej mocy stacji nadawczych w roku 2004; zestawienie nadajników TVP i

nadawców komercyjnych za rok 2006; tabeli zawierającej przykłady błędów w obliczeniach dokonanych przez Prezesa UOKiK; symulacji wysokości opłat; tabeli sporządzonej na podstawie danych SGB Nielsen; tabeli słuchalności stacji radiowych; wydruków ze strony E.- Informacja w sprawie zapewnienia dostępu telekomunikacyjnego; umowy zawartej z PR S.A. 6 kwietnia 2007 r.; aneksu nr 8 do umowy z TVP S.A.; listy inwestycji przeprowadzonych na potrzeby Rozgłośni Regionalnych; pisma nr [...] z 25 stycznia 2006 r.; protokołu ze spotkania Zespołu Negocjacyjnego RR PR z przedstawicielami E.; Metodologii kalkulacji wskaźnika zwrotu kosztów zaangażowania kapitału dla Telekomunikacji Polskiej S.A.; analizy wpływu hipotetycznej obniżki cen na wynik Spółki w 2004 r.). Powód ponadto wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego ds. łączności; dowodu z zeznań świadka M. M.; dowodu z przesłuchania w charakterze strony S. J. Prezesa Zarządu Spółki oraz dowodu z opinii biegłego ekonomisty. W piśmie procesowym z 4 marca 2009 r. powód wniósł o przeprowadzenie dowodów z opinii prywatnych, z zeznań świadka Ł. Z. oraz o zobowiązanie Prezesa Urzędu do przedłożenia do akt sprawy opinii E. Sp. z o.o. lub gdyby Prezes Urzędu nie posiadał rzeczony opinii o zobowiązane na podstawie art. 248 § 1 k.p.c. E. Sp. z o.o. do przedstawienia tego dokumentu.

Za oczywiście bezzasadny należało także uznać zarzut naruszenia art. 385 i art. 386 § 4 k.p.c., skoro Sąd drugiej instancji podzielił ustalenia i ocenę prawną zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w W.

Niezasadny jest także, mający podstawowe znaczenie w niniejszej sprawie, zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r. Przypomnieć należy, że naruszenia tego przepisu Prezes Urzędu upatruje w stanowisku Sądu Apelacyjnego, zgodnie z którym organ ochrony konkurencji nieprawidłowo wyznaczył rynek właściwe jako krajowy rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, co skutkowało błędnym przyjęciem, że zaskarżona decyzja Prezesa Urzędu nie znajduje dostatecznych podstaw prawnych, a nadto, że została wydana przedwcześnie. Tymczasem, kwestionowane przez Prezesa Urzędu główne założenie zaskarżonego wyroku jest jak najbardziej prawidłowe w świetle ustaleń faktycznych sprawy wiążących dla Sądu Najwyższego.

Definiowanie rynku nie jest procesem mechanicznym czy abstrakcyjnym, polegającym na opisanu rzeczywistości gospodarczej w sposób odpowiadający koncepcji rozstrzygnięcia sprawy przyjętej przez organ ochrony konkurencji. Wyznaczenie rynku właściwego następuje w wyniku procesu subsumpcji ustalonych w postępowaniu antymonopolowym (a następnie w postępowaniu sądowym) okoliczności faktycznych dotyczących tego kto, kiedy, gdzie i w jaki sposób zachowuje się w obrocie gospodarczym. Rynek właściwy jest konceptem prawnym, służącym określonej kwalifikacji prawnej fragmentu rzeczywistości gospodarczej. Podstawę dla wyznaczenia rynku właściwego powinny, modelowo, stanowić badania i analizy rynku pozwalające zgromadzić dane o tym, jacy przedsiębiorcy, jacy klienci oraz w jaki sposób zachowują się na rynku. Dopiero na podstawie tych danych można dokonać prawnej kwalifikacji rynku jako rynku właściwego. Wyznaczenie rynku właściwego zawiera przy tym w sobie pewien pierwiastek swobodnego uznania. Uznanie to musi być jednak oparte na zespole faktów rynkowych, potwierdzających przeprowadzone na ich podstawie rozumowanie prawnicze.

Sąd Najwyższy nie neguje możliwości wyznaczenia rynku właściwego poprzez odwołanie się do zakresu przedmiotowego prowadzonej działalności gospodarczej przedsiębiorcy, którego zachowanie stanowi przedmiot zainteresowania organu antymonopolowego. Rodzaj prowadzonej działalności gospodarczej może niekiedy determinować granice rynku właściwego. W rzeczywistości gospodarczej zdarza się, że brak substytutu dla danego towaru jest oczywisty. W przypadku niektórych rynków można mówić o swoistym domniemaniu (obalalnym z uwagi na dynamikę procesu konkurencji), że stanowią one rynki właściwe (np. rynek zakańczania połączeń głosowych lub wiadomości SMS w sieci danego operatora). Intuicyjnie zakłada się, że dla konkretnego towaru lub usługi nie ma substytutu, bądź że dany przedsiębiorca działa w warunkach wyłączających aktualną i potencjalną konkurencję, jak i substytucję podaży. Wówczas nie ma potrzeby przeprowadzenia wspomnianych wcześniej analiz rynkowych, gdyż łatwo dające się ustalić fakty jednoznacznie uprawniają do kwalifikacji danego rynku jako rynku właściwego w rozumieniu prawa ochrony konkurencji. Kwalifikacja rynku jako rynku właściwego może również znajdować

oparcie w utrwalonej już praktyce prawa ochrony konkurencji. Jednakże w przypadku nowych rynków (nowych zarówno dla gospodarki, jak i dla praktyki prawa ochrony konkurencji) niedopuszczalne jest ograniczanie analizy rynku do identyfikacji profilu działalności przedsiębiorcy oraz jego klientów. Przeciwno uproszczonej kwalifikacji rynku jako rynku właściwego może także przemawiać praktyka zagraniczna, o ile w toku postępowania antymonopolowego nie zostanie potwierdzone, że polscy nabywcy towarów nie zachowują się w taki sam sposób, jak nabywcy z innych porządków prawnych, gdzie uzyskano już doświadczenie z kwalifikacją danego rynku, jako rynku właściwego.

W niniejszej sprawie rynek właściwy został wyznaczony przez Prezesa Urzędu w sposób, który budzi istotne wątpliwości już przy pobieżnej lekturze decyzji. Mianowicie, rynek właściwy ustalono tak, jakby klientami powoda dotkniętymi negatywnie skutkami jego praktyki były grupy telewizyjno-radiowe nabywające usługi emisji sygnału telewizyjnego i radiowego w pakiecie. Sąd Najwyższy w pełni podziela stanowisko Sądu drugiej instancji, a wcześniej Sądu Okręgowego, zgodnie z którym nie zachodzi substytucyjność popytu między tymi dwiema usługami. Nie można również odwołać się do substytucyjności podaży, jako kryterium pomocniczego służącego wyznaczeniu granic produktowych rynku właściwego, z racji tego że „podaż” może prowadzić do poszerzenia granic rynku ze względu na bezpośrednią presję cenową, jaką na przedsiębiorcę działającego na danym rynku wywołują przedsiębiorcy, którzy z łatwością mogą się przestawić na zaspokajanie popytu na danym rynku (a właściwie jego segmencie). Jak wynika to z ustaleń poczynionych w postępowaniu sądowym, taka wzajemna presja na rynkach transmisji sygnałów radiowych i telewizyjnych nie występuje, a przynajmniej nie stwierdzono jej występowania. W postępowaniu antymonopolowym Prezes Urzędu nie przeprowadził stosownych dowodów (uprawnających poczynienie wnioskowań dokonanych w decyzji), ani nie wnosił o ich przeprowadzenie na etapie postępowania sądowego (w ramach ustalenia stanu faktycznego sprawy zainicjowanej odwołaniem oraz uzupełnienia braków postępowania administracyjnego). Ponadto, analiza decyzji Prezesa Urzędu w zakresie dotyczącym rynku właściwego ujawnia zasadnicze słabości analizy rynkowej. Brakuje bowiem ustaleń obrazujących funkcjonowanie rynku, na którym



działa powód. Decyzja Prezesa Urzędu w tej części sprowadza się do narracji organu o tym, jak w jego ocenie kształtuje się w tej sprawie rynek właściwy, bez zakotwiczenia tej narracji w ustaleniach samej analizy rynku.

W rezultacie powyższego, Sąd Najwyższy w pełni podziela konkluzje Sądu Apelacyjnego co do wadliwego wyznaczenia rynku właściwego. Brak stosownych analiz w postępowaniu administracyjnym oraz brak inicjatywy procesowej organu na etapie postępowania sądowego nie pozwalają przy tym na wyznaczenie innego rynku właściwego lub rynków właściwych.

Wady te mają dalsze konsekwencje dla oceny zasadności skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu. Skoro rynek właściwy został wyznaczony nieprawidłowo w decyzji Prezesa Urzędu, co wykazano przy uwzględnieniu środków dowodowych zgromadzonych w toku postępowania sądowego, to nie ma podstaw do przyjęcia założenia, zgodnie z którym powód posiada pozycję dominującą na rynku właściwym wskazanym w sentencji decyzji organu, a przez to nie ma podstaw do zastosowania art. 8 ust. 2 pkt 3 oraz art. 101 uokik z 2000 r. Na marginesie stwierdzić należy, że przepisy te nie mogły zostać naruszone przez „brak rozstrzygnięcia istoty sprawy” (skoro do rozstrzygnięcia istoty sprawy wystarczyło stwierdzenie braku jednej z podstawowych przesłanek zastosowania art. 8, jaką jest posiadanie pozycji dominującej na rynku właściwym) oraz „brak orzeczenia o karze pieniężnej” (skoro kara jest fakultatywna, a przy nie stwierdzeniu pozycji dominującej na rynku właściwym nie było podstaw do jej nałożenia).

Z kolei skarga kasacyjna powoda okazała się zasadna w zakresie, w jakim prowadziła do zmiany zaskarżonego wyroku poprzez zmianę decyzji Prezesa Urzędu w sposób dokonany w sentencji niniejszego wyroku.

Jak wspomniano powyżej, decyzja Prezesa Urzędu wraz z odwołaniem wyznaczają przedmiot i zakres postępowania sądowego. Przez analogię do postępowania z odwołania od decyzji organu rentowego, przedmiotem postępowania sądowego nie może być to, co nie było przedmiotem rozstrzygnięcia w decyzji Prezesa Urzędu. W decyzji poprzedzającej postępowanie sądowe Prezes Urzędu uznaje, że określone zachowanie przedsiębiorcy, badane w toku postępowania antymonopolowego, narusza jeden z zakazów praktyk ograniczających konkurencję. Skoro w niniejszej sprawie Prezes Urzędu wydał

decyzję, w której uznał za nadużycie pozycji dominującej działanie powoda polegające na „stosowaniu w podobnych umowa z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, poprzez bezzasadne różnicowanie stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych”, to w przypadku zaskarżenia decyzji Prezesa Urzędu do SOKiK w całości, przedmiotem postępowania sądowego jest weryfikacja, czy takie zachowanie przedsiębiorcy miało miejsce, a jeżeli tak, to czy narusza zakaz nadużywania pozycji dominującej.

W toku takiego postępowania SOKiK weryfikuje wszystkie przesłanki zastosowania wspomnianego zakazu. Postępowanie odwoławcze od decyzji Prezesa Urzędu nie zostało ukształtowane w ten sposób, że Prezes UOKiK w decyzji rozstrzyga definitywnie o tym, że dane zachowanie narusza konkurencję, na rynku właściwym w rozumieniu konkretnego przepisu uokik, a postępowanie sądowe służy jedynie weryfikacji, czy w świetle materiału dowodowego postępowania administracyjnego zachowanie przedsiębiorcy opisane w decyzji stanowi nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym zdefiniowanym przez Prezesa Urzędu i narusza dyspozycję przepisu wymienionego w sentencji tej decyzji. Sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji rozstrzyga samodzielnie, czy dane zachowanie miało miejsce, a następnie jaka powinna być jego kwalifikacja prawna, ze wszystkimi konsekwencjami wynikającymi z zastosowania przepisów uokik. Sąd może przyjąć, że dane zachowanie stanowi praktykę ograniczającą konkurencję, ponieważ przedsiębiorca posiada i nadużywa pozycji dominującej na rynku właściwym. Sąd może także zmienić kwalifikację prawną praktyki dokonaną w decyzji, choć o zmianie podstawy prawnej powinien z wyprzedzeniem poinformować strony. Sąd może również przyjąć, że zachowanie przedsiębiorcy w innym zakresie ograniczało konkurencję.

Skoro sąd weryfikuje przesłankę posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym, może również zmienić definicję rynku właściwego. Zmiana ta może polegać na przyjęciu węższej koncepcji rynku właściwego, na którym przedsiębiorca posiada pozycję dominującą. Sąd może także przyjąć inną koncepcję rynku właściwego. Wówczas zmienia decyzję Prezesa UOKiK i sanuje

jej wadę (polegającą na niewłaściwym wyznaczeniu rynku właściwego), o ile do zmiany decyzji w tym zakresie będzie miał podstawę w materiale dowodowym zgromadzonym w toku postępowania sądowego, prowadzonego według zasad kontradiktoryjnych.

Skoro sąd może uznać, że rynek właściwy został przez Prezesa UOKiK wyznaczony nieprawidłowo, zastanowić się należy jakie konsekwencje ma stwierdzenie wadliwego wyznaczenia rynku właściwego w decyzji, przy braku materiału dowodowego pozwalającego na inną kwalifikację rynku właściwego. W niniejszej sprawie Sądy obu instancji uznały, że orzekanie o naruszeniu reguł konkurencji jest przedwcześnie, ponieważ rynek nie został właściwie wyznaczony, a w konsekwencji nie można uznać, czy powód miał pozycję dominującą na rynku właściwym oraz czy nadużył jej przez zachowanie opisane w sentencji decyzji Prezesa Urzędu. Z tego powodu uznały za właściwe uchylenie decyzji Prezesa Urzędu. Z kolei skarga kasacyjna powoda zmierza do zmiany zaskarżonego wyroku poprzez niestwierdzenie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję (jak np. w wyrokach sądów niższych instancji w sprawie rozstrzygniętej wyrokiem Sądu Najwyższego z 1 kwietnia 2004 r., III SK 25/04).

Uchylenie decyzji Prezesa Urzędu z powodów wskazanych w uzasadnieniu wyroków Sądów obu instancji ma oparcie chociażby w wyroku Sądu Najwyższego z 19 lutego 2009 r., III SK 31/09, w którym uchylono decyzję Prezesa Urzędu po stwierdzeniu, że zachowanie przedsiębiorcy opisane w sentencji decyzji organu nie stanowiło praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 pkt 1 oraz art. 8 ust. 1 pkt 5 uokik z 2000 r. W skardze kasacyjnej w tej sprawie brak było jednak wniosku o wydanie wyroku reformatoryjnego. Otwarte w wyniku tego rozstrzygnięcia postępowanie administracyjne zostało prawidłowo zakończone przez Prezesa Urzędu umorzeniem postępowania (decyzja Prezesa UOKiK z 30 grudnia 2010 r., [...]). Sąd Najwyższy nie odrzuca przy tym poglądu, że uchylenie decyzji Prezesa Urzędu może być rozstrzygnięciem o charakterze merytorycznym (zwłaszcza w sprawach regulacyjnych, zob. wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2013 r., III SK 36/12), w szczególności w przypadku uwzględnienia zarzutów o charakterze proceduralnym (wyroki Sądu Najwyższego z 19 września 2009 r., III SK 5/09; z 3 października 2013 r., III SK 67/12).

Sąd Najwyższy w obecnym składzie uznaje jednak, że z uwagi na merytoryczny charakter postępowania z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, w przypadku stwierdzenia przez Sąd odwoławczy, że rynek właściwy opisany w sentencji decyzji Prezesa Urzędu nie został wyznaczony prawidłowo i w braku ustaleń faktycznych w toku postępowania sądowego uprawniających do wyznaczenia innego rynku właściwego (ryнку właściwego o innych granicach), Sąd powinien zmienić odpowiednio decyzję Prezesa Urzędu. W niniejszej sprawie Sąd Najwyższy uznał, że w świetle poczynionych w sprawie ustaleń uzasadniona jest zmiana decyzji tylko w zakresie prowadzącym do niestwierdzenia posiadania przez powoda pozycji dominującej na rynku właściwym wyznaczonym (wadliwie) w postępowaniu antymonopolowym. Na podstawie art. 11 uokik z 2000 r. Prezes Urzędu władny był wydać decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, jeżeli nie stwierdził naruszenia zakazów określonych w art. 5 lub w art. 8. Wydanie takiej decyzji było zdaniem Sądu Najwyższego zasadne, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu uznał, że: 1) przedsiębiorca nie posiada pozycji dominującej na prawidłowo wyznaczonym rynku właściwym, 2) przedsiębiorca nie nadużył tej pozycji; 3) nadużycie było obiektywnie uzasadnione. Sąd Najwyższy nie znalazł podstaw do zastosowania tego przepisu w przypadku stwierdzenia w toku postępowania sądowego, że dany rynek (uznany za rynek właściwy przez Prezesa Urzędu) nie jest rynkiem właściwym w sprawie. Gdy ustalenia postępowania sądowego prowadzą do konkluzji, że rynek właściwy został w sprawie wyznaczony nieprawidłowo, a jednocześnie brak ustaleń pozwalających na określić rynek właściwy w sprawie, prawidłowym rozstrzygnięciem sprawy z odwołania jest zmiana decyzji Prezesa Urzędu dająca wyraz efektom ustaleń postępowania sądowego. Dlatego Sąd Najwyższy nie uwzględnił wniosku powoda o zmianę decyzji Prezesa Urzędu w sposób prowadzący do niestwierdzenia stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, skoro z postępowania sądowego wynikało jedynie, że rynek właściwy wyznaczony w decyzji Prezesa Urzędu nie jest rynkiem właściwym w rozumieniu art. 4 pkt 8 uokik z 2000 r.

Mając powyższe na względzie, przy oddaleniu skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu oraz z uwagi na wniosek powoda o wydanie orzeczenia reformatoryjnego, Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji wyroku.

eb