

Wyrok z dnia 19 sierpnia 2009 r.

III SK 5/09

1. Nadużyciem pozycji dominującej o charakterze antykonkurencyjnym jest takie zachowanie przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które - będąc obiektywnie sprzeczne z wzorcami normalnej konkurencji - może wpływać na strukturę rynku pozycji dominującej lub innego rynku i przybiera postać stosowania środków niemających związku z konkurencją merytoryczną o nabywców.

2. Z uwagi na otwarty charakter katalogu jednostronnych praktyk ograniczających konkurencję z art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) nie można rozszerzająco interpretować poszczególnych, nazwanych praktyk ograniczających konkurencję.

Przewodniczący SSN Kazimierz Jaśkowski, Sędziowie SN: Zbigniew Korzeniowski, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).

Sąd Najwyższy, po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 sierpnia 2009 r. sprawy z powództwa M.M. Polska Spółki z o.o. w W. przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem K. Towarzystwa Kapitałowego S. Spółki z o.o. w K. o ochronę konkurencji, na skutek skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 24 lipca 2008 r. [...]

u c h y l i ł zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu w Warszawie do ponownego rozpoznania oraz orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego.

U z a s a d n i e

Decyzją z dnia 12 czerwca 2006 r. [...] wydaną na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, dalej jako „ustawa”), Prezes Urzędu Ochrony Konkuren-

cji i Konsumentów (dalej jako „Prezes Urzędu”) uznał za ograniczające konkurencję praktyki polegające na nadużywaniu przez M.M. Polska Sp. z o.o. (dalej jako „powódka”) pozycji dominującej na krajowym rynku sportowej prasy codziennej poprzez: 1) stosowanie na terenie województwa ś. nieuczciwych cen P.S., co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy; 2) przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez stosowanie na terenie województwa ś. ceny detalicznej dziennika P.S. w wysokości 1 zł, podczas gdy na pozostałym obszarze kraju cena ta jest wyższa i zróżnicowana w zależności od tygodnia, w celu eliminacji z rynku jedyne konkurenta, tj. wydawcy dziennika S., co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy; 3) podział rynku według kryteriów terytorialnych, polegający na stosowaniu na terenie województwa ś. ceny detalicznej dziennika P.S. w wysokości znacznie niższej niż stosowana w sprzedaży tego tytułu na innych obszarach Polski i nakazał zaniechanie stosowania wymienionych powyżej praktyk oraz na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy nałożył na powódkę karę pieniężną w wysokości 1.972.600 zł. Jednocześnie, na podstawie art. 90 ustawy nadał decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Powódka wniosła odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu wnosząc o jej uchYLENIE, ewentualnie o jej zmianę i stwierdzenie, że nie stosowała praktyk ograniczających konkurencję, ewentualnie o jej zmianę i obniżenie wysokości nałożonej kary pieniężnej do kwoty 1.000 zł. Zainteresowany K. Towarzystwo Kapitałowe S. Sp. z o.o. w K. wniósł o oddalenie odwołania.

Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 24 lipca 2007 r. [...] oddalił odwołanie. Sąd pierwszej instancji ustalił, że powódka i zainteresowany wydają jedyne na rynku krajowym dzienniki sportowe. Tytuł „P.S.” ukazuje się od 1921 r. Natomiast „S.” ukazuje się od 1945 r. Na mocy umowy licencyjnej z dnia 31 sierpnia 2000 r. prawa do wydawania dziennika „S.” oraz znaku towarowego przysługiwały powódce, podczas gdy ogół praw i obowiązków wydawniczych związanych z wydawaniem dziennika „S.” przysługiwał zainteresowanemu. W listopadzie 2004 r. powódka ograniczyła zasięg terytorialny kolportażu „S.” wycofując ten tytuł z terenu województwa d. Następnie została podjęta decyzję o całkowitym zawieszeniu wydawania „S.”, o czym zainteresowany został powiadomiony w dniu 10 marca 2005 r. W związku z decyzją powódki o zaprzestaniu wydawania „S.” od dnia 11 marca 2005 r., przedmiotowa umowa licencyjna została rozwiązana, a zainteresowany podjął się samodzielnego wydawania „S.”. W „P.S.” z dnia 11

marca 2005 r. na stronie tytułowej pojawił się komunikat następującej treści: „UWAGA! Przeczytaj koniecznie! Od 11 marca 2005 r. przestanie ukazywać się tytuł S. natomiast tytuł D.S. oraz T. znajdzie się w Państwa punkcie sprzedaży prasy pod zmienioną nazwą P.S.". Poniżej zawarto komunikat dotyczący konkursu o brzmieniu: „Proponuj P.S. wszystkim klientom pytającym o S. lub T. Wśród nich może być jeden z naszych anonimowych wysłanników. Jeżeli podasz mu informacje o zmianie w ofercie tytułowej, on wypłaci Ci 100 PLN". Cena wydania „P.S.” we wtorki, środy, czwartki i soboty wynosi 1,80 zł, w poniedziałki 2 zł, a w piątki 2.20 zł. Odrębna cena jest ustalana także dla wydań dziennika z dodatkiem „S.K.". W dniu 23 lipca 2005 r. cena tytułu uległa obniżeniu na terenie województwa ś. do poziomu 1 zł we wszystkie dni tygodnia. W związku zobowiązaniem powódki do zaniechania sprzedaży dziennika „P.S.” na terenie województwa ś. po cenie niższej niż 1,80 zł w decyzji Prezesa Urzędu [...] z dnia 3 stycznia 2006 r., od dnia 16 stycznia 2006 r. cena „P.S.” na terenie województwa ś. została zrównana z ceną obowiązującą na pozostałym obszarze kraju.

Zdaniem Sądu Okręgowego Prezes Urzędu prawidłowo zdefiniował rynek właściwy, którym jest rynek codziennej prasy sportowej. Oba dzienniki zawierają wiadomości dotyczące wyłącznie sportu i takie jest zapotrzebowanie czytelników obu tych tytułów, którzy nie oczekują jak to jest w przypadku rynku prasy codziennej, wiadomości krajowych, lokalnych, politycznych, społecznych, samorządowych, kulturalnych i sportowych. Rynek prasy codziennej nie jest więc substytutem rynku codziennej prasy sportowej, gdyż oferuje poza informacjami sportowymi również informacje z innych dziedzin życia. Sąd Okręgowy ocenił, że gdy idzie o rynek terytorialny, to trzeba przyjąć, że zarówno „P.S.”, jak „S.” są sprzedawane na terenie całego kraju, choć „S.”, z wyjątkiem dwóch województw. Jednakże nie występują bariery ekonomiczne dla wejścia gazety „S.” na te segmenty rynku, co oznacza, że może ona rozpocząć działalność dystrybucyjną na tych obszarach w każdej chwili, przy podobnych kosztach, jak w przypadku innych regionów. Zdaniem Sądu Okręgowego, z pewnością rynkiem właściwym nie jest rynek regionalny województwa ś., a to dlatego, że o zasięgu rynku nie decyduje nasilenie konkurencji na danym obszarze, ale fakt jej istnienia, które to zjawisko występuje na obszarze całego kraju (z wyjątkiem wymienionych województw, na których wszakże nie występują bariery ekonomiczne dla wejścia „S.” na rynek).

Sąd pierwszej instancji stwierdził, że zastosowana za „P.S.” cena 1 zł była nieuczciwa, znacznie odbiegająca od rynkowej. Przez okres pół roku jej stosowania sprzedaż „S.” znacznie spadła, by powrócić do stanu poprzedniego, gdy cena „P.S.” powróciła do kwoty 1.80 zł. Zaburzenie konkurencji było zatem faktem widocznym na rynku. Naruszony więc został interes publicznoprawny, o którym mowa w art. 1 ustawy i to zarówno, gdy idzie o przedsiębiorców, jak i konsumentów. Dalsze umocnienie pozycji powoda jako wydawcy „P.S.” mogłoby w przyszłości doprowadzić do wyeliminowania z rynku właściwego jedyne konkurenta, czyli wydawcy dziennika „S.”, co następnie przełożyłoby się na nieuzasadnione podwyższenie ceny gazety, a to oddziaływałoby na sytuację czytelników-konsumentów. Dlatego Prezes Urzędu słusznie uznał, że powódka stosowała praktyki ograniczające konkurencję, polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na prawidłowo zdefiniowanym rynku właściwym.

W zakresie dotyczącym zarzutów naruszenia przepisów postępowania, Sąd Okręgowy stwierdził, że nie należy do niego dokonywanie oceny podnoszonych przez powódkę naruszeń przez Prezesa Urzędu przepisów postępowania administracyjnego. Celem postępowania sądowego nie jest bowiem kontrola postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sporu na tle treści decyzji Prezesa Urzędu. Jest to postępowanie kontradyktoryjne, w którym bierze się pod uwagę materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, co nie stoi na przeszkodzie, aby strony zgłosiły nowe twierdzenia i dowody.

Gdy idzie o wysokość nałożonej kary, to Sąd Okręgowy ocenił, że strona powodowa nie wykazała, że jest ona niewspółmierna do popełnionych przez nią naruszeń prawa. Rozważane działania powódki miały charakter antykonkurencyjny, polegający na wykorzystaniu pozycji dominującej kosztem konkurenta, co w dalszej perspektywie zagrażało interesowi publicznemu. Skoro zatem wysokość kary mieści się w granicach określonych ustawą, to zdaniem Sądu Okręgowego jej wysokość jest właściwa.

Powódka zaskarżyła w całości wyrok Sądu Okręgowego apelacją, w której podniosła zarzuty naruszenia prawa materialnego poprzez: 1) błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 4 pkt 8 i 9 oraz art. 8 i 9 ustawy, przez błędne zdefiniowanie rynku właściwego oraz błędne przyjęcie, że posiada pozycję dominującą na tak zdefiniowanym rynku; 2) błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 8 ust. 2 pkt 1, 5 i 8 ustawy, a tym samym błędne przyjęcie, że powódka dopuściła się prak-

tyk ograniczających konkurencję; 3) błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 104 ustawy, poprzez utrzymanie rażąco wysokiej kary, a także naruszenie prawa procesowego poprzez: 1) błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 479 § 1 w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c., co doprowadziło do odstąpienia od obowiązku weryfikacji poprawności postępowania antymonopolowego przy jednoczesnym oparciu wyroku wyłącznie o materiał dowodowy zebrany w trakcie tego postępowania; 2) błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie art. 479 § 1 w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c., a w konsekwencji niezasadne zaniechanie rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu od decyzji, co uzasadnia przyjęcie, iż Sąd nie rozpoznał istoty sprawy, a w szczególności, że działając z naruszeniem przepisów prawa nie uchylił decyzji Prezesa Urzędu, pomimo tego, iż decyzja została sformułowana w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, co skutkuje jej nieważność i winno oznaczać jej uchylenie; 3) sporządzenie uzasadnienia wyroku niezgodnie z wymogami określonymi w art. 328 k.p.c., tj. w sposób niekompletny oraz wewnętrznie sprzeczny, co uzasadnia przyjęcie, że nie rozpoznano sprawy co do istoty; 4) naruszenie art. 233 k.p.c. oraz art. 328 § 2 k.p.c., poprzez dowolną ocenę materiału dowodowego i zaniechanie rozważenia w sposób wszechstronny zebranego materiału dowodowego, w szczególności materiału dowodowego zebranego w toku postępowania przed Prezesem Urzędu oraz materiału dowodowego przedstawionego przez powoda w toku postępowania przed Sądem.

Zdaniem powódki w dotychczasowym postępowaniu błędnie zdefiniowano rynek właściwy, co spowodowało również błędne przyjęcie, że posiada ona na tym rynku pozycję dominującą. Nie uwzględniono dowodów z dwóch opracowań przedłożonych przez powódkę. Uzasadnienie Sądu jest zdaniem powódki w tej mierze lakoniczne, co uniemożliwia prześledzenie toku rozumowania w tym zakresie. Nie zważono przy tym, że codzienna prasa sportowa musi się liczyć z konkurencją ze strony codziennej prasy ogólnoinformacyjnej, która rozszerzając liczbę stron sportowych przyzwyczajają czytelników do zaspakajania przez siebie ich potrzeb w zakresie informacji sportowych. Dąży w ten sposób do przejmowania tych czytelników oferując podobny zakres informacji z tej dziedziny życia. Substytucyjność przy tym nie występuje w kierunku przeciwnym. Gdy idzie o analizę treści obu tytułów, tj. „P.S.” i „S.”, skarżąca uważa za błędny pogląd, iż obie gazety są produktami o identycznej charakterystyce, bowiem „S.” jest gazetą regionalną ukierunkowaną na czytelnika ze ściśle określonego obszaru kraju. Natomiast „P.S.” ma charakter ogólnopolski. Po-

wódka zarzucała ponadto, że w zakresie dotyczącym geograficznego wymiaru rynku właściwego, orzeczenie Sądu Okręgowego pomija, że około 98% egzemplarzy „S.” sprzedaje się na terenie czterech województw, co przemawia za uznaniem jego regionalnego charakteru ograniczonego do makroregionu ś. „P.S.” jest dostępny w kioskach w całym kraju, czego nie można powiedzieć o „S.”. „S.” nigdy nie prowadził ogólnopolskich kampanii reklamowych, ani promocyjnych. Świadczy to w przekonaniu powódki o braku rzeczywistej konkurencji ze strony „S.” na terenie całego kraju. Brak też w sprawie dowodów, że wydawca „S.” dysponuje wystarczającymi środkami finansowymi, aby tego rodzaju działania podjąć, a nawet planować. Można zatem co najwyżej rozważać problem potencjalnej konkurencji obu tytułów, ale taka sytuacja nie wpływa na definicję rynku właściwego.

W zakresie pozycji dominującej na rynku powódka uważa, że błędnie oparto się na jednym kryterium, tj. porównaniu wielkości sprzedaży obu tytułów. Jakkolwiek bowiem „P.S.” wykazuje znacząco wyższą sprzedaż niż „S.”, to nie świadczy to o rzeczywistej sile rynkowej obu konkurentów. Nadto nie można podzielić poglądu o dominującej pozycji powódki na rynku, która podlega silnej presji konkurencyjnej ze strony prasy ogólnoinformacyjnej i musi walczyć o utrzymanie tytułu na rynku. Z tego powodu tylko w jednym roku nakłady na promocję „P.S.” zwiększono o 300%. Nie można więc uważać, że powódka jako podmiot dominujący może w sposób swobodny kształtować swą pozycję na rynku.

Zdaniem powódki nie można mówić o narzucaniu nieuczciwych cen, czyli takich, które wymuszają na konkurencji stosowanie innej ceny, niż chciałby pobrać za swój towar. Dlatego nie można tego rodzaju zarzutu opierać na art. 8 ust. 2 pkt 1 stosowanej ustawy, a co najwyżej na art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy. Z tego punktu widzenia przypisywanie powódce tego rodzaju praktyki jest błędne. Nadto skoro cena 1 zł za egzemplarz gazety pokrywała koszty jej wydania nie można utrzymywać, że jest ona nieuczciwa w rozumieniu przywołanego przepisu. Co więcej - powódka przedłożyła dane, z których jasno wynika, że skutkiem obniżki ceny „P.S.” było poszerzenie bazy czytelniczej, co nie przełożyło się znacząco na wyniki sprzedaży „S.”. Powódka uważa też, że w sposób niezasadny postawiono jej zarzut przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji. Nie zważono bowiem, że regionalizowanie cen jest utrwaloną praktyką stosowaną przez wydawców dzienników, ponieważ normalnym sposobem działania na rynku są regionalne testy cenowe. Trudna sytuacja wynikająca ze spadku sprzedaży zmusiła powódkę do podjęcia

działań ukierunkowanych na utrzymanie się na rynku. Dlatego obniżenie ceny należy rozpatrywać właśnie w tym kontekście. Obszar Ś. był wybrany dla potrzeb takich testów racjonalnie tak z uwagi na tradycje czytelnicze, jak i silną konkurencję. Rynek Ś. jest wyraźnie specyficzny z uwagi na tradycje sportowe i czytelnicze, co potwierdza fakt, iż ukazują się na nim jako jedynym w kraju dwa dzienniki sportowe. Przemawia to za uznaniem go za rynek wyodrębniony.

Co do nałożonej kary, strona powodowa uważa, że jest ona wymierzona w szczególnie wysokim rozmiarze, bo w wysokości 25% maksymalnego wymiaru. Dlatego nie ma uzasadnienia w art. 104 ustawy, tym więcej, że tak dotkliwych sankcji nie stosowano wobec innych podmiotów. Pominięto przy tym sytuację finansową powódki oraz potencjalne konsekwencje dla niej zapłaty tak wysokiej kary. W konsekwencji zamiast służyć wzmocnieniu konkurencji na rynku może doprowadzić do eliminacji powódki z tego rynku. Zapłata kary pozbawi bowiem Spółkę możliwości prowadzenia kampanii marketingowych na poziomie koniecznym dla zachowania jej aktualnej pozycji rynkowej.

Zdaniem skarżącej, kontroli sądowej winno być poddane całe postępowanie przed Prezesem Urzędu, albowiem w przypadku niedających się sanować przy pomocy nowych dowodów uchybień proceduralnych sporna decyzja winna zostać uchylona. Sąd Okręgowy odmówił rozpatrywania tych uchybień, ale rozstrzygnięcie oparł wyłącznie na materiale dowodowym zgromadzonym w postępowaniu administracyjnym. Takiego podejścia zdaniem powódki nie da się zaakceptować, albowiem prowadzi to w efekcie do sytuacji, w której postępowanie przed Prezesem Urzędu jest pozbawione jakiegokolwiek kontroli pomimo nader szerokich uprawnień, jakie Prezes Urzędu posiada. Doprowadziło to w rezultacie do sytuacji, w której pozostały bez rozpoznania zarzuty sformułowane w odwołaniu od decyzji dotyczące naruszenia art. 90 w związku z art. 8 i 9 ustawy oraz art. 107 k.p.a., poprzez nadanie decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności wbrew przesłankom ustawowym, jak również poprzez nadanie rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji, której sentencja jest sformułowana w sposób wadliwy z uwagi na użycie nieprecyzyjnych i niejednoznacznych sformułowań, uniemożliwiających jej wykonanie, co uzasadnia uchylenie rygoru natychmiastowej wykonalności nadanego decyzji; naruszenia art. 8 i 9 ustawy w związku z art. 107 k.p.a., poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne sformułowanie sentencji decyzji, co oznacza nieważność decyzji i uzasadnia jej uchylenie na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c.; naruszenia art. 66 ustawy oraz art. 10 k.p.a., poprzez

częściowo odmienne sformułowanie sentencji postanowienia z dnia 14 września 2005 r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz sentencji decyzji, co oznacza nieważność decyzji i uzasadnia jej uchylenie na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c.; naruszenia art. 11a ustawy w związku z art. 104 k.p.a., poprzez nierozstrzygnięcie w sentencji decyzji w przedmiocie wniosku złożonego przez powódkę w toku postępowania antymonopolowego, co oznacza nieważność decyzji i uzasadnia jej uchylenie na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c.; naruszenia art. 66 ustawy oraz art. 10 k.p.c., poprzez pozbawienie powódki możliwości wypowiedzenia się co do całości materiału dowodowego zgromadzonego w toku postępowania antymonopolowego, co oznacza nieważność decyzji i uzasadnia jej uchylenie na podstawie art. 479^{31a} § 3 k.p.c.

W zakresie dotyczącym rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji Prezesa Urzędu powódka argumentowała, że brak było ustawowych przesłanek do jego zastosowania. Nie było bowiem danych pozwalających na uznanie, że działania powódki mogły mieć negatywny wpływ na konkurencję na rynku i miałyby wpłynąć na sytuację konsumentów w przyszłości. Za pozbawiającą ją - zdaniem skarżącej - prawa do obrony należało uznać z kolei sytuację, w której w postępowaniu antymonopolowym wszczynano je wskazując na określone praktyki, podczas gdy zarzut postawiony w decyzji jest odmienny. Wszczynając postępowanie Prezes Urzędu wyrażał wobec powódki podejrzenie „przeciwdziałania ukształtowaniu stosunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez stosowanie na terenie województwa ś. ceny detalicznej dziennika P.S. w wysokości 1 zł w celu eliminacji z rynku jedyne konkurenta, tj. wnioskodawcy”. Natomiast ostatecznie w decyzji uznano za praktykę ograniczającą ze strony powódki konkurencję „przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez stosowanie na terenie województwa ś. ceny detalicznej dziennika P.S. w wysokości 1 zł, podczas gdy na pozostałym obszarze kraju cena ta jest wysoka i zróżnicowana w zależności od dnia tygodnia w celu eliminacji z rynku jedyne konkurenta”. Jest to zdaniem skarżącej zasadnicza różnica, albowiem czym innym jest domniemana praktyka wyrażająca się w stosowaniu określonej ceny, a czym innym w stosowaniu cen zróżnicowanych. Wreszcie apelująca uważała, że jej wniosek z dnia 21 kwietnia 2006 r. o wydanie decyzji w trybie art. 11a ustawy nie został formalnie merytorycznie rozpoznany, wbrew treści art. 104 § 1 k.p.a. Nie został zatem wykorzystany instrument „ugody” z organem antymonopolowym. Akceptacja takiej sytuacji powoduje, że przepis staje

się martwy. Dlatego brak stanowiska Sądu Okręgowego w tej kwestii jest nieakceptowalny. Nie można też w tej sytuacji uważać, że strona pozwana mogła skutecznie wezwać powódkę do ustosunkowania się do zebranego materiału dowodowego, a następnie uznać, że zrezygnowała z przysługującego jej uprawnienia. Natomiast w kwestii naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. powódka podniosła, że Sąd Okręgowy nie dokonał oceny istniejących w sprawie dowodów lub ich znaczenia, co odnosi się szczególnie do dowodów na istnienie substytuującej między prasą ogólnoinformacyjną, a prasą sportową, czy dowodów wskazujących, że wydawca walczy o utrzymanie „P.S.” na rynku, co jest istotne z punktu widzenia możliwości nadużywania domniemanej pozycji dominującej. Nadto rozważania Sądu są wewnętrznie sprzeczne, co dotyczy przede wszystkim definicji rynku właściwego. Nie chodzi tu bowiem o substytucyjność rynków, a produktów tworzących rynek właściwy, czego Sąd Okręgowy zdaje się nie dostrzegać. Nadto przyjmując jak się wydaje zasadność decyzji co do tego, że powódka zajmuje pozycję dominującą Sąd nie wskazał, jakie czynniki uznał dla tej kwestii za istotne. Nie uzasadniono też przyjęcia tezy o stosowaniu przez powódkę praktyki ograniczającej konkurencję.

Wyrokiem z dnia 24 lipca 2008 r. [...] Sąd Apelacyjny w Warszawie oddalił apelację, uznając ją w całości za nieuzasadnioną. Sąd Apelacyjny przyjął, że z ogółu prasy ukazującej się w Polsce należy wyodrębnić grupy dzienników, które ze względu na częstotliwość ukazywania się, a w konsekwencji na charakter zawartych w nich informacji stanowią odrębną grupę wydawnictw prasowych. Powstaje zatem problem, czy można stwierdzić, że dla obu będących w orbicie zainteresowania w sprawie tytułów ów rynek jest rynkiem właściwym, jak chce tego powódka. Jak wynika z obwieszczenia Komisji Europejskiej w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (Dz.U. UE z 1997 r. C 372, s. 5) definiowanie rynku jest narzędziem mającym na celu zidentyfikowanie oraz określenie ograniczeń konkurencji między przedsiębiorstwami. Jego celem jest identyfikowanie rzeczywistych konkurentów danego przedsiębiorstwa, którzy są w stanie zakłócić zachowanie tego przedsiębiorstwa oraz nie dopuszczać do zachowania w sposób niezależny od skutecznej presji konkurencyjnej. Dla tego celu konieczne jest określenie rynku właściwego, o którym stanowi połączenie rynku asortymentowego i geograficznego. Właściwy rynek asortymentowy składa się z tych wszystkich produktów/usług, które uważane są przez konsumenta za zamienne lub za substytuty, a to ze względu na właściwości produktów, ich ceny i zamierzone stosowanie. Z kolei właściwy rynek

geograficzny obejmuje obszar, na którym dane przedsiębiorstwa uczestniczą w podaży i popycie na produkty/usługi, na którym warunki konkurencji są wystarczająco jednorodne, oraz który może zostać odróżniony od sąsiadujących obszarów ze względu na to, że warunki konkurencji na tym obszarze znacznie się różnią. W obwieszczeniu wyjaśniono też, że pozycja dominująca na rynku to taka, w której przedsiębiorstwo lub grupa przedsiębiorstw byłaby niezależna od jej konkurentów, klientów a w ostateczności od konsumentów. Zwykle będzie w takim przypadku chodziło o duży udział w podaży na jakimkolwiek danym rynku, pod warunkiem, że inne analizowane czynniki (takie jak bariery wejścia na rynek, zdolność klientów do reagowania etc.) zmiernają w tym samym kierunku. Podzielając te poglądy w pełni, Sąd Apelacyjny orzekł, że Sąd Okręgowy nie popełnił błędu przyjmując, iż Prezes Urzędu prawidłowo zdefiniował rynek właściwy. Niewątpliwie bowiem właściwym rynkiem geograficznym zarówno dla „P.S.”, jak i „S.” jest obszar Polski, albowiem oba tytuły uczestniczą w podaży i popycie na tym rynku w takich samych warunkach konkurencji. Słusznie podniesiono, że okoliczność, iż „S.” nie jest obecnie kolportowany w dwóch województwach oceny tej zmienić nie może, gdy brak barier prawnych, ekonomicznych, społecznych czy organizacyjnych po temu, aby kolportaż rozszerzyć także na te dwie jednostki terytorialne. Nie można też obronić tezy, że o właściwym rynku geograficznym miałyby decydować nasilenie popytu w danym regionie kraju. Nie zmienia to bowiem sytuacji, iż popyt ten występuje w całym kraju, a nadto np. z uwagi na migracje czy sytuację finansową konsumentów nie musi stanowić niezmiennego parametru. Dlatego argumentacja skarżącej nieuwzględniająca tej oczywistej przecież konstatacji musi być uznana za chybioną, albowiem ograniczanie lub zwiększanie popytu na oba dzienniki z tych samych przyczyn może dotyczyć konsumentów w całym kraju, jakkolwiek nie musi być równomiernie rozłożone w poszczególnych jego obszarach. Podnoszone w apelacji w tej mierze kwestie związane z działaniami marketingowymi nie mają znaczenia dla tak przeprowadzonej identyfikacji rynku geograficznego. Gdy rzecz tyczy rynku asortymentowego, to w sprawie jest bezsporne, że „P.S.” i „S.” są jedynymi w kraju dziennikami zajmującymi się wyłącznie tematyką sportową. Z tego powodu mogą być uważane za produkty substytucyjne z uwagi na popyt, gdyż kwestia wyboru tematyki pozostaje w tym aspekcie bez znaczenia. Konsument ma bowiem do wyboru oba te produkty i jego ocenie podlega, które z pism w większym stopniu zaspakaja jego potrzeby w zakresie uzyskania informacji z dziedziny sportu. Nie można też uznać poprawności tezy, że czytelnik do-

konując wyboru, czy sięga po dziennik, czy dziennik sportowy nie kieruje się jasno sprecyzowanymi przez siebie kryteriami co do zakresu wiadomości, jakie chce uzyskać. Okoliczność że ogólnoinformacyjna prasa codzienna część łamów poświęca tematyce sportowej nie zmienia bowiem postaci rzeczy. Czytelnik takiej prasy będzie poszukiwać w niej różnorodnych wiadomości z różnych dziedzin życia (politycznych, społecznych, kulturalnych, nekrologów, ogłoszeń). Dlatego nie uzna za zaspakajające jego potrzeby czytelnicze dziennika o charakterze stricte sportowym. Zasada ta zadziała też w kierunku odwrotnym. Siłą rzeczy bowiem dla czytelników żywo i zainteresowanych tematyką sportową zakres wiadomości zawarty tylko w pewnym siłą rzeczy ograniczonym segmencie gazety będzie musiał być dalece powierzchowny, nawet rozszerzony w dodatkach specjalnych, które nie są codziennością. Nie można zatem mówić o substytucyjności prasy sportowej i codziennej ogólnotematycznej, o której zresztą decydują preferencje czytelników, a nie poglądy wydawców. Skoro tak, to nie jest obarczone błędem stanowisko Sądu Okręgowego, że powódka zajmuje na rynku właściwym pozycję dominującą. Ewidentnie nie chodzi przy tym li tylko o porównanie wielkości sprzedaży obu czasopism, ale także o rodzaj podjętych działań mających na celu wyeliminowanie „S.” z rynku. Chodzi tu o całą akcję dotyczącą zaprzestania jego wydawania i sposobu zawiadomienia czytelników o tym fakcie z jednoczesną akcją ich pozyskania dla „P.S.” prowadzoną za pośrednictwem sprzedawców prasy. Okoliczność, że powódka równocześnie podejmuje działania nakierowane na sukces marketingowy wobec ogólnoinformacyjnych innych dzienników nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia, albowiem w sporze nie chodzi o jej pozycję dominującą na całym krajowym rynku gazet codziennych.

W tym kontekście Sąd Apelacyjny uznał za chybiony zarzut dotyczący stosowanej ceny 1 zł za egzemplarz „P.S.”, ponieważ w sprawie nie chodziło o to, czy jest to cena uczciwa w tym znaczeniu, że pokrywa ona koszt wydania tego egzemplarza, ale o to, że cenę taką stosowano w zależności od obszaru, na którym gazetę rozprawiano. Nie ulega bowiem wątpliwości, że cenę 1 zł stosowano tylko na terenie województwa ś, czyli tam, gdzie popyt na „S.” był niewątpliwie najwyższy, a więc i konkurencja najsilniejsza. W innych częściach Polski cena ta była przynajmniej o 80% wyższa. Mając na względzie, że właśnie ś. z rozmaitych przyczyn jest najbardziej zainteresowany pismami o tematyce sportowej twierdzenie o znaczeniu pilotażowym dla wydawcy tego zabiegu jest oczywiście pozbawione racjonalnych przesłanek. Trudno bowiem uznać, że można sensownie badać nasycenie rynku w aspekcie

ekspansji na obszarze, który przoduje w zapotrzebowaniu na oferowany produkt. Ponadto strona powodowa nie wykazała, aby zróżnicowanie cen na poszczególnych obszarach kraju było w inny, obiektywny sposób uzasadnione. Reasumując te rozważania Sąd Apelacyjny uznał, że Sąd Okręgowy nie dopuścił się przypisywanych mu apelacją naruszeń art. 4 pkt 8 i 9 i art. 8 ustawy.

Sąd Apelacyjny wskazał również, że dowody zgłoszone przez apelującą w postaci opracowań dwóch rzeczoznawców w kwestii rynku właściwego co prawda nie zostały omówione w uzasadnieniu zaskarżonego orzeczenia, ale też apelacja nie wskazuje, jakie znacznie merytoryczne temu faktowi należałoby przypisać. Biorąc pod uwagę, że oba dokumenty sporządzono na prywatne (pozaprocesowe) zlecenie powódki nie sposób ocenić ich inaczej niż jako mające na celu uszczegółowienie stanowiska powódki jako strony. Nie zwalniało to wszakże Sądu Okręgowego od poczynienia własnych ustaleń i ocen, z czego się wywiązał, a co podlega weryfikacji w trybie instancji.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 104 ustawy Sąd Apelacyjny wskazał, że z treści poprzedzającego go, a stosowanego w decyzji art. 101 ust. 1 wynika, że ukaranie przedsiębiorcy, także gdy idzie o wysokość kary pozostawiono uznaniu Prezesa Urzędu, wymagając jedynie, aby nie była ona wyższa niż 10% przychodu za rok rozliczeniowy poprzedzający nałożenie kary. Zgodnie wszakże z powołanym art. 104 Prezes Urzędu nakładając karę winien uwzględnić okres, stopień oraz okoliczności uprzedniego naruszenia ustawy. Sumując trzeba przyjąć, że decyzja o ukaraniu i o wysokości kary została pozostawiona swobodnemu, choć nie dowolnemu, uznaniu Prezesa Urzędu. Biorąc pod uwagę ten stan prawny argument apelującej o surowości zastosowanej kary w porównaniu z innymi podmiotami jest oczywiście pozbawiony racji, albowiem wymierzenie i wysokość kary musi podlegać indywidualizacji. Gdy zaś idzie o negatywny wpływ tej kary na kondycję finansową powódki, to kwestia ta po pierwsze nie została w żaden sposób wykazana, a po wtóre biorąc pod uwagę jej represyjno-prewencyjny cel nie sposób uznać w ustalonych okolicznościach, że kara jest niewspółmierna do stopnia naruszenia przez powódkę zasad uczciwej konkurencji oraz czasokresu jego trwania, gdy zważyć, że powódka dopiero kolejną decyzją Prezesa Urzędu z dnia 3 stycznia 2006 r. została przymuszona do zaniechania zakwestionowanej uprzednio polityki cenowej. Nie sposób też pominąć, że działania powódki miały istotne znaczenie w tym okresie dla pozycji „S.” na rynku.

Ustosunkowując się do podniesionych w apelacji uchybień Prezesa Urzędu popełnionych w toku postępowania administracyjnego, Sąd Apelacyjny stwierdził, że postępowanie przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym, inicjowanym przez odwołanie od decyzji administracyjnej, toczącym się według zasady kontradyktoryjności. Odwołanie wyznacza zakres rozpoznania sprawy, a strony dysponują w ramach tego zakresu stosowną swobodą inicjowania postępowania dowodowego, niezależnie od tego, że w postępowaniu tym uwzględnia się materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym. Po przeprowadzeniu tego postępowania Sąd Okręgowy wydaje stosowne orzeczenie *ad meritum*, czyli ustosunkowujące się do zaskarżonej decyzji. Zakres możliwości Sądu w tej mierze określa art. 479^{31a} i art. 479³² k.p.c. Oznacza to, że Sąd nie może ograniczyć się do wskazywania wadliwości decyzji, ale władny jest, jeżeli znajdzie po temu uzasadnienie faktyczne i prawne, usunąć wady tej decyzji. W wyroku z dnia 13 maja 2004 r., III SK 44/04 (OSNP 2005 nr 9, poz. 136), Sąd Najwyższy wskazał, że celem postępowania sądowego nie jest przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy, której przedmiotem jest spór między stronami powstający po wydaniu decyzji przez Prezesa Urzędu. Do Sądu jednak ostatecznie należy zastosowanie odpowiedniej normy prawa materialnego na podstawie wyjaśnienia podstawy faktycznej. W rezultacie tych nie budzących wątpliwości stwierdzeń można uznać za utrwalony pogląd, że biorąc pod uwagę cel postępowania sądowego, także w zestawieniu z treścią art. 479¹⁶ k.p.c. rzeczą Sądu jest merytoryczna ocena poddanej jego rozstrzygnięciu decyzji. Dlatego nie można ostatecznie utrzymywać, że postępowanie przed Prezesem Urzędu jest poza kontrolą w tym znaczeniu, że jego postępowanie może być zupełnie dowolne, co nie spotka się z żadną sankcją. Właśnie kontrola sądowa zasadności decyzji jest wykładnikiem słuszności tej decyzji. Wśród prerogatyw Sądu wobec decyzji wymienionych w art. 479^{31a} i art. 479³² k.p.c. brak jest takiej, która dopuszczałaby możliwość stwierdzenia nieważności takiej decyzji. Jest tak dlatego, że kontrola sądowa ma charakter merytoryczny i nie obejmuje kwestii związanych z samym postępowaniem administracyjnym. Nie pozbawia to jednak strony prawa do obrony swych słusznych interesów, skoro *meritum* sporu zostaje z jej woli poddane kontroli sądowej, według wszelkich rygorów proceduralnych gwarantujących tę obronę. Ponadto, powódka nie wykazała, aby zarzucane Prezesowi Urzędu uchybienia proceduralne miały znaczenie merytoryczne dla treści zaskarżonego wyroku.

Gdy idzie o zarzut wywiedziony z art. 328 § 2 k.p.c., to wbrew twierdzeniu apelującej uzasadnienie zaskarżonego wyroku zawiera wszelkie niezbędne elementy, pozwalające na jego ocenę instancyjną. Skoro tak, to nawet mankamenty tego uzasadnienia nie uzasadniają uznania racji apelującego, szczególnie gdy zważyć, że Sąd Apelacyjny jest również Sądem zobligowanym do rozpoznania sporu merytorycznie, a nie tylko do kontroli wyroku Sądu pierwszej instancji.

Powódka zaskarżyła wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości, zarzucając naruszenie: 1) art. 4 pkt 8 i 9 ustawy, poprzez błędną wykładnię pojęć „rynek właściwy” oraz „pozycja dominująca”, a w konsekwencji przyjęcie, że powódka posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, co doprowadziło do błędnego przyjęcia, że dopuściła się nadużycia pozycji dominującej; 2) art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy, poprzez oczywiście błędną wykładnię i błędne zastosowanie a w konsekwencji błędne przyjęcie, że powódka dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję w postaci stosowania na terenie województwa ś. nieuczciwych cen P.S.; 3) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy, poprzez przyjęcie, że powódka dopuściła się nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu tego przepisu stosując na terenie województwa ś. ceny detalicznej dziennik P.S. w wysokości 1 zł, podczas gdy na pozostałym obszarze kraju cena ta była wyższe i zróżnicowana w zależności od dnia tygodnia, w celu eliminacji z rynku jedyne konkurenta; 4) art. 8 ust. 2 pkt 8 ustawy, poprzez przyjęcie, że powódka dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję w postaci podziału rynku według kryteriów terytorialnych; 5) art. 2, art. 7 oraz art. 42 Konstytucji RP oraz art. 104 ustawy, poprzez utrzymanie nałożonej na powódkę drastycznie wysokiej kary pieniężnej, której zapłata może rodzić wyeliminowaniem powódki z pewnych segmentów rynku; 6) art. 386 § 1 oraz art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 42 i 45 Konstytucji RP, poprzez zaniechanie uchylecia wyroku Sądu Okręgowego i przekazania sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania, pomimo oczywiście błędnej wykładni i niewłaściwego zastosowania przez Sąd pierwszej instancji art. 479²⁸ § 1 w związku z art. 479^{31a} § 3 k.p.c., a w konsekwencji błędne przyjęcie, że na Sądzie Okręgowym nie spoczywa obowiązek jakiegokolwiek weryfikacji poprawności postępowania antymonopolowego, także w sytuacji, w której wyrok został oparty wyłącznie na ustaleniach dokonanych w toku postępowania przed Prezesem Urzędu, w toku postępowania antymonopolowego doszło do poważnych naruszeń proceduralnych, a decyzja Prezesa Urzędu sformułowana została w sposób wadliwy; 7) naruszenie art. 386 § 1 oraz § 4 w związku z art. 328 k.p.c., poprzez brak uchylecia wyroku Sądu Okręgo-

wego, gdy uzasadnienie wyroku zostało sporządzone w sposób niekompletny oraz wewnątrznie sprzeczny, co uzasadnia przyjęcie, że Sąd Apelacyjny nie rozpoznał sprawy co do istoty.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Prezes Urzędu wniósł o jej oddalenie.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powódki jest uzasadniona, mimo iż nie wszystkie jej podstawy zasługują na uwzględnienie. Wszystkie zarzuty procesowe powódki koncentrują się wokół kwestii nadzoru judykacyjnego Sądu Okręgowego-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie oraz Sądu Apelacyjnego w Warszawie nad Prezesem Urzędu, w szczególności kontroli uchybień proceduralnych, jakich Prezes Urzędu dopuścił się w toku postępowania administracyjnego. Dlatego rozstrzygnięcie o zasadności tych zarzutów wymaga określenia roli Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz relacji między postępowaniem sądowym i postępowaniem administracyjnym. Postępowanie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu ma na celu merytoryczne rozpoznanie sporu między organem antymonopolowym a przedsiębiorcą w przedmiocie naruszenia przepisów ustawy, kwalifikacji tego naruszenia lub sankcji nałożonych z tego tytułu. Zakres sporu wyznacza odwołanie wnoszone przez przedsiębiorcę. Decyzja Prezesa Urzędu oraz odpowiedź na odwołanie zawierają procesowe stanowisko Prezesa Urzędu. Odwołanie zawiera zaś stanowisko procesowe przedsiębiorcy. Rolą Sądu Okręgowego jest ustalenie w oparciu o argumenty i dowody powołane przez strony, czy doszło do naruszenia przepisów ustawy, w jakim zakresie doszło do takiego naruszenia oraz czy środki zastosowane przez Prezesa Urzędu zastosowane zostały zgodnie z przepisami ustawy oraz wymogami zasady proporcjonalności. Wydając orzeczenie Sąd Okręgowy ustosunkowuje się w wyroku do decyzji Prezesa Urzędu, tak więc formalnie przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego jest decyzja Prezesa Urzędu. Sąd Okręgowy może zmienić decyzję w określonym punkcie, a dodatkowo uchylić decyzję w innym punkcie (wyrok SOKiK z dnia 11 maja 2007 r., XVII Ama 96/06). Przepisy zezwalają więc także na to, by Sąd Okręgowy wydał nową decyzję. Dlatego nie powinien się on ograniczać tylko do wskazywania na wadliwość decyzji, lecz jest władny i obowiązany, jeżeli tylko znajduje to uzasadnienie w okolicznościach sprawy i zebranych materiale faktycznym i dowodowym, usunąć wady tej decyzji. Skoro zatem Sąd Okręgowy może - zmieniając odpowiednio

decyzję Prezesa Urzędu - usunąć część ze stwierdzonych uchybień, uchylenie decyzji Prezesa Urzędu jest możliwe tylko w przypadku takich uchybień, które nie mogą zostać sanowane w drodze zmiany decyzji Prezesa Urzędu na etapie postępowania sądowego. Dlatego Sąd Okręgowy nie ma potrzeby szczegółowego ustosunkowywania się za każdym razem do zarzutów powoda o charakterze proceduralnym, zwłaszcza wtedy, gdy odwołujący się nie wykazuje, że uchybienia tego rodzaju istotnie wpłynęły na merytoryczną treść zaskarżonej decyzji (wyrok SOKiK z dnia 20 lutego 2007 r., XVII Ama 95/05). Wydanie określonego rozstrzygnięcia procesowego powinno być uzależnione przede wszystkim od stopnia wadliwości decyzji Prezesa Urzędu. Jednakże uchybienia proceduralne w zakresie chociażby kwestii dowodowej nie mogą przesądzać o uchyleniu zaskarżonej decyzji, o ile jej postanowienia odpowiadają przepisom prawa materialnego. Uchylenie decyzji w całości powinno nastąpić wówczas, gdy wydanie jej nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego, jak i 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 w całości niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń (wyrok SOKiK z dnia 11 listopada 2006 r., XVII Ama 70/05; wyrok SOKiK z dnia 11 maja 2007 r., XVII Ama 96/06). Nie można zatem zgodzić się z tezą powódki, iż postępowanie przed Prezesem Urzędu nie podlega żadnej kontroli - konieczne jest jedynie rozważenie, czy zarzuty formułowane pod adresem postępowania przed Prezesem Urzędu i jego decyzji są takimi zarzutami, które - po pierwsze mogą być w ogóle podnoszone, po drugie - w przypadku ich uwzględnienia prowadzą do zmiany decyzji Prezesa Urzędu przez Sąd Okręgowy, ewentualnie po trzecie - pociągają konieczność uchylenia decyzji.

Mając powyższe na względzie należy ustosunkować się do zarzutu naruszenia art. 386 § 1 i § 4 k.p.c. w związku z art. 42 i 45 Konstytucji RP, które według powódki polega na tym, że Sąd Okręgowy błędnie przyjął, że nie spoczywa na nim obowiązek weryfikacji poprawności postępowania antymonopolowego, w szczególności zarzutów dotyczących przebiegu samego postępowania, jak i wydanego w jego toku rozstrzygnięcia, wyrok Sądu pierwszej instancji został oparty na materiale dowodowym zebrany w toku postępowania przed Prezesem Urzędu oraz wyłącznie na ustaleniach dokonanych przez Prezesa Urzędu, organ antymonopolowy nie wskazał w toku postępowania sądowego, jakie konkretne dowody zebrane w toku

postępowania przemawiają za słusznością wydanej decyzji, a uzasadnienie wyroku Sądu także nie odnosi się do tej kwestii. Ponadto powódka podnosi, że w toku postępowania doszło do szeregu naruszeń proceduralnych, zaś sama decyzja sformułowana została wadliwie, a w tych okolicznościach Sąd Okręgowy powinien uchylić decyzję Prezesa Urzędu. W zakresie dotyczącym wadliwości decyzji, powódka podnosiła, że sentencja decyzji zawiera jedynie powtórzenie ogólnych zakazów wyrażonych w art. 8 ust. 1 i 2 ustawy, zamiast wskazywać, jaka cena została uznana za nieuczciwą oraz w jakich warunkach adresat decyzji narusza prawo stosując taką cenę. Tym samym Prezes Urzędu nie sprecyzował w decyzji, jakich konkretnie praktyk dopuściła się powódka. Nie ma bowiem pewności co do tego, jakiego rodzaju cena zostanie uznana za nieuczciwą przez Prezesa Urzędu. Kolejny zarzut dotyczący wadliwości decyzji odnosi się do nadania jej rygoru natychmiastowej wykonalności, bez uzasadnienia. Prezes Urzędu ograniczył się bowiem do wskazania, że zaniechanie nadania rygoru natychmiastowej wykonalności miałyby negatywny wpływ na konkurencję na rynku oraz sytuację konsumentów. Nie przeprowadzono jednak analizy przesłanek nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, zaś Sądy obu instancji nie wypowiedziały się w przedmiocie tego, czy rygor ten został nadany decyzji w sposób zgodny z prawem.

Zdaniem Sądu Najwyższego powódka zasadnie podnosi zarzut niewłaściwego sformułowania sentencji decyzji Prezesa Urzędu w pkt 1, gdyż brzmienie pkt 1 sentencji jest zbyt ogólne, by można było na jego podstawie ustalić, jakiego rodzaju zachowanie powódki wyczerpuje znamiona stosowania nieuczciwych cen P.S. na terenie województwa ś. Ponadto pkt I.1 sentencji decyzji kontrastuje z pkt I.2 i I.3, w których zachowanie powódki zostało precyzyjnie opisane. Uzasadniony jest również zarzut braku oceny przez Sąd Apelacyjny podstaw nadania decyzji Prezesa Urzędu rygoru natychmiastowej wykonalności. Sąd Apelacyjny powinien ustosunkować się do argumentacji Prezesa Urzędu dotyczącej tej kwestii, która wbrew twierdzeniom powódki zawarta jest w decyzji. W tym zakresie może wziąć pod uwagę fakt wydania w postępowaniu decyzji tymczasowej (art. 88 ustawy) oraz charakter zarzucanych powódce praktyk, które mają charakter antykonkurencyjny a nie eksploatacyjny.

Nieuzasadniony ze względu na swą lakoniczność jest zarzut naruszenia art. 386 § 1 oraz § 4 w związku z art. 328 k.p.c., z wyjątkiem tej części uzasadnienia, która odnosi się do zarzutów apelacyjnych związanych z błędnym zastosowaniem art. 8 ustawy. Powódka upatruje bowiem naruszenie tych przepisów w nieuchyleniu

wyroku Sądu Okręgowego w sytuacji, gdy uzasadnienie wyroku zostało sporządzone w sposób niekompletny i wewnętrznie sprzeczny oraz pozbawieniu jej prawa do obrony, ponieważ trudno w oparciu o uzasadnienie wyroku Sądu pierwszej instancji zidentyfikować, jakim rozumowaniem kierował się ów Sąd wydając wyrok. Powódka nie wyjaśnia jednak, na czym polega przedmiotowa ogólnikowość. Ponadto - jak się wydaje - w uzasadnieniu tego zarzutu powódka odwołuje się do argumentacji przedstawionej w tej części skargi kasacyjnej, która zawiera uzasadnienie wniosku o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania, co wskazuje na wadliwość konstrukcyjną skargi w tym zakresie, gdyż zagadnienie prawne wskazywane w przedmiotowym wniosku - aczkolwiek pozostające w ścisłym związku z podstawami skargi kasacyjnej - powinno mieć charakter abstrakcyjnego problemu, który po przedstawieniu stosownej analizy w tej części skargi kasacyjnej, która oceniana jest w ramach przedsądu, podlega konkretyzacji w podstawach skargi kasacyjnej.

Z zawartego w skardze kasacyjnej powódki odesłania do uzasadnienia wniosku o przyjęcie jej do rozpoznania wynika, że zarzuty procesowe powódki, dotyczące braku kontroli Sądu Okręgowego nad postępowaniem administracyjnym prowadzonym przez Prezesa Urzędu oraz wad tego postępowania, zmierzają w istocie do uzyskania rozstrzygnięcia Sądów orzekających w niniejszej sprawie w kwestii dotyczącej rozpoznania przez organ ochrony konkurencji „wniosku o wydanie decyzji zobowiązującej”. Zgodnie z art. 11a ustawy „jeżeli w toku postępowania antymonopolowego zostanie uprawdopodobnione - na podstawie okoliczności sprawy, informacji zawartych we wniosku lub będących podstawą wszczęcia postępowania z urzędu - że został naruszony zakaz, o którym mowa w art. 5 lub art. 8, a przedsiębiorca lub związek przedsiębiorców, któremu jest zarzucane naruszenie tego zakazu, zobowiąże się do podjęcia lub zaniechania określonych działań zmierzających do zapobieżenia tym naruszeniom, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, zobowiązać przedsiębiorcę lub związek przedsiębiorców do wykonania tych zobowiązań”. Decyzja zobowiązująca jest jedną z form zakończenia postępowania antymonopolowego. *Ratio legis* komentowanego przepisu polega na zwiększeniu skuteczności organu antymonopolowego i przyśpieszeniu zakończenia postępowania dzięki obniżeniu standardu dowodowego (uprawdopodobnienie). Jest to możliwe dzięki swoistemu wypracowaniu rozstrzygnięcia organu antymonopolowego w drodze „negocjacji” z przedsiębiorcą. Decyzja zobowiązująca nie jest wydawana w wyniku postępowania wszczynanego na wniosek przedsiębiorcy. Jest to sposób zakończenia postępowania antymonopolowego,

które - w braku decyzji zobowiązującej - zakończyłoby się wydaniem decyzji stwierdzającej naruszenie zakazu praktyk ograniczających konkurencję. Dlatego brak podstaw, by wniosek przedsiębiorcy o wydanie decyzji zobowiązującej traktować jako wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie wydania decyzji zobowiązującej. Ponadto, z art. 11a ustawy wynika, że wydanie decyzji zobowiązującej zależy od uznania Prezesa Urzędu. Ustawa nie przewiduje możliwości wydania decyzji odmawiającej wydania decyzji zobowiązującej. Akceptacja stanowiska powódki w tym zakresie oznaczałaby, że w toku postępowania antymonopolowego przedsiębiorca może żądać wydania decyzji stwierdzającej zaniechanie praktyki, mimo że tego nie uczynił, albo - w aktualnym stanie prawnym - wydania decyzji o niestwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy. Ponadto akceptacja możliwości składania wniosku o wydanie decyzji zobowiązującej w trybie Kodeksu postępowania administracyjnego oraz rozpoznania takiego wniosku w drodze decyzji, w połączeniu z zaskarżalnością odmowy jej wydania, godzi w *ratio legis* instytucji decyzji zobowiązującej. Wreszcie, zgodnie z art. 80 ustawy w sprawach nieuregulowanych w ustawie do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego. Stosowanie Kodeksu postępowania administracyjnego jest zatem ograniczone tylko do spraw nieuregulowanych oraz tylko do spraw dotyczących przebiegu postępowania przed Prezesem Urzędu. Ponieważ ustawa normuje zarówno zasady wszczynania postępowania oraz wskazuje jakiego rodzaju decyzje i w jakich okolicznościach wydaje Prezes Urzędu w postępowaniu antymonopolowym, w aktualnym stanie prawnym brak jakichkolwiek podstaw dla akceptacji stanowiska powódki, zgodnie z którym w postępowaniu przed Prezesem Urzędu dopuszczalne jest złożenie wniosku o wydanie decyzji zobowiązującej, który to wniosek Prezes Urzędu rozpoznaje wydając stosowną decyzję (decyzję zobowiązującą albo decyzję o odmowie wydania decyzji zobowiązującej).

Z tego powodu oraz w okolicznościach faktycznych sprawy nieuzasadniony okazał się zarzut naruszenia przez Sąd Apelacyjny art. 66 ustawy, ponieważ powódka zrezygnowała z możliwości ustosunkowania się do zarzutów sformułowanych przez Prezesa Urzędu, domagając się rozpoznania wniosku o wydanie decyzji zobowiązującej i uzależniając ustosunkowanie się do stawianych zarzutów od wydania przez Prezesa decyzji zobowiązującej lub decyzji o odmowie wydania decyzji zobowiązującej.

Nienależycie uzasadniony okazał się również zarzut naruszenia art. 378 §1 k.p.c. w związku z art. 379 pkt 5 k.p.c. oraz art. 2, 7, 42 i 45 Konstytucji RP, poprzez nieuchylenie wyroku Sądu Okręgowego, w sytuacji gdy sąd ten w sposób niezasadny przerzucił ciężar dowodu na podmiot, któremu zarzucano popełnienie praktyk ograniczających konkurencję, traktowanie jako dowodu w sprawie ustaleń zawartych w decyzji Prezesa Urzędu, nieodniesienie się do tego, jakie dowody zebrane w toku postępowania antymonopolowego lub przedstawione w toku postępowania przed Sądem Okręgowym zasługują na uwzględnienie. Postępowanie przed sądem antymonopolowym było i jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym. Skoro odwołanie wszczęło dopiero kontradyktoryjne postępowanie cywilne, gdyż poprzedzające je postępowanie administracyjne warunkowało jedynie dopuszczalność drogi sądowej, to niewątpliwie Sąd Okręgowy powinien sprawę osądzić od początku. Charakter postępowania administracyjnego wyklucza możliwość oparcia orzeczenia na ustaleniach organu administracyjnego. Sąd Okręgowy powinien więc, w ramach realizacji swojego zadania, rozważając całokształt materiału dowodowego, dokonać własnych ustaleń z powołaniem dowodów, na których się opiera i omówić także dowody przeciwnostawne.

W odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie strony obowiązane są wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Powód (wnoszący odwołanie) powołuje dowody wskazujące na to, że nie naruszył przepisów ustawy lub że Prezes Urzędu błędnie zastosował przepisy ustawy (np. brak podstaw do wydania decyzji tymczasowej, nadania rygoru wykonalności, nałożenia kary pieniężnej w takiej, a nie innej wysokości). Natomiast pozwany Prezes Urzędu przedstawia dowody wskazujące na naruszenie przepisów ustawy oraz prawidłowość kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy. W postępowaniu z odwołania mogą być przedkładane inne dowody niż zebrane w toku postępowania administracyjnego, gdyż odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu wyznacza jedynie zakres rozpoznania sprawy (wyrok SOKiK z 14 września 2006 r., XVII Ama 71/05). Brak przeszkód przed wykorzystaniem w postępowaniu przed sądem materiału dowodowego zebranego w postępowaniu przed Prezesem Urzędu. Sądy mogą uwzględnić materiał dowodowy zebrany w toku postępowania administracyjnego przed Prezesem Urzędu, gdyż postępowanie to służy zebraniu przez organ antymonopolowy odpowiednich dowodów i przygotowaniu merytorycznego rozstrzygnięcia, które podlega - w przypadku wniesienia odwołania - sądowej kontroli. Natomiast Sąd Okręgowy powinien pominąć tego rodzaju dowody, które

zostały zebrane przez Prezesa Urzędu z naruszeniem prawa. Podstawę rozstrzygnięcia Sądu Okręgowego stanowi zatem materiał dowodowy zebrany w toku postępowania przed tym Sądem, przy czym może składać się na niego materiał zebrany w toku postępowania przed Prezesem Urzędu. Rozpatrując odwołanie Sąd Okręgowy ocenia, czy w świetle zgromadzonych przez Prezesa Urzędu dowodów oraz argumentacji przedstawionej w decyzji oraz ewentualnych pismach procesowych, a także po uwzględnieniu argumentów wnoszącego odwołanie przedsiębiorcy, doszło do naruszenia przez przedsiębiorcę zakazów wynikających z ustawy oraz czy Prezes Urzędu w tak ustalonym stanie faktycznym prawidłowo zastosował przepisy ustawy. Ciężar dowodu w zakresie dotyczącym naruszenia przepisów ustawy spoczywa na Prezesie Urzędu. Na powodowym przedsiębiorcy spoczywa natomiast ciężar dowodu w zakresie dotyczącym przesłanek wyłączających zastosowanie zakazów wynikających z ustawy. Jednakże powódka nie wskazała w uzasadnieniu skargi kasacyjnej, w jaki konkretnie sposób Sąd Apelacyjny naruszył przedstawione powyżej zasady.

Przechodząc do zarzutów naruszenia prawa materialnego, należy podkreślić, że niniejsza sprawa dotyczy nadużycia pozycji dominującej o charakterze antykonkurencyjnym, to jest takiego zachowania przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą, które będąc obiektywnie sprzeczne z wzorcami normalnej konkurencji może wpływać na strukturę rynku pozycji dominującej lub innego rynku i przybiera postać stosowania środków niemających związku z konkurencją merytoryczną o nabywców, bądź polega na stosowaniu środków używanych w toku rywalizacji na konkurencyjnych rynkach, które jednak są nieproporcjonalne na rynku dotkniętym zachowaniem dominującego przedsiębiorcy, utrudniając w ten sposób zachowanie lub rozwój istniejącej jeszcze na nim konkurencji. Nadużycie tego rodzaju może polegać na „zaatakowaniu” kluczowego dla konkurenta obszaru poprzez zastosowanie strategii zróżnicowanych cen, polegającej na zbywaniu oferowanego na terytorium całego kraju towaru po niższej cenie na rynku kluczowym dla jedyne go konkurenta, bez względu na to, czy jest to cena poniżej kosztów dominanta. Do nadużycia pozycji dominującej w opisany powyżej sposób może dojść zarówno wówczas, gdy przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą i jego konkurent działają na tym samym rynku produktowym i geograficznym, jak i wówczas, gdy dominant działa na rynku geograficznym obejmującym terytorium Polski, a jego rywal działa na rynku regionalnym.

Spośród zarzutów dotyczących prawa materialnego częściowo zasadny okazał się kluczowy zarzut naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy poprzez niewłaściwe wyznaczenie rynku właściwego, gdyż rynek właściwy w niniejszej sprawie ustalono bez dostatecznie pogłębionej analizy relacji konkurencyjnych między dziennikami powódki i zainteresowanego. Nie wszystkie jednak argumenty powódki w tym zakresie zasługują na akceptację, zaś uwzględnienie przez Sąd Najwyższy zarzutu naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy nie przesądza ostatecznego rozstrzygnięcia w przedmiocie rynku właściwego lub rynków właściwych w sprawie.

Sąd Najwyższy nie podziela stanowiska powódki, zgodnie z którym niezasadnie pominięto konkurencję ze strony ogólnopolskich dzienników ogólnoinformacyjnych, zamieszczających obszerne wiadomości sportowe, zaś prasa ogólnoinformacyjna powinna być traktowana jako substytut dzienników sportowych, ponieważ wydaje rozbudowane, darmowe dodatki sportowe, podsumowujące wydarzenia sportowe z weekendu, zaś wśród nabywców prasy widać bardzo wyraźną tendencję do porzucania prasy typowo sportowej na rzecz ogólnoinformacyjnej prasy codziennej, która zaspokaja w pełni ich potrzeby w zakresie dostępu do informacji o charakterze sportowym. Zdaniem Sądu Najwyższego w przypadku rynku prasowego kluczowe znaczenie dla wyznaczenia konkurujących ze sobą produktów mają rodzaj informacji oraz częstotliwość wydawania. Dlatego Sądy orzekające w niniejszej sprawie słusznie wskazały jako rynek właściwy rynek obejmujący swym zasięgiem dzienniki sportowe. Jest to taki typ dziennika, który dostarcza czytelnikowi ściśle sprofilowany rodzaj informacji. Dziennik taki kupuje osoba interesująca się żywo sportem lub określoną dyscypliną. Działy sportowe dzienników ogólnoinformacyjnych nie dostarczają czytelnikowi prasy sportowej takich informacji, jakie znajdzie on na łamach prasy sportowej. Nie zmienia tego rozbudowywanie działów sportowych lub wydawanie dodatków sportowych po weekendzie (z uwagi na dni, kiedy odbywa się większość imprez sportowych) lub przed, bądź po imprezie sportowej (typu Mistrzostwa Europy, Mistrzostwa Świata, Igrzyska Olimpijskie). W tym zakresie zarówno Sąd pierwszej, jak i Sąd drugiej instancji prawidłowo zastosowały art. 4 pkt 8 ustawy, wyodrębniając rynek prasowy z rynku środków masowego przekazu, ponieważ w niniejszej sprawie chodzi o zachowanie wydawcy P.S. oddziałujące na warunki funkcjonowania na rynku wydawcy S. Trafnie przyjęto również, że spośród prasy codziennej należy wyodrębnić prasę ogólnoinformacyjną, sportową i finansową, ponieważ decydujące znaczenie ma kryterium treści dziennika, gdyż to jego zawartość determinuje, czy

podawane w nim informacje są substytutem informacji przedstawianych w innych dziennikach. Zdaniem Sądu Najwyższego dziennik ogólnoinformacyjny mógłby być substytutem wyłącznie takiego dziennika „sportowego”, który uzupełniany jest o informacje niesportowe z kraju i świata. Dlatego odwoływanie się do decyzji Prezesa Urzędu z 12 grudnia 2005 r. [...] nie jest uprawnione, gdyż w skład rynku prasy ogólnoinformacyjnej wchodzi publikatory adresowane do różnych kategorii odbiorców. Cechą wspólną dla nich jest podawanie informacji o szerokim spectrum, a nie koncentrowanie się na jednej, ściśle określonej dziedzinie życia. Za wskazanym przez powódkę sposobem wyznaczenia rynku właściwego nie przemawia również argument o „zamieraniu” rynku prasy sportowej, na co ma wskazywać brak dynamiki wzrostu oraz spadek czytelnictwa prasy sportowej, spowodowany zdaniem powódki konkurencją tytułów ogólnoinformacyjnych oraz dostępnością informacji o sporcie w innych mediach. Argumentacja ta w równym stopniu odnosi się bowiem do wszelkiego rodzaju prasy, która boryka się z wypracowaniem stosownego modelu biznesowego w dobie rozwoju internetu.

Kluczowe znaczenie dla ustalenia wzajemnych relacji konkurencyjnych ma analiza treści i zachowań konsumentów-nabywców prasy sportowej. Zgodnie bowiem z art. 4 pkt 8 ustawy rynkiem właściwym jest 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. Rynek właściwy to zatem rynek towarów, które mają służyć zaspokojeniu tych samych potrzeb nabywców (wyrok Sądu Najwyższego z 14 września 2006 r., III SK 13/06, OSNP 2007 nr 17-18, poz. 265). Substytutami są zaś towary, które - zdaniem ich nabywcy - są dosyć dowolnie (prosto) zastępowalne, wymienialne (wzajemnie wymienne) (wyrok Sądu Antymonopolowego z 26 października 1994 r., XVII Amr 24/94, Wokanda 1995 nr 8). Powódka konsekwentnie podnosiła w toku postępowania, w tym także w skardze kasacyjnej, że niewłaściwe jest zakwalifikowanie P.S. i S. jako towarów wchodzących w skład rynku właściwego obejmującego ogólnopolskie dzienniki sportowe, ponieważ S. jest gazetą regionalną, na co wskazuje 1) treść tego dziennika (relacje z rozgrywek zespołów z terenu Ś.), 2) aktywność marketingowa, 3) historia tytułu oraz 4) zgłoszenie go jako dziennika regionalnego do Związku Kontroli Dystrybucji Prasy. W skardze kasacyjnej zarzuciła również, że Sądy obu instancji

błędnie wyznaczyły rynek geograficzny, jako rynek obejmujący terytorium całej Polski, gdyż powinien on obejmować tylko terytorium województwa ś., ewentualnie region ś., z uwagi na śladową sprzedaż S. w innych województwach. Z tego powodu błędnie zastosowano art. 4 pkt 8 ustawy przyjmując, że P.S. jest konkurentem S. na terenie wszystkich województw, w których oba tytuły są kolportowane, skoro sprzedaż jednego jest minimalna, a ponadto nie można go kupić w każdym kiosku. Zdaniem Sądu Najwyższego w toku ustalania, czy S. i P.S. są substytutami w ramach tego samego rynku produktowego i geograficznego nieprawidłowo zastosowano art. 4 pkt 8 ustawy poprzestając na konstatacji, że są to dzienniki sportowe. Nie poddano odpowiedniej analizie treści obu dzienników, w szczególności zakresu relacji sportowych z regionu ś., który to zakres może oznaczać brak substytucyjności P.S. i S. Jeżeli bowiem dziennik S. ma regionalny charakter, polegający na dostarczaniu nabywcom przede wszystkim informacji o sporcie z makroregionu ś., nie można go uznać za substytut dziennika sportowego o zasięgu ogólnokrajowym, gdyż P.S. nie będzie dostarczał nabywcom S. (interesujących się sportem i sportem regionalnym) poszukiwanych przez nich informacji. Natomiast S. może być substytutem dla P.S., ponieważ dostarcza takiego samego spektrum informacji, a dodatkowo informacji o sporcie regionalnym. Sąd Apelacyjny nie ustosunkował się do tych kwestii w uzasadnieniu wyroku, pomimo podniesienia stosownych zarzutów w apelacji. Ponadto - zdaniem Sądu Najwyższego - nie można oprzeć analizy substytucyjności P.S. i S. wyłącznie na porównaniu danych o sprzedaży obu dzienników w tych samych miesiącach 2004 i 2005 r., ponieważ do wiosny 2005 r. S. był wydawany przez powódkę. Zestawienie danych sprzedaży z okresu gdy dziennik był wydawany przez powódkę z okresem, gdy był wydawany przez konkurenta powódki budzi istotne zastrzeżenia metodologiczne. Dane za rok 2004 oraz do wypowiedzenia umowy w 2005 r. mogą dostarczać jedynie informacji na temat trendów sprzedaży, a nie na temat wpływu zachowania powódki na sprzedaż S. w 2005 r. Ponadto, dane za 2004 i 2005 r. nie zostały porównane po uwzględnieniu spadku sprzedaży wynikającego ze zmniejszenia się grona czytelników. Wreszcie, decyzja została wydana 12 czerwca 2006 r., zaś powołane w niej dane rynkowe obejmują tylko rok 2004 i 2005, nie uwzględniają sytuacji na rynku po wydaniu decyzji tymczasowej.

W zakresie dotyczącym rynku geograficznego Sądy obu instancji prawidłowo przyjęły, że „o zasięgu rynku nie decyduje nasilenie konkurencji na danym obszarze, ale fakt jej istnienia, które to zjawisko występuje na obszarze całego kraju (z wyjąt-

kiem wymienionych województw, na których wszakże nie występują bariery ekonomiczne dla wejścia „S.” na rynek)”. W przypadku gdy na danym rynku produktowym działa dwóch przedsiębiorców, nie jest konieczne, by poziom nasilenia konkurencji na całym obszarze, na którym obaj działają był porównywalny. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy słabszy konkurent jest nowym uczestnikiem rynku. Dlatego z punktu widzenia definicji legalnej rynku właściwego można przyjąć, że rynkiem właściwym dla dzienników sportowych jest rynek obejmujący terytorium całej Polski, nawet jeżeli jeden z dzienników sportowych nie jest sprzedawany w punktach dystrybucji prasy na terytorium całego kraju. Jest to bowiem obszar, na którym warunki konkurencji między dziennikami sportowymi są zbliżone. Jedynie w przypadku stwierdzenia, że jeden z dzienników sportowych ma charakter regionalny, rynek właściwy może zostać wyznaczony inaczej. W tym zakresie należy również wskazać, że znikoma sprzedaż S. w innych województwach nie przesądza o braku substytucyjności względem P.S., ponieważ S. został reaktywowany jako gospodarczo samodzielny dziennik sportowy w marcu 2005 r., mógł więc jeszcze nie rozwinąć kolportażu w innych regionach kraju, koncentrując się w początkowym okresie działalności na rynku ś., który jest najważniejszy dla jego funkcjonowania i przetrwania. Ponadto, w okresie w jakim wydawany był przez powódkę, był rozprowadzany na terenie trzech, a następnie dwóch województw. Jednakże wskazywana przez powódkę radykalna różnica między poziomem sprzedaży dzienników powódki i zainteresowanego poza makroregionem ś. może dowodzić regionalnego charakteru konkurencyjnego dziennika, gdyby z poczynionych ustaleń wynikało, że zainteresowany nie zamierzał rozszerzać działalności na rynki innych regionów, zaś nikła sprzedaż S. w innych województwach wynikała nie tyle z braku stosownej aktywności prosprzedażowej zainteresowanego poza obszarem regionu ś., co z charakteru publikowanych na jego łamach treści, ograniczających spektrum potencjalnych nabywców do osób, które skutkiem migracji opuściły Ś., a nie poszukiwaniem przez nabywców alternatywnego źródła informacji sportowych wobec dziennika powódki. Konieczne jest również wyjaśnienie, w jaki sposób funkcjonuje system dystrybucji dzienników sportowych oraz czy zasady jego działania stanowią barierę dla szerszej sprzedaży S. na terytorium innych województw.

Za niezasadny należy uznać zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy, poprzez niezastosowanie się do „bardzo konkretnych i precyzyjnych zasad sformułowanych w orzecznictwie organów wspólnotowych (w tym w szczególności przez Komisję Euro-

pejską i przez ETS)”. Kwestia ta została już rozstrzygnięta w wyroku Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06, w którym wyjaśniono, że nie można mówić o obowiązku dokonywania prowspólnotowej wykładni przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów składających się na zakaz porozumień ograniczających konkurencję, ponieważ przepisy te - w przeciwieństwie do przepisów ustawy dotyczących ochrony zbiorowych interesów konsumentów - nie implementują do prawa polskiego postanowień dyrektyw wspólnotowych. Dlatego zarówno niewiążące akty prawa wspólnotowego w postaci wytycznych Komisji, a także wyroki Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich oraz decyzje Komisji dotyczące art. 81 i 82 TWE mogą być wykorzystywane jedynie posiłkowo przy wykładni prawnoporównawczej przepisów ustawy. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu nie stosował zaś równoległe przepisów wspólnotowego prawa konkurencji.

Niezasadny zdaniem Sądu Najwyższego jest zarzut naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy poprzez przyjęcie, że powódka posiada pozycję dominującą w oparciu o porównanie wielkości sprzedaży egzemplarzowej obydwu tytułów oraz nieuwzględnienie okoliczności, iż powódka nie mogła zachowywać się w sposób niezależny od konkurentów, kontrahentów lub konsumentów, ponieważ w latach 2005-2006 znajdowała się w sytuacji szczególnej z uwagi na systematycznie malejącą sprzedaż P.S. (w 2006 r. średnioroczny spadek sprzedaży wynosił 7% w porównaniu do 2005 r.), zaś tego niekorzystnego trendu nie udało się odwrócić pomimo kilkukrotnego zwiększenia nakładów na reklamę tytułu w 2005 r. Brak bowiem związku między wzrostem nakładów na reklamę i spadkiem sprzedaży, a posiadaniem albo brakiem pozycji dominującej. Dowodzi to jedynie błędnej strategii marketingowej powódki. Zdolność do niezależnego zachowywania się względem podmiotów wymienionych w art. 4 pkt 9 ustawy do możliwości samodzielnego realizowania indywidualnej strategii rynkowej na rynku, na którym działa dominant lub na rynkach powiązanych należy rozpatrywać z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danej sprawy. Jeżeli po uzupełnieniu analizy rynku właściwego okaże się, że powódka konkuruje z zainteresowanym na rynku dzienników sportowych - zdaniem Sądu Najwyższego - nie ulega wątpliwości, że dysponuje taką niezależnością zachowania względem zainteresowanego, bez względu na to, w jaki sposób czynniki wynikające z otoczenia rynkowego, w jakim działa powódka wpływają na strategię, jaką przyjmuje on na rynku, na którym posiada pozycję dominującą.

Zarzuty dotyczące naruszenia art. 8 ust. 1 pkt 2, 5 i 8 ustawy są częściowo zasadne, ponieważ uzasadnienie wyroku Sądu Apelacyjnego w tej części jest zbyt lakoniczne i zawiera jedynie argumentację, którą można odnieść bezpośrednio do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy. W tym zakresie Sąd Najwyższy w pełni podziela zapatrywania Sądu Apelacyjnego, że cena może zostać uznana za nieuczciwą nawet jeżeli nie jest ceną poniżej kosztów. Powódka zasadnie zarzuca jednak, że jej zachowanie nieprawidłowo zakwalifikowano jako praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy, polegającą na narzucaniu nieuczciwych cen. Narzucanie cen nieuczciwych może mieć miejsce jedynie w odniesieniu do kontrahentów, a więc partnerów handlowych przedsiębiorcy dominującego lub konsumentów. Nie można narzucić nieuczciwej ceny konkurentowi (nie będącemu jednocześnie nabywcą towarów dominanta), w ten sposób, że stosując określoną cenę zmusza się go do wprowadzenia innej ceny na własne towary, tak by móc sprostać konkurencji ze strony dominanta. Co prawda przepisy prawa ochrony konkurencji porównywane są często do postanowień ustaw zasadniczych z uwagi na bardzo ogólny sposób sformułowania, oznaczający szeroki zakres zastosowania, Sąd Najwyższy nie znajduje jednak powodów, by interpretować rozszerzająco poszczególne praktyki nadużycia pozycji dominującej wymienione w art. 8 ust. 2 pkt 1-8 ustawy. Przepisy te zawierają bowiem jedynie przykładowe wyliczenie praktyk obejmujące zachowania najbardziej typowe, najgroźniejsze z punktu widzenia mechanizmu konkurencji. Katalog ten nie ma charakteru zamkniętego (wyrok Sądu Najwyższego z 23 lutego 2006 r., III SK 6/05, OSNP 2007 nr 5-6, poz. 86), co umożliwia Prezesowi Urzędu stwierdzanie naruszenia zakazu z art. 8 ust. 1 ustawy także w przypadku zachowań przedsiębiorców, które nie spełniają przesłanek poszczególnych deliktów antymonopolowych z art. 8 ust. 2 pkt 1-8 ustawy, ale dają się kwalifikować jako nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy. W zakresie dotyczącym naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy Sąd Najwyższy uznaje, że motywy zawieszenia wydawania przez powódkę dziennika S. nie mają żadnego związku z nadużyciem pozycji dominującej polegającym na obniżeniu ceny P.S. na terenie województwa ś. do 1 zł. Przed „usamodzielnieniem się” S., gazeta ta była wydawana przez powódkę i powódka mogła podjąć decyzję o wycofaniu jej z rynku tak jak każdy inny przedsiębiorca. Posiadanie pozycji dominującej na rynku dzienników sportowych w żaden sposób nie może ograniczać prawa powódki do wycofania się z rynku, nawet jeśli jest to wycofanie częściowe, polegające na rezygnacji z wy-

dawania jednego z tytułów prasowych i utrzymaniu drugiego. Powódka mogła ponadto podjąć taką decyzję z motywacji podyktowanej dążeniem do wzmocnienia pozycji rynkowej P.S. Jednakże selektywne obniżenie ceny P.S. (ograniczone do województwa ś.) zostało wprowadzone po usamodzielnieniu się S. i dotyczyło obszaru najbardziej wrażliwego dla jedyne go, jeżeli potwierdzi to analiza rynku właściwego, konkurenta powódki, rozwijającego swoją samodzielną działalność wydawniczą. Połączenie sekwencji poszczególnych wydarzeń (zakończenie współpracy powódki i redakcji S.) z terytorialnym zakresem obniżki umożliwia przeprowadzenie logicznie spójnego rozumowania, zgodnie z którym zachowanie powódki było ukierunkowane na osłabienie, a nawet eliminację jedyne go niezależne go od niej wydawcy dziennika sportowe go. W ten sposób powódka przeciwdziałała warunkom niezbędne m do rozwoju konkurencji, gdyż próbowała zneutralizować poczynania konkurenta na początkowym etapie jego samodzielnej działalności. Z kolei stosując art. 8 ust. 2 pkt 8 ustawy Sąd Apelacyjny powinien wziąć pod uwagę, że przepis ten dotyczy praktyki określanej mianem jednostronne go podziału rynku, który polega na różnicowaniu przez przedsiębiorcę posiadające go pozycję dominującą zasad funkcjonowania w oparciu o kryterium terytorialne. Podział ten może przybierać postać różnicowania oferty produktowej (niektóre towary są dostępne tylko na określonym terytorium lub tylko w określonej konfiguracji) lub warunków tej oferty (np. dłuższa gwarancja, sprzedaż ratalna, dodatkowe usługi), a także różnicowania cen. Różnicowanie cen nie stanowi *per se* praktyki ograniczające j konkurencję, nawet gdy jest stosowane przez przedsiębiorcę posiadające go pozycję dominującą. Może być uzasadnione zróżnicowanymi kosztami działania w ramach tego samego rynku produktowe go na poszczególnych terytoriach (np. kosztami wydruku, transportu, opracowania innych wkładek redakcyjnych). Różnicowanie cen z uwagi na poziom zamożności odbiorców budzi jednak zastrzeżenia, ponieważ stanowi jedną z form dyskryminacji cenowej (nabywcy tego samego towaru płacą różne ceny ze względu na miejsce zakupu). W niniejszej sprawie naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 8 polega na stosowaniu niższej ceny sprzedaży gazety P.S. na terenie województwa ś. Takie różnicowanie - samo w sobie - nie jest antykonkurencyjne. Jednakże w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy można dopatrzeć się antykonkurencyjnego motywu, jaki przyświecał powódce przy obniżeniu ceny. Po pierwsze, zróżnicowanie cen zostało zastosowane na obszarze, na którym powódka spotykała się ze szczególnie silną konkurencją ze strony wnioskodawcy. Po drugie, zróżnicowanie cen zostało wprowadzone po „usa-

modzielnieniu się” S., w okresie kiedy stał się ponownie (po wypowiedzeniu umowy licencyjnej) rywalem P.S. Po trzecie, zróżnicowanie cen zostało wprowadzone na terytorium, które ma kluczowe znaczenie dla konkurenta P.S. Po czwarte, zróżnicowanie cen zostało wprowadzone nie bezpośrednio po usamodzielnianiu się S., lecz w okresie najważniejszym dla wydawców prasy sportowej - przed rozpoczęciem kolejnego sezonu piłkarskiego. Powódka mogła różnicować ceny i starać się poszerzyć bazę czytelniczą, ale aby uniknąć zarzutu nadużycia pozycji dominującej powinna była wybrać inny rynek dla realizacji tego programu. Tezy o pauperyzacji społeczeństwa ś. nie została bliżej uzasadniona przez powódkę, zaś bez wątplenia można wskazać znacznie uboższe niż ś. województwa, gdzie mimo to cena P.S. była o 80% wyższa niż na Ś. Również względ na tradycje czytelnicze na Ś. nie uzasadnia zastosowania strategii różnicowania cen celem poszerzenia bazy czytelniczej. Skoro bowiem czytelnictwo prasy na Ś. jest większe niż w innych regionach kraju (co w przypadku prasy sportowej obok regionalizmu ś. i znaczenia sportu dla lokalnej społeczności, podyktowane jest dodatkowo znaczną liczbą zespołów sportowych z różnych dyscyplin, pochodzących ze Ś.), powódka powinna była próbować poszerzyć bazę czytelniczą za pomocą niższej ceny egzemplarza gazety w innych regionach kraju, gdzie baza ta jest szczuplejsza niż na Ś. Wręcz przeciwnie, zróżnicowanie cen na Ś. dopiero po usamodzielnieniu się S. (a nie chociażby w okresie poprzedzającym decyzję o rezygnacji z samodzielnego wydawania S.) wskazuje, że celem strategii zróżnicowanych cen nie było poszerzenie kręgu czytelników, lecz zaszkodzenie konkurentowi za pomocą środków, które - w okolicznościach niniejszej sprawy - nie mają nic wspólnego z konkurencją merytoryczną i stosowaniem przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą dozwolonych środków obrony własnych interesów ekonomicznych. Dlatego stosując art. 8 ust. 2 pkt 8 ustawy Sąd Apelacyjny może nie podzielić argumentacji powódki, zgodnie z którą praktyka różnicowania cen w zależności od regionu jest powszechnie stosowana przez wydawców prasowych i wiąże się przede wszystkim z czynnikami ekonomiczno-społecznymi, jak skłonności czytelnicze oraz stopień zamożności grupy docelowej, zaś obniżenie ceny w 2005 r. podyktowane było pauperyzacją społeczeństwa Ś. oraz ponadprzeciętną ilością czytelników pism sportowych.

Częściowo uzasadniony jest zarzut naruszenia art. 104 ustawy. W skardze kasacyjnej powódka argumentowała, że nałożona na nią kara jest zbyt wysoka, ponieważ sięga 25% maksymalnego możliwego wymiaru, nie została obniżona przez

Sąd Apelacyjny, choć powódka wskazywała, że wymiar kary był surowszy niż w przypadku innych naruszeń przepisów ustawy, często o wyższym ciężarze gatunkowym, zaś wymierzając karę Prezes Urzędu pominął sytuację finansową oraz potencjalne konsekwencje dla powódki, gdyż zapłata kary w pełnej wysokości mogłaby prowadzić do trwałego uszczerbku w działalności gospodarczej powódki w postaci rezygnacji z wydawania pewnych tytułów z uwagi na niemożność utrzymania ich na rynku. Ponadto powódka powołała się na projekt wytycznych Prezesa Urzędu w sprawie kar, z którego wynika, że punktem wyjścia przy wymiarze kary pieniężnej z tytułu najcięższych naruszeń reguł konkurencji będzie 3% przychodu. Zdaniem Sądu Najwyższego decyzja w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej podlega kontroli judykacyjnej, dokonywanej w pierwszej instancji przez Sąd Okręgowy, w zakresie zarówno zasadności jej nałożenia, jak i określenia jej wysokości. Sądy rozpoznające sprawę z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu mogą zatem modyfikować jego rozstrzygnięcie w tej kwestii. Aby sądowa kontrola mogła zostać skutecznie przeprowadzona, Prezes Urzędu powinien w uzasadnieniu decyzji przedstawić motyw, jakimi kierował się nakładając karę pieniężną w określonej wysokości, z uwzględnieniem okoliczności wymienionych w art. 104 ustawy. W uzasadnieniu decyzji Prezesa Urzędu wskazano, jakiego rodzaju czynniki zostały wzięte pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary pieniężnej. Z tego powodu nie można uwzględnić zarzutu powódki. Ponadto, wzgląd na sytuację finansową ukaranego przedsiębiorcy oraz możliwość dalszego prowadzenia działalności bez trwałego uszczerbku nie są ustawowymi czynnikami wymiaru kary pieniężnej. Orzecznictwo i doktryna dopuszczają jednak możliwość miarkowania wysokości kary pieniężnej przez pryzmat dalszego funkcjonowania na rynku, co jest podyktowane tym, by skutkiem decyzji Prezesa Urzędu nie było doprowadzenie do ograniczenia konkurencji wskutek pełnego lub częściowego wycofania się przedsiębiorcy z rynku. W skardze kasacyjnej nie przedstawiono jednak żadnej argumentacji, która pozwalałaby przyjąć, że kara pieniężna w niniejszej sprawie zagraża dalszemu bytowi powódki. Zdaniem Sądu Najwyższego powódka nie może wyciągać korzystnych dla siebie skutków z projektu wytycznych w sprawie kar, gdyż po pierwsze projekt ten (obecnie Wytyczne Prezesa Urzędu) wydano celem ułatwienia stosowania przepisów ustawy z 2007 r., po drugie - brak podstaw normatywnych do wydania takiego dokumentu, po trzecie - nie wiąże on w żaden sposób sądów rozpoznających odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu. Zdaniem Sądu Najwyższego można jedynie rozważyć, czy wysokość kary w niniejszej sprawie speł-

nia wymogi wynikające z zasady proporcjonalności. Podstawę wymiaru kary stanowił przychód powódki, uzyskiwany ze sprzedaży różnych tytułów. Jest to co prawda zgodne z art. 102 ustawy, który mówi ogólnie o przychodzie przedsiębiorcy (a nie o przychodzie z rynku pozycji dominującej, rynku praktyki, itp.), ale zasada proporcjonalności sugeruje zrelatywizowanie wymierzonej kary pieniężnej do wysokości przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży P.S., skoro sprzedaż tej gazety jest źródłem pozycji dominującej w niniejszej sprawie. Sprzedaż innych tytułów jest co najwyżej źródłem zasobów finansowych wzmacniających przewagę konkurencyjną nad innymi wydawcami i mogłaby być brana pod uwagę wówczas, gdyby powódce zarzucono stosowanie ceny rażąco niskiej, gdyż wtedy przychody uzyskiwane z działalności na innych rynkach byłyby wykorzystywane do finansowania antykonkurencyjnej działalności na rynku codziennej prasy sportowej.

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

=====