

POSTANOWIENIE Z DNIA 15 LIPCA 2009 R.

III SK 2/09

*Przewodniczący: Sędzia SN Kazimierz Jaśkowski.*

*Sędziowie SN: Małgorzata Gersdorf, Andrzej Wróbel (sprawozdawca).*

Sąd Najwyższy w sprawie z powództwa T. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W. (obecnie N. Spółka Akcyjna w W.) przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem zainteresowanej Telekomunikacji Polskiej Spółki Akcyjnej o ochronę konkurencji, po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 15 lipca 2009 r., skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 10 lipca 2008 r.,

postanawia:

I. na podstawie art. 234 ust. 3 TWE zwrócić się do Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich z następującym pytaniem prawnym:

1. Czy art. 5 rozporządzenia Rady nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 2003 r. L 1, s. 1; polskie wydanie specjalne Dz. Urz. UE z 2008 r., Tom 2, s. 205 ze zm.) należy interpretować w ten sposób, że krajowy organ ochrony konkurencji nie może wydać decyzji o nie stwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 82 Traktatu, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania uzna, że przedsiębiorstwo nie naruszyło zakazu nadużywania pozycji dominującej wynikającego z tego przepisy Traktatu?

2. Jeżeli odpowiedź na pierwsze pytanie jest pozytywna, to czy w sytuacji, gdy krajowe prawo ochrony konkurencji upoważnia krajowy organ ochrony konkurencji do zakończenia postępowania antymonopolowego - w przypadku stwierdzenia, że zachowanie przedsiębiorstwa nie narusza zakazu z art. 82 Traktatu - wyłącznie do wydania decyzji o niestwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję, przepis art. 5 tiret 3 rozporządzenia Rady nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 2003 r. L 1, s. 1; polskie wydanie specjalne Dz. Urz. UE z 2008 r., Tom 2, s. 205, ze zm.) należy interpretować w ten sposób, że stanowi on bezpośrednią podstawę prawną do wydania przez ten organ "decyzji o braku podstaw do działania z jego strony"?

II. rozprawę odroczyć.

## UZASADNIENIE

1. Przedmiot postępowania Przedmiotem niniejszego postępowania jest skarga kasacyjna wniesiona przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dalej jako "Prezes Urzędu", działającego jako krajowy organem ochrony konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003, od wyroku Sądu Apelacyjnego. W skardze kasacyjnej podniesiono między innymi zarzut naruszenia przez Sąd Apelacyjny przepisu art. 5 rozporządzenia Rady nr 1/2003 z 16 grudnia 2002 r. w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE z 2003 r. L 1, s. 1; polskie wydanie specjalne Dz. Urz. UE z 2008 r., Tom 2, s. 205, ze zm., dalej jako "rozporządzenie 1/2003").

Rozpoznanie skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu wymaga rozstrzygnięcia zagadnienia prawnego dotyczącego sposobu zakończenia krajowego postępowania w sprawie naruszenia art. 82 Traktatu WE, jeżeli krajowy

organ ochrony konkurencji po przeprowadzeniu postępowania uznaje, że nie doszło do naruszenia wspólnotowego zakazu nadużywania pozycji dominującej.

## 2. Ramy prawne

2.1. Prawo polskie - ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080, dalej jako "ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów")

Przepis art. 11 stanowi:

"Ust. 1. Prezes Urzędu wydaje decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, jeżeli nie stwierdzi naruszenia zakazów określonych w art. 5 lub w art. 8.

Ust. 2. Decyzję, o której mowa w ust. 1, Prezes Urzędu wydaje również w przypadku, gdy porozumienie spełnia przesłanki, o których mowa w art. 7 ust. 1, a nie zostało objęte rozporządzeniem Rady Ministrów, o którym mowa w art. 7.

Ust. 3. Ciężar udowodnienia okoliczności, o których mowa w ust. 2, spoczywa na przedsiębiorcy lub związku przedsiębiorców.

2.2. Prawo Wspólnot Europejskich Art. 5 rozporządzenia 1/2003 "Uprawnienia organów ochrony konkurencji Państw Członkowskich"

Organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich mają prawo stosowania art. 81 i 82 Traktatu w indywidualnych sprawach. W tym celu, działając z urzędu lub na wniosek, mogą wydać następujące decyzje:

- domagające się zaprzestania naruszenia,
- zarządzające środki tymczasowe,
- akceptujące zobowiązania,
- nakładające grzywny lub okresowe kary pieniężne, lub inne kary przewidziane w krajowych przepisach prawa.

Jeżeli na podstawie informacji, które posiadają organy ochrony konkurencji Państw Członkowskich, warunki ustanowienia zakazu nie zostały

spełnione, mogą również zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony.

### 3. Stan faktyczny i przebieg postępowania

3.1. Postępowanie przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów Decyzją z dnia 28 września 2006 r., DOK-112/2006 Prezes Urzędu w punkcie I nie stwierdził stosowania przez Telekomunikację Polską S.A. (zainteresowana) praktyki ograniczającej konkurencję polegającej na stosowaniu klauzuli wyłączności na korzystanie z publicznie dostępnych usług telefonicznych zainteresowanej, na krajowym rynku dostępu do usług połączeń telefonicznych w stacjonarnej sieci telefonicznej świadczonych na zasadzie dostępu i preselekcji; w punkcie II umorzył na podstawie art. 105 kodeksu postępowania administracyjnego w związku z art. 80 ustawy i art. 5 rozporządzenia 1/2003 postępowanie antymonopolowe w sprawie naruszenia przez zainteresowaną art. 82 Traktatu WE, zaś w punkcie III odmówił przyznania T. Sp. z o.o. (wnioskodawca) kosztów postępowania.

Wnioskodawca zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem do Sądu Okręgowego - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako "Sąd pierwszej instancji").

3.2. Postępowanie przed Sądem Okręgowym w W. Sąd pierwszej instancji wyrokiem z dnia 29 października 2007 r., sygn. akt (...) uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu w pkt II, uznając w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, że przepis art. 5 rozporządzenia 1/2003 umożliwia Prezesowi Urzędu wydanie decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, o ile nie ma podstaw do stwierdzenia, że warunki ustanowienia zakazu zostały spełnione (a więc że zachowanie podmiotu spełnia wszystkie przesłanki art. 81 lub 82 Traktatu WE), Prezes Urzędu uprawniony jest do wydania decyzji o braku podstaw do działania. W oparciu o powyższe Sąd pierwszej instancji przyjął, że doszło do naruszenia art. 105 k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy o

ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ postępowanie nie było bezprzedmiotowe w rozumieniu art. 105 k.p.a., gdyż jego przedmiotem było ustalenie, czy zarzucana zainteresowanej praktyka stanowiła nadużycie pozycji dominującej. Możliwe było więc rozstrzygnięcie sprawy co do istoty, zaś brak podstaw do uznania zasadności zarzutów przedstawionych we wniosku inicjującym wszczęcie postępowania nie może skutkować jego umorzeniem, lecz winien stanowić podstawę do wydania merytorycznej decyzji.

Prezes Urzędu zaskarżył powyższy wyrok apelacją.

3.3. Postępowanie przed Sądem Apelacyjnym w (...) Wyrokiem z dnia 10 lipca 2008 r., sygn. akt VI (...) Sąd Apelacyjny oddalił apelację Prezesa Urzędu od wyroku Sądu pierwszej instancji. W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że merytoryczna strona decyzji Prezesa UOKiK została prawomocnie rozstrzygnięta, zatem prawomocne jest więc uznanie, że zainteresowana nie stosowała praktyki ograniczającej konkurencję, której dotyczyło postępowanie. Skoro więc Prezes Urzędu rozstrzygnął sprawę merytorycznie co do istoty zaistniałego sporu, w zakresie zgodności z prawem zachowania zainteresowanej, Sąd Okręgowy słusznie uznał, że brak podstaw do rozszerzania przez pozwanego przedmiotu sporu poprzez odwołanie się do art. 5 rozporządzenia 1/2003, skoro nie miało to wpływu ani na istotę sporu, ani na istotę ostatecznego rozstrzygnięcia.

3.4. Postępowanie przed Sądem Najwyższym Prezes Urzędu zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w (...) skargą kasacyjną w całości, zarzucając naruszenie art. 3 ust. 1 rozporządzenia 1/2003 przez jego niezastosowanie, art. 5 rozporządzenia 1/2003 przez błędne zastosowanie oraz art. 105 k.p.a. poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie. Zarzut naruszenia art. 5 rozporządzenia 1/2003 polega na uznaniu, że przepis ten nie ma wpływu na istotę ostatecznego rozstrzygnięcia postępowania antymonopolowego w sprawie podejrzenia naruszenia przez przedsiębiorcę zaka-

zu praktyk ograniczających konkurencję, o którym mowa w przepisie art. 82 Traktatu WE. Zdaniem Prezesa UOKiK art. 5 rozporządzenia 1/2003 statuuje normę kompetencyjną dla krajowych organów ochrony konkurencji i ogranicza możliwości orzecznicze tych organów. Według Prezesa przepis ten nie przyznaje mu kompetencji do wydania negatywnej decyzji merytorycznej w sprawie oceny zgodności działań przedsiębiorcy z art. 82 Traktatu WE. Dlatego gdy po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego okazało się, że przedsiębiorca nie nadużywa pozycji dominującej w rozumieniu art. 82 Traktatu WE, Prezes Urzędu wydał orzeczenie kończące sprawę w instancji w sposób inny niż przez rozstrzygnięcie co do istoty. Zdaniem Prezesa Urzędu art. 5 rozporządzenia 1/2003 nie pozwala mu wydawać decyzji nie stwierdzającej naruszenia art. 82 TWE, jeżeli po przeprowadzeniu postępowania okaże się, że nie zostały spełnione przesłanki zastosowania zakazu wynikającego z tego przepisu. Wskazuje bowiem, że art. 5 wymienia cztery rodzaje decyzji merytorycznych, zaś w swej końcowej części wymienia decyzję o charakterze formalnym ("mogą również zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony"). Gdyby prawodawca wspólnotowy miał zamiar upoważnić krajowe organy ochrony konkurencji do wydawania decyzji o niestwierdzeniu naruszenia, odpowiednia decyzja zostałaby umieszczona w katalogu decyzji merytorycznych zawartym w pierwszej części art. 5 rozporządzenia 1/2003. Ponadto, przeciwko przyznaniu krajowym organom ochrony konkurencji kompetencji do wydawania decyzji o niestwierdzeniu naruszenia art. 82 TWE przemawia dodatkowo art. 10 rozporządzenia 1/2003, który przyznaje Komisji prawo do wydania decyzji stwierdzającej, że art. 82 TWE nie ma zastosowania do określonego zachowania przedsiębiorstwa. Decyzja taka może zostać wydana tylko ze względu na "interes publiczny Wspólnoty" oraz tylko z urzędu. Według Prezesa Urzędu celem art. 10 jest zapobieżenie sytuacji, w której krajowe organy antymonopolowe mogłyby zablokować Komisji możliwość stwierdza-

nia naruszeń art. 81 lub 82 Traktatu WE wydając decyzja nie stwierdzające w naruszenie tych przepisów (ze względu na zasadę *ne bis in idem*).

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

1. Niniejsza sprawa dotyczy granic autonomii proceduralnej państw członkowskich w obowiązującym od 1 maja 2004 r. systemie egzekwowania wspólnotowych reguł konkurencji. Problemem prawnym, jaki występuje w niniejszej sprawie jest sposób zakończenia przez krajowy organ ochrony konkurencji postępowania, w którym równolegle obok prawa krajowego stosuje wspólnotowe reguły prawa konkurencji, jeżeli organ ten stwierdzi, że zachowanie przedsiębiorcy, co do którego istniały podejrzenia, że ogranicza konkurencję, nie narusza zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 82 Traktatu WE.

2. W niniejszej sprawie Prezes Urzędu wszczął postępowanie podejrzewając naruszenie art. 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 82 Traktatu WE. W wyniku przeprowadzonego postępowania stwierdził, że zachowanie przedsiębiorstwa posiadającego pozycję dominującą nie stanowiło nadużycia tej pozycji, zatem brak podstaw do uznania go za zakazane zarówno przez prawo krajowe, jak i art. 82 Traktatu WE. Na tej podstawie wydał decyzję, w której w odniesieniu do zarzutu naruszenia polskiego prawa ochrony konkurencji nie stwierdził stosowania przez przedsiębiorstwo praktyki ograniczającej konkurencję, zaś w zakresie dotyczącym naruszenia art. 82 Traktatu WE umorzył postępowanie z uwagi na jego bezprzedmiotowość. Sądy obu instancji orzekające w niniejszej sprawie przyjęły, że Prezes Urzędu powinien wydać decyzję niestwierdzającą stosowania praktyki ograniczającej konkurencję z art. 82 Traktatu WE, skoro wydaje taką decyzję, jeżeli stosuje krajowy zakaz nadużywania pozycji dominującej. Z kolei Prezes Urzędu argumentuje, że rozporządzenie 1/2003 uniemożliwia mu wydania decyzji stwierdzającej, że przedsiębiorstwo nie naruszyło art. 82 Traktatu WE.

3. Istota problemu prawnego, który należy rozstrzygnąć w niniejszej sprawie sprowadza się do tego, czy krajowy organ ochrony konkurencji może - zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej - wydać decyzję o nie stwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję z art. 82 Traktatu WE, czy też może jedynie wydać decyzję "o braku podstaw do działania z jego strony", stosując wprost art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003.

4. Na wstępie należy podkreślić, że krajowe organy ochrony konkurencji są zobowiązane na mocy art. 3 rozporządzenia 1/2003 stosować art. 81 i 82 Traktatu WE w prowadzonych przez siebie postępowaniach, jeżeli tylko zachowanie przedsiębiorcy, któremu zarzuca się naruszenie zakazów wynikających z krajowego prawa ochrony konkurencji może wpłynąć na handel między państwami członkowskimi (akapit 8 preambuły). Prowadzą wówczas postępowanie na podstawie przepisów prawa krajowego (C-60/92 Otto p. Postbank, Zb. Orz. 1993, s. I-5683, pkt 14), z ograniczeniami wynikającymi z prawa wspólnotowego, w szczególności z przepisów rozporządzenia 1/2003.

5. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów upoważniają Prezesa Urzędu do zakończenia postępowania w sprawie naruszenia przez przedsiębiorcę krajowych reguł konkurencji poprzez wydanie jednej z następujących decyzji:

1) decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującej zaniechanie jej stosowania (art. 9);

2) decyzji o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i stwierdzającej zaniechanie jej stosowania (art. 10);

3) decyzji o nie stwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, jeżeli nie stwierdzi naruszenia zakazów określonych w art. 5 lub w art. 8 (art. 11);

4) decyzji zobowiązującej (art. 11a). Decyzje, o których mowa w art. 9, 10 oraz 11a ustawy wydawane są jeżeli Prezes Urzędu udowodni (art. 9 i



10) lub uprawdopodobni (art. 11a), że przedsiębiorstwo naruszyło zakaz porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywania pozycji dominującej.

Decyzja z art. 11 ustawy wydawana jest natomiast, gdy Prezes Urzędu stwierdzi, że zachowanie przedsiębiorstwa nie narusza krajowych reguł konkurencji, ponieważ w ustalonym przez organ ochrony konkurencji stanie faktycznym nie zostały spełnione wszystkie przesłanki konieczne do uznania zachowania za praktykę ograniczającą konkurencję. Jest to decyzja deklaratorywna. Zdaniem Sądu Najwyższego nie jest ona odpowiednikiem exemption decision z poprzedniego systemu egzekwowania wspólnotowych reguł konkurencji, ponieważ nie uchyla zastosowania zakazu porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywania pozycji dominującej.

6. W zakresie dotyczącym stosowania wspólnotowych reguł konkurencji, przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów ograniczają się do wskazania Prezesa Urzędu jako organu ochrony konkurencji w rozumieniu art. 35 rozporządzenia 1/2003 (art. 24 ust. 1a) oraz powierzenia mu wykonywania zadań i kompetencji określonych w rozporządzeniu 1/2003 (art. 26 pkt 7a). Ustawa nie zawiera przepisów dotyczących sposobu, w jaki organ wykonuje te kompetencje, z wyjątkiem przepisu upoważniającego Prezesa Urzędu do wydawania decyzji o nałożeniu kary pieniężnej z tytułu naruszenia art. 81 lub 82 Traktatu WE (art. 101 ust. 1 pkt 2 ustawy). Stosując wspólnotowe reguły konkurencji Prezes Urzędu powinien zatem wydawać takie same decyzje, jakie przewiduje ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów.

7. Zgodnie z zasadą autonomii proceduralnej, gdy po przeprowadzeniu postępowania, w którym stosowano równolegle przepisy wspólnotowego i krajowego prawa ochrony konkurencji, krajowy organ ochrony konkurencji stwierdzi, że badane zachowanie przedsiębiorstwa nie narusza zakazu nadużywania pozycji dominującej, powinien wydać odpowiednią decyzję

przewidzianą przez prawo krajowe. W polskim systemie prawnym decyzją taką jest decyzja o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, wydawana na podstawie art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

8. Zasada autonomii proceduralnej może jednak doznawać ograniczeń, które w niniejszej sprawie mogą być podyktowane potrzebą realizacji jednego z celów rozporządzenia 1/2003, jakim jest zapewnienie jednolitego stosowania art. 81 i 82 TWE we wszystkich państwach członkowskich (akapit 1 preambuły). Zdaniem Sądu Najwyższego ograniczenie takie wynika z art. 5 rozporządzenia 1/2003, który wymienia decyzje, jakie mogą wydawać krajowe organy ochrony konkurencji. Potwierdza to uzasadnienie projektu rozporządzenia 1/2003 z 27 września 2000 r. (COM (2000) 582 final), w którym jednoznacznie wskazano, że w nowym systemie egzekwowania wspólnotowych reguł konkurencji konieczne jest zharmonizowanie ograniczonej liczby zagadnień proceduralnych, do których zaliczono "treść decyzji jakie krajowe organy ochrony konkurencji mogą wydawać stosując art. 81 i 82" (COM (2000) 582 final, s. 12).

9. Stosownie do art. 5 zdanie 2 rozporządzenia 1/2003, krajowy organ ochrony konkurencji może wydać:

- 1) decyzję stwierdzającą naruszenie,
- 2) decyzję o zastosowaniu środków tymczasowych;
- 3) decyzję zobowiązującą do zapobieżenia naruszeniom art. 81 albo 82 Traktatu WE oraz

4) decyzję o nałożeniu kar pieniężnych. Wstępnym warunkiem wydania każdej z decyzji, o której mowa w art. 5 zdanie 2 rozporządzenia 1/2003 jest wykazanie w konkretnym postępowaniu, że doszło do naruszenia art. 81 (spełnienia przesłanek art. 81 ust. 1 oraz niespełnienia przesłanek art. 81 ust. 3) albo art. 82 Traktatu WE.

10. Zdaniem Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że decyzja o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, wydawana na podstawie art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, nie mieści się w katalogu decyzji wymienionych w art. 5 zdanie 2 rozporządzenia 1/2003. Wątpliwości Sądu Najwyższego budzi natomiast kwestia, czy krajowy organ ochrony konkurencji i konsumentów może - ze względu na treść art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003 - wydać na podstawie prawa krajowego decyzję o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w rozumieniu art. 82 Traktatu WE. Przepis art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003 upoważnia bowiem krajowe organy ochrony konkurencji do "zdecydowania, że nie ma podstaw do działania z ich strony", jeżeli "warunki ustanowienia zakazu nie zostały spełnione".

11. Według Sądu Najwyższego nie ulega wątpliwości, że art. 5 zdanie 3 rozporządzenia znajduje zastosowanie, gdy krajowy organ ochrony konkurencji i konsumentów zamierza odmówić wszczęcia postępowania, ponieważ uznaje na podstawie posiadanych informacji (w tym informacji zawartych we wniosku o wszczęcie postępowania), że "nie ma podstaw do działania z jego strony". Skoro bowiem dla organu ochrony konkurencji oczywiste jest, że zachowanie nie jest objęte zakresem zastosowania art. 82 Traktatu WE, nie ma podstaw do wszczęcia postępowania, ani tym bardziej wydanie jednej z decyzji, o których mowa w art. 5 zdanie 2 rozporządzenia 1/2003. Nie można jednak wykluczyć, że przepis art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003 znajdzie zastosowanie, gdy organ ochrony konkurencji dopiero po wszczęciu postępowania uzyska informacje wskazujące, że zachowanie przedsiębiorstwa nie narusza art. 82 Traktatu WE. Sformułowanie "nie ma podstaw do działania z ich strony" można bowiem rozumieć - zdaniem Sądu Najwyższego - jako sytuację, w której krajowy organ ochrony konkurencji nie może wydać żadnej z decyzji wymienionych w art. 5 zdanie 2 rozporządzenia 1/2003.

12. Wykładnia przepisu art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003 dokonana przy zastosowaniu wyłącznie językowo-logicznych dyrektyw interpretacyjnych nie daje jednak jednoznacznej odpowiedzi co do kierunku rozstrzygnięcia omawianego zagadnienia prawnego. Przepis ten jest bowiem zrehabilitowany inaczej niż art. 5 zdanie 2 tego rozporządzenia. Nie upoważnia krajowego organu ochrony konkurencji do wydania decyzji o określonej treści (decyzji o braku podstaw do działania), lecz jedynie umożliwia mu "zdecydowanie, że nie ma podstaw do działania". Sugeruje to, że sposób, w jaki krajowy organ ochrony konkurencji orzeknie o "braku podstaw do działania z jego strony" regulowany jest przez prawo krajowe. Jeżeli zatem prawo krajowe przewiduje, że w przypadku, gdy "warunki ustanowienia zakazu" nadużywania pozycji dominującej "nie zostały spełnione" wówczas "zdecydowanie, że nie ma podstaw do działania" ze strony krajowego organu ochrony konkurencji przybiera postać "decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję", organ ten powinien taką decyzję wydać również wtedy, gdy stwierdza, że nie doszło do naruszenia art. 82 Traktatu WE. Przy takiej interpretacji art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003, Prezes Urzędu byłby zobowiązany wydać decyzję z art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o niestwierdzeniu praktyki ograniczającej konkurencję.

13. Z drugiej strony, przepis art. 5 zdanie 3 - w połączeniu z treścią art. 5 zdanie 2 oraz pozostałymi przepisami rozporządzenia 1/2003 - można interpretować w ten sposób, że "zdecydować, że nie ma podstaw do działania z ich strony" oznacza wydanie innego rozstrzygnięcia niż decyzja niestwierdzająca naruszenia art. 82 Traktatu WE. Prawodawca wspólnotowy nie przewidział bowiem wprost możliwości wydawania przez krajowe organy ochrony konkurencji decyzji o niestwierdzeniu naruszenia art. 82 Traktatu WE. Ponadto, w uzasadnieniu projektu rozporządzenia 1/2003 z 27 września 2000 r., w części dotyczącej uprawnień krajowych organów

ochrony konkurencji wyjaśniono, że w takich przypadkach jak w niniejszej sprawie (to jest, gdy krajowy organ ochrony konkurencji ustali, że przedsiębiorstwo nie naruszyło swoim zachowaniem art. 82 Traktatu WE) może "zamknąć postępowanie" lub "odrzuć skargę" wydając decyzję o braku podstaw do działania (COM (2000) 582 final, s. 16) oraz że "żaden z organów ochrony konkurencji wchodzący w skład sieci nie może być upoważniony do wydawania konstytutywnych decyzji wyłączających, gdy stosuje reguły konkurencji Wspólnoty" (COM (2000) 582 final, s. 12).

14. Przedstawionych powyżej wątpliwości co do wykładni art. 5 rozporządzenia 1/2003 nie rozstrzygają celowościowo-funkcjonalne i systemowe dyrektywy interpretacyjne tego przepisu. Jest on zamieszczony w Rozdziale II rozporządzenia 1/2003 zatytułowanym "Uprawnienia". Przepis art. 4 tego działu dotyczy uprawnień Komisji, art. 5 uprawnień krajowych organów ochrony konkurencji, art. 6 sądów krajowych. O ile art. 4 i 6 potwierdzają jedynie ogólnie właściwość Komisji i sądów krajowych do stosowania art. 81 i 82 Traktatu WE, przepis art. 5 ogranicza właściwość krajowych organów ochrony konkurencji do stosowania art. 81 i 82 Traktatu WE w sprawach indywidualnych oraz wyraźnie normuje w jaki sposób (tj. poprzez wydawanie jakich rozstrzygnięć) krajowe organy ochrony konkurencji stosują art. 81 i 82 Traktatu WE w sprawach indywidualnych.

15. Przeciwno przyjęciu, że "zdecydowanie, że nie ma podstaw do działania z ich strony" może przybrać postać decyzji o niestwierdzeniu naruszenia art. 82 Traktatu WE przemawia sposób ukształtowania uprawnień Komisji Europejskiej w rozdziale III rozporządzenia 1/2003 ("Decyzje Komisji"). Przepisy tego rozdziału przyznają Komisji Europejskiej kompetencję do wydawania decyzji stwierdzających naruszenie (art. 7), o zastosowaniu środków tymczasowych (art. 8), o przyjęciu zobowiązań (art. 9) oraz o "stwierdzeniu niestosowania" (art. 10). Nie przewidują natomiast podejmowania przez nią decyzji o "braku podstaw do działania". Jednocześnie upo-

ważniają Komisję Europejską do wydawania na podstawie art. 10 rozporządzenia 1/2003 decyzji o stwierdzeniu niezastosowania art. 82 Traktatu WE. Zdaniem Sądu Najwyższego decyzja taka ma charakter deklaratoryjny, ponieważ zakaz porozumień i nadużywania pozycji dominującej są zakazami *ex lege* (zob. również akapit 14 preambuły). Nie wyłącza zatem zastosowania - ze względu na wspólnotowy interes publiczny inny niż ochrona konkurencji - art. 81 lub 82 Traktatu WE do ograniczającego konkurencję zachowania przedsiębiorstwa, (np. nie stwierdza, że nadużycie pozycji dominującej nie jest zakazane ze względu na korzyści, jakie przynosi środowisku naturalnemu). Stwierdza jedynie, że badane przez Komisję Europejską zachowanie nie narusza reguł konkurencji, ponieważ nie zostały spełnione przesłanki zastosowania zakazu. Zdaniem Sądu Najwyższego przesłanki wydania przez Komisję Europejską decyzji z art. 10 rozporządzenia 1/2003 - z wyjątkiem "interesu publicznego Wspólnoty" - są takie same jak warunki podjęcia przez Prezesa Urzędu decyzji o niestwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję z art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W obu przypadkach podstawę faktyczną dla wydania tych decyzji stanowi niestwierdzenie przez organ ochrony konkurencji naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 82 TWE. Jedyna różnica dotyczy tego, że decyzja z art. 10 rozporządzenia 1/2003 może zostać podjęta w szczególnych wypadkach, podczas gdy decyzja z art. 11 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest wydawana przez krajowy organ ochrony konkurencji zawsze, gdy po przeprowadzeniu postępowania okaże się, że niespełnione zostały przesłanki zakazu nadużywania pozycji dominującej.

16. Wskazane powyżej wątpliwości Sądu Najwyższego w przedmiocie prawidłowej wykładni art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003 znajdują potwierdzenie w rozbieżnych poglądach doktryny na kwestię dopuszczalności wydawania przez krajowe organy ochrony konkurencji decyzji niestwierdza-

jacych naruszenie art. 81 albo 82 Traktatu WE. Zdaniem części autorów z art. 5 zdanie 2 rozporządzenia 1/2003 wynika, że krajowe organy ochrony konkurencji nie mogą wydawać decyzji o niestwierdzeniu naruszenia art. 81 lub 82 Traktatu WE (O. Blanco, *EC Competition procedure*, Oxford 2006, s. 104; C. Banasiński i M. Bychowska, Kompetencje decyzyjne Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK wynikające z rozporządzenia Rady UE nr 1/2003 w świetle zasady równoległego stosowania wspólnotowego i krajowego prawa antymonopolowego, *Przegląd Prawa Handlowego* z 2009, Nr 3, s. 4 in.). Z kolei inni autorzy przyjmują, że katalog decyzji, jakie mogą wydawać krajowe organy ochrony konkurencji nie ogranicza się do decyzji wymienionych w art. 5 zdanie 2, zaś wydanie decyzji o niestwierdzeniu naruszenia art. 81 lub 82 Traktatu WE przez krajowy organ ochrony konkurencji może być konieczne, gdy po przeprowadzeniu postępowania organ uzna, że nie doszło do naruszenia tych przepisów (Kerse, Khan, *EC competition procedure*, London 2004, s. 261; K. Kohutek, Komentarz do art. 5 rozporządzenia 1/2003, E/Lex, teza 5.7).

17. Jeżeli Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich przyjmie, że przepis art. 5 rozporządzenia 1/2003 należy interpretować w ten sposób, że wyłącza on możliwość wydania przez krajowy organ ochrony konkurencji decyzji niestwierdzającej stosowania praktyki ograniczającej konkurencję z art. 82 Traktatu, konieczne jest rozstrzygnięcie zagadnienia, czy przepis art. 5 rozporządzenia 1/2003 jest na tyle jasny i precyzyjny, że może stanowić podstawę prawną decyzji krajowego organu ochrony konkurencji stwierdzającej, że "nie ma podstaw do działania" ze strony tego organu, jeżeli prawo krajowe nie przyznało temu organowi kompetencji do wydania takiej decyzji.

18. Jak wskazano powyżej w punkcie 5 uzasadnienia niniejszego postanowienia, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów enumeratywnie wymienia decyzje, jakie Prezes Urzędu może wydawać w celu zakończenia

postępowania w sprawie naruszenia zakazu porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywania pozycji dominującej. Dlatego Prezes Urzędu nie mógł w niniejszej sprawie umorzyć postępowania w sprawie podejrzenia naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 82 Traktatu WE na podstawie art. 105 kodeksu postępowania administracyjnego, ze względów wskazanych przez Sąd pierwszej instancji. Zdaniem Sądu Najwyższego niedopuszczalne jest dokonanie prowsólnotowej wykładni przepisu art. 105 kodeksu postępowania administracyjnego poprzez przyjęcie, że postępowanie administracyjne jest bezprzedmiotowe, jeżeli przepis art. 5 rozporządzenia 1/2003 uniemożliwia Prezesowi Urzędu wydanie decyzji nie-  
stwierdzającej stosowania praktyki ograniczającej konkurencję, ponieważ taka wykładnia art. 105 kodeksu postępowania administracyjnego byłaby wykładnia *contra legem*. Brak więc przepisu prawa krajowego, który mógłby zostać zinterpretowany w sposób pozwalający Prezesowi Urzędu zakończyć postępowanie wydaniem innej decyzji, niż decyzja o nie-  
stwierdzeniu stosowania praktyki ograniczającej konkurencję w przypadku uznania przez organ ochrony konkurencji, że zachowanie przedsiębiorstwa nie narusza art. 82 Traktatu WE. W tych okolicznościach decyzja o braku podstaw do działania ze strony Prezesa Urzędu może zostać wydana tylko na podstawie art. 5 zdanie 3 rozporządzenia 1/2003.

19. Biorąc pod uwagę, że przepis art. 5 rozporządzenia 1/2003 w zakresie, w jakim dotyczy "zdecydowania, że nie ma podstaw do działania" ze strony krajowego organu ochrony konkurencji, gdy po przeprowadzeniu postępowania okazało się, że przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą nie nadużywa tej pozycji, budzi wątpliwości interpretacyjne i jest przedmiotem rozbieżnych interpretacji doktryny, a wykładnia tego przepisu jest konieczna dla dokonania przez Sąd Najwyższy oceny zgodności wyroku Sądu Apelacyjnego z prawem, zaś Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich nie wypowiedział się do tej pory w kwestii interpretacji art. 5



rozporządzenia 1/2003, zwrócenie się przez Sąd Najwyższy do Trybunału z wnioskiem o dokonanie wykładni art. 5 rozporządzenia 1/2003 na podstawie art. 234 ust. 3 Traktatu WE było konieczne i uzasadnione.

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