



Sygn. akt III SK 28/12

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 kwietnia 2013 r.

Sąd Najwyższy w składzie :

SSN Kazimierz Jaśkowski (przewodniczący)

SSN Halina Kiriło

SSN Maciej Pacuda (sprawozdawca)

w sprawie z powództwa M. M. P. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w W.
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o ochronę konkurencji,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 12 kwietnia 2013 r.,
skargi kasacyjnej strony powodowej od wyroku Sądu Apelacyjnego
z dnia 8 lutego 2012 r.,

**1. uchyla zaskarżony wyrok oraz zmienia poprzedzający go
wyrok Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i
Konsumentów z dnia 11 marca 2011 r., w jego punktach II-VII w
ten sposób, że uchyla decyzję Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów z dnia 12 czerwca 2006 r., [...]w
punktach I-IV;**

**2. zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów na rzecz powódki M. M. P. Spółki z**

o.o. w W. kwotę 3000 (trzy tysiące) złotych tytułem zwrotu opłat oraz kwotę 900 (dziewięćset) złotych tytułem kosztów pomocy prawnej w postępowaniu przed Sądami obu instancji i w postępowaniu kasacyjnym.

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z dnia 12 czerwca 2006 r., [...] uznał za ograniczające konkurencję i nakazał ich zaniechanie praktyki polegające na nadużywaniu przez M. M. P. Sp. z o.o. w W. (powód) pozycji dominującej na krajowym rynku sportowej prasy codziennej poprzez: 1) stosowanie na terenie województwa śląskiego nieuczciwych cen Przeglądu Sportowego, co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy 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); 2) przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez stosowanie na terenie województwa śląskiego ceny detalicznej dziennika Przeglądu Sportowego 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 go konkurenta, tj. wydawcy dziennika Sport, co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy; 3) podział rynku według kryteriów terytorialnych, polegający na stosowaniu na terenie województwa śląskiego ceny detalicznej dziennika Przegląd Sportowy w wysokości znacznie niższej niż stosowana w sprzedaży tego tytułu na innych obszarach Polski, co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 8 ustawy. Jednocześnie Prezes Urzędu nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 1.972.600 zł.

Powód wniósł odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu.

Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 24 lipca 2007 r., oddalił odwołanie powoda.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 24 lipca 2008 r., oddalił z kolei apelację wniesioną przez powoda od wyżej wymienionego wyroku Sądu pierwszej instancji.

Powód zaskarżył 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 powód posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, co doprowadziło do błędnego przyjęcia, że dopuścił 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 powód dopuścił się praktyki ograniczającej konkurencję w postaci stosowania na terenie województwa śląskiego nieuczciwych cen Przeglądu Sportowego; 3) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy, poprzez przyjęcie, że powód dopuścił się nadużycia pozycji dominującej w rozumieniu tego przepisu stosując na terenie województwa śląskiego ceny detalicznej dziennik Przegląd Sportowy w wysokości 1 zł, podczas gdy na pozostałym obszarze kraju cena ta była wyższa i zróżnicowana w zależności od dnia tygodnia, w celu eliminacji z rynku jedyne go konkurenta; 4) art. 8 ust. 2 pkt 8 ustawy, poprzez przyjęcie, że powód dopuścił 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 powoda drastycznie wysokiej kary pieniężnej, której zapłata może rodzić wyeliminowaniem powoda z pewnych segmentów rynku; 6) art. 386 § 1 oraz art. 386 § 4 k.p.c. oraz art. 42 i 45 Konstytucji RP, poprzez zaniechanie uchylenia 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 uchylenia wyroku Sądu Okręgowego, gdy uzasadnienie wyroku zostało sporządzone w sposób niekompletny oraz wewnętrznie sprzeczny, co uzasadnia przyjęcie, że Sąd Apelacyjny nie rozpoznał sprawy co do istoty.

Sąd Najwyższy wyrokiem z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, uchylił zaskarżony skargą kasacyjną wyrok i przekazał sprawę Sądowi Apelacyjnemu do

ponownego rozpoznania i orzeczenia o kosztach postępowania kasacyjnego, uznając za uzasadnione w ramach podstawy naruszenia przepisów postępowania jedynie zarzuty niewłaściwego (zbyt ogólnego) sformułowania przez Prezesa Urzędu sentencji decyzji w pkt 1 oraz braku oceny przez Sąd Apelacyjny argumentacji Prezesa dotyczącej nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Ponadto, w ramach podstawy naruszenia prawa materialnego Sąd Najwyższy uznał za zasadny zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 i 9 ustawy, poprzez niewłaściwe wyznaczenie rynku właściwego, a także za częściowo uzasadnione zarzuty naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 1, 5 i 8 oraz art. 104 ustawy.

Odnosząc się do kwestii wyznaczenia rynku właściwego, Sąd Najwyższy nie podzielił 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 Przeglądu Sportowego oddziałujące na warunki funkcjonowania na rynku wydawcy Sportu. W ocenie Sądu Najwyższego, 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 było 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 powoda 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 powoda 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.

Równocześnie Sąd Najwyższy podkreślił, iż 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). Zdaniem Sądu Najwyższego, w toku ustalania, czy Sport i Przegląd Sportowy są substytutami w ramach tego samego rynku produktowego i geograficznego, nieprawidłowo zastosowano więc 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 śląskiego, który to zakres może oznaczać brak substytucyjności Przeglądu Sportowego i Sportu. Jeżeli bowiem dziennik Sport ma regionalny charakter, polegający na dostarczaniu nabywcom przede wszystkim informacji o sporcie z makroregionu śląskim, to nie można go uznać za substytut dziennika sportowego o zasięgu ogólnokrajowym, gdyż Przegląd Sportowy nie będzie dostarczał nabywcom Sportu (interesujących się sportem i sportem regionalnym) poszukiwanych przez nich informacji. Natomiast Sport może być substytutem dla Przeglądu Sportowego, 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 Przeglądu Sportowego i Sportu wyłącznie na porównaniu danych o sprzedaży obu dzienników w tych samych miesiącach 2004 i 2005 r., ponieważ do wiosny 2005 r. Sport 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 Sportu 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 Sąd obu instancji prawidłowo – w ocenie Sądu Najwyższego – przyjęły z kolei, 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 Sportu 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 Sportu w innych województwach nie przesądza o braku substytucyjności względem Przeglądu Sportowego, ponieważ Sport 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 śląskim, 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 śląskim może dowodzić regionalnego charakteru konkurencyjnego dziennika, gdyby z poczynionych ustaleń wynikało, że zainteresowany nie zamierzał rozszerzać działalności na rynki innych regionów, zaś nikła sprzedaż Sportu w innych województwach wynikała nie tyle z braku stosownej aktywności prosprzedażowej zainteresowanego poza obszarem regionu śląskiego, co z charakteru publikowanych na jego łamach treści, ograniczających spektrum potencjalnych nabywców do osób, które skutkiem migracji opuściły Śląsk, a nie poszukiwaniem przez nabywców alternatywnego źródła informacji sportowych wobec dziennika powoda. Konieczne jest również wyjaśnienie, w jaki sposób funkcjonuje system

dystrybucji dzienników sportowych oraz czy zasady jego działania stanowią barierę dla szerszej sprzedaży Sportu na terytorium innych województw.

W zakresie odnoszącym się do zarzutu naruszenia art. 8 ust. 2 pkt 2, 5 i 8 ustawy Sąd Najwyższy stwierdził zaś, że 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 podzielił 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 znalazł 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 uznał, że motywy zawieszenia wydawania przez powódkę dziennika Sport nie mają żadnego związku z nadużyciem pozycji dominującej polegającym na

obniżeniu ceny Przeglądu Sportowego na terenie województwa śląskiego do 1 zł. Przed „usamodzielnieniem się” Sportu, 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 wydawania jednego z tytułów prasowych i utrzymaniu drugiego. Powódka mogła ponadto podjąć taką decyzję z motywacji podyktowanej dążeniem do wzmocnienia pozycji rynkowej Przeglądu Sportowego. Jednakże selektywne obniżenie ceny Przeglądu Sportowego (ograniczone do województwa śląskiego) zostało wprowadzone po usamodzielnieniu się Sportu i dotyczyło obszaru najbardziej wrażliwego dla jedyne, jeżeli potwierdzi to analiza rynku właściwego, konkurenta powódki, rozwijającego swoją samodzielną działalność wydawniczą. Połączenie sekwencji poszczególnych wydarzeń (zakończenie współpracy powódki i redakcji Sportu) z terytorialnym zakresem obniżki umożliwia przeprowadzenie logicznie spójnego rozumowania, zgodnie z którym zachowanie powódki było ukierunkowane na osłabienie, a nawet eliminację jedyne niezależnego od niej wydawcy dziennika sportowego. W ten sposób powódka przeciwdziałała warunkom niezbędnym 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 jednostronnego podziału rynku, który polega na różnicowaniu przez przedsiębiorcę posiadającego 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 ograniczającej konkurencję, nawet gdy jest stosowane przez przedsiębiorcę posiadającego pozycję dominującą. Może być uzasadnione zróżnicowanymi kosztami działania w ramach tego samego rynku produktowego 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 Przeglądu Sportowego na terenie województwa śląskiego. Takie różnicowanie - samo w sobie - nie jest antykonkurencyjne. Jednakże w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy można dopatrzeć się antykonkurencyjnego motywu, jaki przyświecał powodowi przy obniżeniu ceny. Po pierwsze, zróżnicowanie cen zostało zastosowane na obszarze, na którym powód spotykał się ze szczególnie silną konkurencją ze strony wnioskodawcy. Po drugie, zróżnicowanie cen zostało wprowadzone po „usamodzielnieniu się” Sportu, w okresie kiedy stał się ponownie (po wypowiedzeniu umowy licencyjnej) rywalem Przeglądu Sportowego. Po trzecie, zróżnicowanie cen zostało wprowadzone na terytorium, które ma kluczowe znaczenie dla konkurenta Przeglądu Sportowego. Po czwarte, zróżnicowanie cen zostało wprowadzone nie bezpośrednio po usamodzielnianiu się Sportu, lecz w okresie najważniejszym dla wydawców prasy sportowej - przed rozpoczęciem kolejnego sezonu piłkarskiego. Powód mógł różnicować ceny i starać się poszerzyć bazę czytelniczą, ale aby uniknąć zarzutu nadużycia pozycji dominującej powinien był wybrać inny rynek dla realizacji tego programu. Teza o pauperyzacji społeczeństwa śląskiego nie została bliżej uzasadniona przez powoda, zaś bez wątpienia można wskazać znacznie uboższe niż śląskiego województwa, gdzie mimo to cena Przeglądu Sportowego była o 80% wyższa niż na Śląsku. Również względem tradycji czytelniczych na Śląsku nie uzasadnia zastosowania strategii różnicowania cen celem poszerzenia bazy czytelniczej. Skoro bowiem czytelnictwo prasy na Śląsku jest większe niż w innych regionach kraju (co w przypadku prasy sportowej obok regionalizmu śląskiego i znaczenia sportu dla lokalnej społeczności, podyktowane jest dodatkowo znaczną liczbą zespołów sportowych z różnych dyscyplin, pochodzących ze Śląska), powód powinien był próbować poszerzyć bazę czytelniczą za pomocą niższej ceny egzemplarza gazety w innych regionach kraju, gdzie baza ta jest szczuplejsza niż na Śląsku. Wręcz przeciwnie, zróżnicowanie cen na Śląsku dopiero po usamodzielnieniu się Sportu (a nie chociażby w okresie poprzedzającym decyzję o rezygnacji z samodzielnego

wydawania Sportu) 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 powoda, 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 Śląska oraz ponadprzeciętną ilością czytelników pism sportowych.

Również za częściowo uzasadniony uznał Sąd Najwyższy zarzut naruszenia art. 104 ustawy, przyjmując iż 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 motywy, 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 powoda. Ponadto, względ 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 powoda. Zdaniem Sądu Najwyższego, powód 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 spełnia wymogi wynikające z zasady proporcjonalności. Podstawę wymiaru kary stanowił przychód powoda, 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 Przeglądu Sportowego, 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 powodowi 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.

Rozpoznając ponownie sprawę Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 26 lutego 2010 r., uchylił uprzednio wydany wyrok Sądu Okręgowego i przekazał sprawę temu Sądowi do ponownego rozpoznania. Wskazał równocześnie, że dla prawidłowego ustalenia, czy Sport i Przegląd Sportowy są substytutami w ramach tego samego rynku produktowego i geograficznego nie wystarczy stwierdzenie, że są to dzienniki sportowe. Niezbędna jest analiza treści obu dzienników, w szczególności pod kątem relacji z wydarzeń sportowych na terenie województwa śląskiego. Nie można również oprzeć analizy substytucyjności dzienników na podstawie danych sprzedaży w tych samych miesiącach 2004 i 2005 r., ponieważ do wiosny 2005 r. dziennik Sport był wydawany przez powoda. Ponadto, dane za 2004 r. i 2005 r. nie zostały porównane z uwzględnieniem spadku sprzedaży wynikającego ze zmniejszenia się grona czytelników. W decyzji Prezesa Urzędu

powołano dane, które obejmują tylko lata 2004 i 2005, nie uwzględniają sytuacji na rynku po wydaniu decyzji tymczasowej. Konieczne jest również wyjaśnienie sposobu działania systemu dystrybucji dzienników sportowych oraz czy zasady tego działania stanowią barierę dla szerszej sprzedaży Sportu na terytorium innych województw.

Rozpoznając ponownie sprawę, Sąd Okręgowy wyrokiem z dnia 11 marca 2011 r., uchylił zaskarżoną decyzję Prezesa Urzędu w pkt I.I. (dotyczącym nadużycia pozycji dominującej z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy); zmienił zaskarżoną decyzję w pkt III w ten sposób, że obniżył karę pieniężną, a w pozostałej części oddalił odwołanie powoda.

W zakresie dotyczącym rynku właściwego Sąd Okręgowy wskazał, że oprócz informacji ogólnopolskich każdy z dzienników zawierał wiadomości dotyczące sportu śląskiego, o czym świadczy dobrze widoczna informacja celowo umieszczona przez wydawcę na pierwszej stronie Przeglądu Sportowego (k. 1392 i 1431 akt adm.) oraz możliwość nabywania obu dzienników praktycznie na terenie całego kraju za pośrednictwem RUCH S.A., co wynika ze stopki redakcyjnej (k. 1399 i 1430 akt adm.). Świadczy to o tym, że Przegląd Sportowy i Sport są dziennikami sportowymi o zasięgu ogólnokrajowym. W konsekwencji Prezes Urzędu, określając rynek właściwy w sprawie jako krajowy rynek sportowej prasy codziennej, działał prawidłowo. Okoliczności sprawy nie wskazują, by wydawca Sportu miał zamiar ograniczyć swoją działalność tylko do jednego województwa. Świadczy o tym szerokie spektrum zawartych w dzienniku informacji oraz istnienie możliwości zakupu za pośrednictwem punktów kolportażu lub w prenumeracie na terenie całego kraju. Na podstawie informacji zawartych w aktach administracyjnych i dotyczących nakładu obu dzienników Sąd Okręgowy stwierdził, że powód jako jeden z dwóch uczestników krajowego rynku codziennej prasy sportowej zajmuje na tym rynku pozycję dominującą.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Okręgowego apelacją w całości, w której podniósł między innymi zarzut naruszenie art. 4 pkt 8 i 9 ustawy przez błędne zdefiniowanie rynku właściwego oraz błędne przyjęcie, że posiada pozycję dominującą na tak zdefiniowanym rynku. W apelacji powód argumentował, że z analizy treści obu tytułów wynika, że nie są to produkty o identycznej

charakterystyce. Dziennik Sport jest gazetą regionalną ukierunkowaną na czytelnika ze ściśle określonego obszaru kraju, natomiast Przegląd Sportowy ma charakter ogólnopolski. Powód podnosił ponadto, że około 98% egzemplarzy Sportu sprzedawanych było na terenie czterech województw, co przemawia za uznaniem jego regionalnego charakteru ograniczonego do makroregionu śląskiego. Przegląd Sportowy jest natomiast dostępny w kioskach w całym kraju. Brak też w sprawie dowodów, że wydawca Sportu dysponuje wystarczającymi środkami finansowymi, aby rozszerzyć swoją działalność na terytorium całego kraju. Można zatem co najwyżej rozważać problem potencjalnej konkurencji obu tytułów, ale taka sytuacja nie wpływa na definicję rynku właściwego.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z dnia 8 lutego 2012 r., oddalił apelację powoda. W uzasadnieniu wydanego rozstrzygnięcia Sąd Apelacyjny wyjaśnił, że w pełni podziela ustalenia faktyczne poczynione w sprawie przez Sąd Okręgowy, dokonane na podstawie dokumentacji przedłożonej w toku postępowania administracyjnego w zakresie analizy substytucyjności dzienników Przegląd Sportowy i Sport. Sąd Apelacyjny przyjął, że analiza znajdujących się w aktach administracyjnych egzemplarzy dzienników i dodatków do gazet wskazuje, że ich treść koncentruje się na jednej dziedzinie, czyli na sporcie. Informacje w obu dziennikach dotyczą wydarzeń sportowych krajowych i zagranicznych. W obu dziennikach znajdują się wyniki cotygodniowych meczy ligowych piłki nożnej w Polsce oraz w najważniejszych ligach europejskich. Obydwa dzienniki przedstawiają aktualne informacje krajowe i zagraniczne dotyczące także innych dyscyplin sportowych. Ustalony w sprawie przez Sąd Okręgowy sposób ich dystrybucji wskazywał na ogólnopolski zasięg obu dzienników.

Powód zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego skargą kasacyjną w całości, wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku i poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego oraz wydanie orzeczenia co do istoty sprawy uchylającego decyzję Prezesa Urzędu, ewentualnie poprzez stwierdzenie, że powód nie dopuścił się zarzucanych mu praktyk ograniczających konkurencję.

Zaskarżonemu wyrokowi powód zarzucił naruszenie przepisów prawa materialnego, to jest art. 4 pkt 8 i 9 oraz 8 i 9 ustawy antymonopolowej, poprzez błędną wykładnię pojęcia rynek właściwy i pozycja dominująca, a w konsekwencji

błędne przyjęcie, że powód posiada pozycję dominującą na rynku właściwym i dopuścił się jej nadużycia; art. 8 ust. 2 pkt 5 i 8 ustawy antymonopolowej poprzez niewłaściwe zastosowanie i przyjęcie, że powód dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu tych przepisów. Ponadto powód zarzucił wyrokowi Sądu drugiej instancji naruszenie przepisów prawa procesowego, to jest art. 386 § 1 k.p.a. oraz art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 386 § 6 k.p.c. oraz art. 4 pkt 8 i 9 oraz art. 8 i 9 ustawy antymonopolowej poprzez zaniechanie zmiany wyroku Sądu Okręgowego; art. 386 § 1 k.p.c. oraz art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 328 § 2 k.p.c. poprzez zaniechanie dokonania zmiany wyroku Sądu Okręgowego, pomimo błędnego i niekompletnego uzasadnienia wyroku przez Sąd Okręgowy; art. 382 k.p.c. w związku z art. 328 § 2 k.p.c. i art. 233 k.p.c. oraz art. 391 § 1 k.p.c., poprzez niedokonanie samoistnej oceny materiału dowodowego i uznanie za prawidłowe i przyjęcie jako własne ustaleń faktycznych dokonanych przez Sąd Okręgowy wyroku z dnia 11 marca 2011 r.

W uzasadnieniu powyższych zarzutów powód wywodził, że 1) przy ustalaniu rynku właściwego w niniejszej sprawie rozpoznając ponownie sprawę Sąd Okręgowy oraz Sąd Apelacyjny nie wypełniły zaleceń w przedmiocie analizy substytucyjności Sportu i Przeglądu Sportowego; 2) w uzasadnieniach obydwu orzeczeń pojawiła się ta sama ogólnikowa teza, że oba dzienniki mają charakter sportowy, a tym samym są substytutami; 3) nie zbadano stopnia nasycenia Sportu wiadomościami na temat sportu śląskiego i wpływu tego nasycenia na substytucyjność pomiędzy Sportem a Przeglądem Sportowym; 4) żaden z Sądów nie odniósł się do prezentowanych przez powoda analiz prasoznawczych i ekonomicznych, przygotowanych przez ekspertów prasoznawczych; 5) nie uwzględniono stanowiska Sądu Najwyższego z wyroku III SK 5/09 co do znaczenia dla prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego danych o sprzedaży z okresu od stycznia do czerwca 2006 r., a nie tylko za 2004 r. i 2005 r.; 6) nie poddano analizie preferencji konsumentów – nabywców prasy sportowej; 7) nie poddano analizie granic geograficznych rynku właściwego. Prezes Urzędu przyjął tezę o krajowym charakterze rynku właściwego, którą następnie powtórzyły Sąd Okręgowy i Sąd Apelacyjny. Sąd Najwyższy wskazał zaś, że konieczne jest ustalenie rzeczywistego wymiaru geograficznego tego rynku, zwłaszcza z uwzględnieniem barier w

dystrybucji prasy. Sąd Okręgowy ograniczył się zaś do stwierdzenia o możliwości nabycia dzienników praktycznie na terenie całego kraju za pośrednictwem RUCH S.A., co wynika ze stopki redakcyjnej. Sąd Apelacyjny uznał zaś, że ustalony przez Sąd Okręgowy sposób dystrybucji wskazywał na ogólnopolski zasięg obu dzienników. Dodatkowo powód argumentował, że dziennik Sport został zarejestrowany w Związku Kontroli Dystrybucji Prasy jako tytuł regionalny, czego oba sądy nie uwzględniły.

Prezes Urzędu wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej powoda.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda ma uzasadnione podstawy, aczkolwiek nie wszystkie sformułowane w niej zarzuty mogły zostać rozpatrzone przez Sąd Najwyższy.

Zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Sądu Najwyższego dotyczącym art. 398²⁰ k.p.c., wykładnia prawa dokonana przez Sąd Najwyższy jest wiążąca dla sądu, któremu sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania. Interpretacja prawna wiąże sąd drugiej instancji niezależnie od odmiennych jej ocen, dokonywanych przez skarżącego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2011 r., I CSK 341/10). Także Sąd Najwyższy jest związany wykładnią prawa przyjętą uprzednio w tej samej sprawie (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lipca 2012 r., I CSK 5/12; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 października 2012 r., II CSK 61/12).

W konsekwencji nie jest możliwe merytoryczne ustosunkowanie się do zarzutu skargi kasacyjnej odnoszącego się do art. 8 ust. 2 pkt 5 i 8 ustawy, polegającego na wadliwym przyjęciu przez Sąd Apelacyjny, że powód dopuścił się praktyk ograniczających konkurencję w rozumieniu tych przepisów, w sytuacji gdy zarzuty dotyczące naruszenia tych przepisów przez Sąd drugiej instancji nie znalazły akceptacji Sądu Najwyższego w wyroku z dnia 19 sierpnia 2009 r., II SK 5/09.

Przechodząc do merytorycznej oceny tych zarzutów skargi kasacyjnej, które podlegają weryfikacji Sądu Najwyższego przy rozpoznawaniu ponownie wniesionej

skargi kasacyjnej w tej samej sprawie, należy stwierdzić, że niniejsza sprawa dotyczy szeregu problemów kluczowych dla funkcjonowania obowiązującego modelu sądowej kontroli rozstrzygnięć Prezesa Urzędu.

W tym zakresie, w pierwszej kolejności wypada zauważyć, że w ukształtowanym po wyroku z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, orzecznictwie Sądu Najwyższego w sprawach z zakresu ochrony konkurencji i regulacji, zwłaszcza w tych sprawach, w których na przedsiębiorców nałożona została kara pieniężna, podkreśla się gwarancyjny i ochronny charakter postępowania sądowego zainicjowanego wniesieniem przez przedsiębiorcę odwołania od decyzji organu ochrony konkurencji lub regulacji (por. między innymi wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2010 r., III SK 8/10).

Jednym z przejawów takiego charakteru postępowania sądowego jest linia orzecznicza, zapoczątkowana wcześniejszym wyrokiem Sądu Najwyższego wydanym w niniejszej sprawie, zgodnie z którą ciężar dowodu przesłanek praktyki ograniczającej konkurencję spoczywa na organie antymonopolowym (por. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, OSNP z 2011 r., Nr 9-10, poz. 144; z dnia 17 marca 2010 r., III SK 40/09, LEX nr 585839; w odniesieniu do spraw z zakresu regulacji energetyki zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2010 r., III SK 12/10, niepublikowany, a w odniesieniu do spraw z zakresu regulacji telekomunikacji zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 lipca 2011 r., III SK 52/10, LEX nr 1001322).

Taki rozkład ciężaru dowodu wynika z przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zgodnie z brzmieniem znajdującego zastosowanie w niniejszej sprawie art. 9 ustawy, Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 8 ustawy. Warunkiem uznania zachowania przedsiębiorcy za niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję jest stwierdzenie przez organ antymonopolowy naruszenia zakazu nadużywania pozycji dominującej. „Stwierdzenie”, o którym mowa w tym przepisie, zakłada udowodnienie przez Prezesa Urzędu, a zatem wykazanie za pomocą dowodów zgromadzonych w trybie postępowania antymonopolowego oraz odpowiedniej argumentacji jurej, że spełnione zostały przesłanki zastosowania zakazu

praktyk ograniczających konkurencję. W przypadku decyzji wydawanych na podstawie art. 9 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy ogólnymi przesłankami zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej w aspekcie przedmiotowym są: występowanie pozycji dominującej na rynku właściwym; nadużycie tej pozycji na rynku właściwym; interes publiczny w interwencji Prezesa Urzędu oraz brak uzasadnienia dla zakwestionowanego zachowania. Tylko w zakresie ostatniej z wymienionych przesłanek ciężar dowodu spoczywa na przedsiębiorcy, któremu zarzuca się naruszenie art. 8 ustawy.

Gwarancyjny charakter postępowania odwoławczego od decyzji organu antymonopolowego wymaga od sądów orzekających w tego rodzaju sprawach weryfikacji, zgodnie z obowiązującymi zasadami prowadzenia postępowania, ustaleń faktycznych dokonanych przez Prezesa Urzędu oraz ich oceny prawnej pod kątem spełnienia przesłanek relewantnych dla danej praktyki ograniczającej konkurencję. Jeżeli zaś w toku takiej weryfikacji okaże się, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy (oparty na ustaleniach poczynionych w toku postępowania administracyjnego oraz postępowania sądowego) nie potwierdza spełnienia wszystkich przesłanek zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej z art. 8 ust. 1 ustawy do opisanego w decyzji Prezesa Urzędu zachowania przedsiębiorcy, to zgodnie z art. 479^{31a} § 3 k.p.c. należy wydać orzeczenie merytoryczne zmieniające decyzję w ten sposób, że praktyka ograniczająca konkurencję nie zostanie stwierdzona lub co najmniej uchylające tę decyzję (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., III SK 31/08). Brak choćby jednej z przesłanek zastosowania zakazu z art. 8 ust. 1 ustawy uniemożliwia bowiem przypisanie przedsiębiorcy dopuszczenia się praktyki ograniczającej konkurencję.

Podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. zmierza do wykazania, że Sądy obu instancji były związane oceną prawną wyrażoną w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 26 lutego 2010 r., co do pojęcia rynku właściwego oraz elementów wpływających na ocenę poprawności sposobu wyznaczenia w niniejszej sprawie rynku właściwego. Zarzut ten, podobnie jak podniesione w skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia prawa materialnego odnoszące się do art. 4 pkt 8 i 9 ustawy, dotyczy podstawowej w niniejszej sprawie

kwestii, czy rynkiem właściwym jest krajowy rynek dzienników sportowych obejmujący dziennik powoda oraz dziennik zainteresowanego, czy też rynkiem właściwym jest rynek regionalny w postaci województwa śląskiego albo makroregionu śląskiego, czy też należało wyodrębnić dwa geograficzne rynki właściwe dzienników sportowych – krajowy i regionalny.

W pierwszej kolejności należy ustosunkować się do zarzutu naruszenia art. 4 pkt 8 i 9 ustawy, gdyż ocena zasadności tego zarzutu będzie rzutowała na ocenę i skutki sposobu zastosowania się Sądów obu instancji do oceny prawnej wyrażonej w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 26 lutego 2010 r.

Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem Sądu Najwyższego wyznaczenie rynku właściwego ma istotne znaczenie dla wychwycenia reperkusji zachowań przedsiębiorców dla zjawiska konkurencji, a przez to na wyciągnięcie prawnych konsekwencji tych zachowań przez organ antymonopolowy. Na znaczenie prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego w sprawach tego rodzaju, jak niniejsza, wskazuje treść art. 8 ust. 1 ustawy, który to przepis zakazuje nadużycia pozycji dominującej na rynku właściwym oraz art. 4 pkt 9 ustaw, który wiąże posiadanie pozycji dominującej z sytuacją na rynku właściwym. Wyznaczenie rynku właściwego determinuje także możliwość przypisania przedsiębiorcy dopuszczenia się praktyki ograniczającej konkurencję. Niektóre praktyki ujawniają się bowiem tylko na tym samym rynku właściwym, na którym przedsiębiorca ma pozycję dominującą. Z kolei w przypadku innych praktyk konieczne jest wyznaczenie dwóch rynków właściwych: rynku pozycji dominującej (rynku podstawowego) oraz rynku powiązanego, na którym ujawniają się efekty posiadania pozycji dominującej na rynku podstawowym (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., III SK 31/08).

W każdej sprawie antymonopolowej należy zatem poczynić odpowiednie ustalenia oraz przedstawić oparty na nich logiczny wywód przemawiający za uznaniem wskazywanego przez Prezesa Urzędu w decyzji rynku za rynek właściwy. Rynek właściwy jako instytucja prawa ochrony konkurencji odnosi się bowiem do obiektywnie zachodzących w gospodarce procesów, które dopiero wtórnie podlegają kwalifikacji prawnej w ramach postępowania antymonopolowego (i weryfikacji w toku postępowania sądowego). O tym, jakie towary wchodzą w

skład rynku właściwego w jego wymiarze produktowym, decyduje każdorazowo zespół czynników wskazanych w art. 4 pkt 8 ustawy. Są nimi: 1) przeznaczenie towarów, 2) cena, 3) właściwości (w tym jakość), 4) postrzeganie przez nabywców badanych towarów jako substytutów. Ustawodawca analogiczny zespół czynników wymienił dla geograficznego wymiaru rynku właściwego wskazując jako takowe: 1) rodzaj i właściwości towarów, 2) bariery dostępu do rynku; 3) preferencje konsumentów; 4) różnice w cenach i kosztach transportu. Prawodawca wszystkim wymienionym elementem przypisał równorzędne znaczenie normatywne, nie mniej z praktycznego punktu widzenia podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku właściwego mają przeznaczenie i właściwości towarów oraz kwalifikacja uwzględnianych w analizie towarów jako substytucyjnych z perspektywy ich nabywców. Stanowisko nabywców co do substytucyjności określonych towarów można ustalić bezpośrednio, na podstawie odpowiednio przeprowadzanych analiz ankietowo-marketingowych, bądź w drodze analizy reakcji nabywców na zmiany cen porównywanych towarów. W tym ostatnim przypadku należy jednak uwzględnić, w szczególności, ryzyko wadliwego uznania towarów za substytucyjne wyłącznie na podstawie danych odnoszących się do spadku lub wzrostu sprzedaży, gdyż wahania te mogą być efektem dodatkowych czynników o charakterze jakościowym (dotyczących właściwości samych porównywanych towarów), wizerunkowym lub marketingowym (np. agresywna kampania promocyjna). Występowanie lub brak takich czynników musi być wskazany w analizie rynku, aby jej wyniki uznać za miarodajne dla prawnej kwalifikacji dwóch towarów jako towarów substytucyjnych w rozumieniu art. 4 pkt 8 ustawy.

Nie oznacza to, że w każdej sprawie antymonopolowej konieczne będzie przeprowadzanie skomplikowanych analiz ekonomicznych lub badań konsumenckich jako warunku *sine qua non* prawidłowego wyznaczenia rynku właściwego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2012 r., III SK 44/11). Jednakże w sprawach o nadużycie pozycji dominującej, a zwłaszcza w sprawach precedensowych, czy kontrowersyjnych z punktu widzenia aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego, należy od organu antymonopolowego oczekiwać szczególnej „wrażliwości” przy wyznaczeniu rynku właściwego.

Niniejsza sprawa jest zaś właśnie taką sprawą z następujących powodów. Po pierwsze, dotyczy rynku właściwego w zakresie produktowym, na którym zakazy polskiego prawa konkurencji stosowane są niezwykle rzadko, zatem nie ukształtowała się jeszcze odpowiednia praktyka w zakresie wyznaczania rynków właściwych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 września 2006 r., III SK 13/06). Po drugie, dotyczy zachowania, którego – jak wynika z opisu praktyki w decyzji Prezesa Urzędu – dopuszcza się podmiot działający na rynku krajowym, ale którego zasięg ograniczony jest do części terytorium rynku krajowego, co wywołuje wątpliwości w kontekście tego, czy nadużycie ma miejsce na tym samym rynku właściwym, co rynek pozycji dominującej, czy też na innym geograficznie rynku. Po trzecie, dotyczy oceny zgodności z regułami konkurencji zachowania przedsiębiorcy, którego status antymonopolowy jest niejasny i kwestionowany w doktrynie zagranicznej, a po wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, także w piśmiennictwie krajowym. Opisane w decyzji Prezesa Urzędu zachowanie powoda może być bowiem różnie oceniane w zależności od przyjętych założeń aksjologicznych. I tak przy *stricte* ekonomicznym podejściu do stosowania reguł konkurencji do indywidualnych praktyk ograniczających konkurencję zachowanie powoda polegające na selektywnej obniżce cen do poziomu niższego od cen konkurenta, lecz znajdującego się powyżej poziomu uznawanego za przejaw stosowania cen drapieżnych, nie powinno zostać uznana za antykonkurencyjne. Z kolei ocena zachowania powoda dokonywana z perspektywy wpływu na interesy konsumentów jest niejednoznaczna. Czytelnicy sportowej prasy codziennej na terenie województwa śląskiego odnosili bowiem wymierną korzyść z niższej ceny Przeglądu Sportowego. Równocześnie jednak zachowanie powoda mogło prowadzić do wywołania negatywnego skutku w postaci zmniejszenia zakresu wyboru tytułów poświęconych sportowi. Wreszcie, uwzględniając odwołanie do ochrony interesów przedsiębiorców z art. 1 ustawy, zachowanie powoda można oceniać negatywnie w przypadku traktowania reguł konkurencji jako instrumentu pozwalającego na ochronę interesów ekonomicznych słabszych gospodarczo podmiotów, czy utrzymywania konkurencyjnej struktury rynku.

Powyższe uwarunkowania niniejszej sprawy wskazują na potrzebę szczególnie wnikliwej analizy rynku właściwego oraz jej weryfikacji w postępowaniu sądowym.

W tym zakresie Sąd Najwyższy zauważa, że w decyzji z dnia 12 czerwca 2006 r., [...] Prezes Urzędu stwierdził, że powód posiada pozycję dominującą na krajowym rynku sportowej prasy codziennej, ponieważ dziennik sportowy Przegląd Sportowy oraz dziennik sportowy Sport są towarami wchodzącymi w skład tego samego rynku właściwego, na który składają się ogólnokrajowe dzienniki sportowe (uzasadnienie decyzji s. 11). Pozycję rynkową obu przedsiębiorców Prezes Urzędu ustalił zestawiając wysokość sprzedaży egzemplarzy obu dzienników w poszczególnych miesiącach w roku 2004 r. oraz w 2005. (tabela nr 1, uzasadnienie decyzji, s. 11). Następnie Prezes Urzędu przedstawił zestawienie sprzedaży obu dzienników sportowych za 2004 r. i 2005 r. z rozbiem na poszczególne województwa (tabel nr 2 i nr 3). Z zestawienia tego wynika, że sprzedaż Sportu koncentrowała się na terytorium województwa śląskiego (82% sprzedaży), ewentualnie makroregionu śląskiego (w sumie ponad 90% sprzedaży). W dalszej kolejności Prezes Urzędu odwołał się do zmian w wysokości średniej sprzedaży Sportu oraz Przeglądu Sportowego w odpowiednich miesiącach 2004 r. i 2005 r., a więc w okresie, gdy cena Przeglądu Sportowego była jednakowa na obszarze całego kraju oraz gdy wprowadzono cenę 1 zł na terenie województwa śląskiego. W oparciu o porównanie danych o sprzedaży obu dzienników na terytorium województwa śląskiego za odpowiednie miesiące 2004 i 2005 r. Prezes Urzędu stwierdził, że działania powoda bezpośrednio przełożyły się na preferencje czytelników, ponieważ w uwzględnionym okresie zaobserwowano wzrost średniej sprzedaży Przeglądu Sportowego, przy jednoczesnym spadku średniej sprzedaży Sportu. Na tej podstawie uznano, że rynkiem właściwym w ujęciu produktowym, na którym działają powód i zainteresowany, jest rynek codziennej prasy sportowej, zaś w wymiarze geograficznym rynek obejmuje terytorium całej Polski.

Powyższe zapatrywania na podstawy wyznaczenia rynku właściwego w niniejszej sprawie zostały podzielone przez Sądy obu instancji. Natomiast w wyroku z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09 Sąd Najwyższy przyjął w szczególności, że nie można wywodzić założenia o substytucyjności obu dzienników sportowych na

podstawie porównania danych o sprzedaży tych dzienników za lata 2004 i 2005, z uwagi na fakt, że do dnia 10 marca 2005 r. to powód wydawał Sport na podstawie umowy licencyjnej z zainteresowanym. Prezes Urzędu nie przedstawił zaś danych o sprzedaży za okres pierwszych miesięcy 2006 r., kiedy to obowiązywała wydana przez niego decyzja tymczasowa nakazująca powodowi podniesienie ceny sprzedaży Przeglądu Sportowego na terytorium województwa śląskiego. Sąd Najwyższy zwrócił także uwagę na brak podstaw w ustaleniach dokonanych w tej sprawie do przyjęcia założenia, zgodnie z którym zarówno Przegląd Sportowy jak i Sport są ogólnokrajowymi dziennikami sportowymi.

Założenie to ma zaś istotne znaczenie dla oceny zarzutu naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy, ponieważ jak to wynika z powołanej przez Prezesa Urzędu decyzji Komisji Europejskiej w sprawie *Newspaper Publishing* IV/M.423, której zapatrywania w tym zakresie Sąd Najwyższy podziela, media lokalne lub regionalne (w tym gazety) nie są prawdziwymi substytutami mediów (gazet) ogólnokrajowych. Jak wskazano w uzasadnieniu tej decyzji, dla czytelników kluczowe znaczenie ma to, że dzienniki regionalne z definicji koncentrują się na sprawach lokalnych (regionalnych), a nie na krajowych (w szczególności w zakresie dotyczącym sportu oraz wiadomości gospodarczych, pkt 13). Dlatego dla zaliczenia Sportu i Przeglądu Sportowego do tego samego rynku właściwego tak istotne znaczenie miało rozstrzygnięcie na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego kwestii, czy Sport jest dziennikiem regionalnym, czy ogólnokrajowym.

Rozpoznając ponownie sprawę Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 26 lutego 2010 r., wskazał, że dla prawidłowego ustalenia, czy Sport i Przegląd Sportowy są substytutami w ramach tego samego rynku produktowego i geograficznego nie wystarczy stwierdzenie, że są to dzienniki sportowe. Niezbędna jest analiza treści obu dzienników, w szczególności pod kątem relacji z wydarzeń sportowych na terenie województwa śląskiego. Nie można również oprzeć analizy substytucyjności dzienników na podstawie danych sprzedaży w tych samych miesiącach 2004 i 2005 r., ponieważ do wiosny 2005 r. dziennik Sport wydawany był przez powoda. Ponadto, dane za 2004 r. i 2005 r. nie zostały porównane z uwzględnieniem spadku sprzedaży wynikającego ze zmniejszenia się grona

czytelników. W decyzji Prezesa Urzędu powołano dane, które obejmują tylko rok 2004 i 2005, nie uwzględniają sytuacji na rynku po wydaniu decyzji tymczasowej. Konieczne jest również wyjaśnienie sposobu działania systemu dystrybucji dzienników sportowych oraz czy zasady tego działania stanowią barierę dla szerszej sprzedaży Sportu na terytorium innych województw.

Rozpoznając ponownie sprawę Sąd Okręgowy w zakresie dotyczącym wadliwego wyznaczenia rynku właściwego uznał na podstawie analizy zgromadzonych w postępowaniu administracyjnym egzemplarzy obu dzienników, że dotyczą one problematyki sportu; każdy z dzienników zawierał informacje dotyczące sportu śląskiego; oba dzienniki można było nabyć praktycznie w całym kraju, na co wskazuje informacja zamieszczona w stopce redakcyjnej Sportu; okoliczności sprawy nie wskazują, że wydawca Sportu miał zamiar ograniczyć swoją działalność tylko do jednego województwa. Rozpoznając apelację powoda w zakresie dotyczącym rynku właściwego Sąd Apelacyjny orzekł z kolei, że Sąd Okręgowy nie popełnił błędu, przyjmując, iż Prezes Urzędu prawidłowo zdefiniował rynek właściwy jako krajowy rynek dzienników sportowych. Analiza znajdujących się w aktach administracyjnych egzemplarzy dzienników wskazuje bowiem, że ich treść obejmuje tylko informacje sportowe, krajowe i zagraniczne. Oznacza to, że oba dzienniki były w pełni subsydiarne, zaś ustalony przez Sąd Okręgowy sposób dystrybucji wskazywał na ich ogólnopolski zasięg.

Przedstawiona powyżej argumentacja Sądów obu instancji nie pozwala uznać za zasadny zarzut naruszenia art. 386 § 1 oraz art. 386 § 4 k.p.c. w związku z art. 386 § 6 k.p.c. Sądy obu instancji pominęły bowiem przy ocenie substytucyjności towarów powoda i zainteresowanego te elementy, których nie powinny brać pod uwagę według zapatrywań wyrażonych przez Sąd Apelacyjny w wyroku z dnia 26 lutego 2010 r.

Pozwala to przejść do oceny zarzutu naruszenia art. 4 pkt 8 ustawy. Zarzut ten należy uznać za zasadny, ponieważ przedstawione w uzasadnieniu wyrok Sądu Apelacyjnego rozumowanie prezentujące sposób wnioskowania o przynależności obu dzienników sportowych do tego samego rynku właściwego wykazuje te same wady, co rozumowanie przyjęte we wcześniejszym wyroku z dnia 24 lipca 2008 r. Oba dzienniki uznano za substytuty na tej podstawie, że

dotyczą wiadomości sportowych oraz są dystrybuowane za pośrednictwem kolportera działającego w skali całego kraju. Tymczasem przeprowadzona analiza treści obu dzienników, ogólnikowa i ograniczona do zestawienia jednego wydania, nie dowodzi tego, że z punktu widzenia właściwości obu towarów są to dzienniki ogólnokrajowe.

Rozumowanie przedstawione przez Sąd Apelacyjny w zaskarżonym wyroku ujawnia ponadto nowe wątpliwości co do prawidłowości wyznaczenia rynku właściwego w niniejszej sprawie. W uzasadnieniu wskazano bowiem „hasłowo”, że oba dzienniki sportowe zawierały informacje o sporcie śląskim. Okoliczność ta, zgodnie z zapatrywaniem wyrażonymi w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09, przemawiałaby zaś za uznaniem obu dzienników za substytuty, ale na regionalnym rynku codziennej prasy sportowej.

Brak analiz zachowań nabywców lub analiz prasoznawczych wskazujących na zamiennność obu tytułów z punktu widzenia nabywców, których zdanie ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia substytucyjności dwóch towarów, można byłoby wprawdzie zastąpić dowodami zawierającymi dane obrazujące reakcję nabywców obu dzienników na terytorium województwa śląskiego na powrót ceny Przeglądu Sportowego do poprzedniego poziomu. W oparciu o takie dane możliwe byłoby ustalenie substytucyjności Przeglądu Sportowego i Sportu na podstawie domniemań faktycznych (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 sierpnia 2006 r., III SK 6/06). Jednakże dowody na tę okoliczność nie zostały dopuszczone przez Sąd Okręgowy, ze względu na prekluzję.

Z powyższego wynika, że brak podstaw do przyjęcia założenia interpretacyjnego leżącego u podstaw zaskarżonego wyroku, a także poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego, zgodnie z którym Prezes Urzędu wykazał, że dzienniki sportowe Przegląd Sportowy i Sport wchodziły w skład tego samego rynku właściwego oraz że rynkiem właściwym w niniejszej sprawie, na którym powód ma pozycję dominującą i na którym to rynku powód tej pozycji nadużywa jest krajowy rynek dzienników sportowych, w którego skład wchodziły oba dzienniki. W konsekwencji, przy uwzględnieniu dotychczas poczynionych ustaleń, powodowi nie można skutecznie przypisać posiadania pozycji dominującej na rynku właściwym zdefiniowanym przez Prezesa Urzędu, a tym samym jej

nadużycia na tak wyznaczonym rynku właściwym (zob. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2009 r., III SK 31/08).

Wadliwe uznanie, że rynek właściwy w niniejszej sprawie to krajowy rynek dzienników sportowych, na którym działają powód i zainteresowany, powoduje, że zasadny jest również sformułowany w skardze kasacyjnej zarzut błędnego zastosowania art. 4 pkt 9 ustawy.

W rezultacie powyższych stwierdzeń należało zatem, na podstawie art. 398¹⁶ k.p.c. oraz art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c., uchylić zaskarżony wyrok oraz zmienić poprzedzający go wyrok Sądu Okręgowego i orzec jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono opierając się na treści art. 108 § 1 k.p.c. i art. 98 § 3 k.p.c. w związku z art. 99 k.p.c., art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych oraz § 12 ust. 4 w związku z § 14 ust. 3 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu.