



Sygn. akt I NSK 18/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 7 marca 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jacek Widło (przewodniczący)

SSN Paweł Księżak

SSN Ewa Stefańska (sprawozdawca)

Protokolant Anna Bereda

w sprawie z powództwa E. S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej

o ustalenie obowiązków regulacyjnych, nałożenie, zniesienie lub zmianę
obowiązków regulacyjnych,

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych
w dniu 7 marca 2019 r.,

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] z dnia 10 marca 2017 r., sygn. akt VI ACa [...],

1) uchyla zaskarżony wyrok w punktach drugim i trzecim oraz przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu w [...] w tym zakresie do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego;

2) oddala skargę kasacyjną w pozostałej części.

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 12 października 2010 r. nr [...] Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej na podstawie art. 24 pkt 1 i 2 lit. b i c w związku z art. 22 ust. 1, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 40, art. 42 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 ze zm., zwanej dalej „ustawą Prawo telekomunikacyjne” lub „ustawą” lub „Pt”): w punkcie pierwszym - określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym; w punkcie drugim - ustalił, że na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej; w punkcie trzecim - wyznaczył T. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym; w punkcie czwartym - utrzymał nałożone decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 9 listopada 2006 r. nr [...] na T. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością obowiązki regulacyjne w zakresie niezbędnym do zapewnienia przez spółkę dostępu do infrastruktury służącej do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczenia treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym, tj.: obowiązek równego traktowania przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego (art. 36 Pt), obowiązek ustalania opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty (art. 40 Pt) i obowiązek dotyczący oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym (art. 42 Pt); w punkcie piątym - zmienił obowiązek regulacyjny nałożony na T. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 9 listopada 2006 r. nr [...], tj. obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego (art. 34 ust. 1 i ust. 2 Pt); w punkcie szóstym - uchylił obowiązek regulacyjny nałożony

na T. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 9 listopada 2006 r. nr [...], tj. obowiązek prowadzenia rachunkowości regulacyjnej (art. 38 Pt); w punkcie siódmym - stwierdził, że decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu.

W odwołaniu powód zaskarżył decyzję w całości oraz wniósł o jej uchylenie, oprócz punktu szóstego. Powód zarzucił m.in.: naruszenie art. 15 i art. 16 Pt poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego; naruszenie art. 7, art. 77 i art. 78 k.p.a. poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie postępowania dowodowego i niedokładne wyjaśnienie stanu faktycznego sprawy, co miało skutkować naruszeniem art. 24 pkt 1 w związku z art. 21 i art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt; naruszenie art. 107 § 3 k.p.a. poprzez nieprawidłowe uzasadnienie decyzji, to jest nie odniesienie się do stanowisk powoda składanych w toku postępowania; naruszenie art. 22 i art. 24 Pt w związku z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „u.o.k.k.”) poprzez: (1) błędne określenie rynku właściwego wskutek uznania, że usługi transmisji programów telewizyjnych w sieciach kablowych oraz poprzez transmisję satelitarną nie stanowią substytutu dla transmisji w sieciach naziemnych; (2) błędne włączenie do zakresu rynku produktowego usługi dosyłu; (3) błędne przyjęcie, że w skład jednego rynku właściwego wchodzi usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych; (4) błędne przyjęcie, że usługi transmisji programów radiowych świadczone przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy oraz transmisji programów telewizyjnych świadczone przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy, należą do jednego rynku produktowego; (5) nieprawidłowe poddanie regulacji *ex ante* transmisji naziemnych programów telewizyjnych i radiowych w technologii cyfrowej; (6) błędne ustalenia podczas przeprowadzania tzw. testu trzech kryteriów, co doprowadziło do błędnego określenia rynku właściwego podlegającego regulacji *ex ante*; naruszenie art. 22 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 19 ust. 3 Pt oraz art. 4 pkt 9 u.o.k.k. w związku z art. 24 pkt 1 Pt poprzez oparcie się na nieobowiązującym w dacie wydania zaskarżonej decyzji zaleceniu Komisji Europejskiej z dnia 11 lutego 2003 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante*;

naruszenie art. 24 pkt 2 Pt oraz właściwych przepisów wspólnotowych poprzez nałożenie na powoda obowiązków regulacyjnych z pominięciem zasady proporcjonalności i adekwatności; naruszenie art. 107 k.p.a. w związku z art. 24 pkt 2 Pt poprzez brak uzasadnienia proporcjonalności i adekwatności obowiązków regulacyjnych nakładanych na powoda w decyzji.

Wyrokiem z dnia 3 lipca 2015 r. Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję w całości.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że w dniu 30 października 2009 r., po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym, Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej zawiadomił T. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. o wszczęciu postępowania w sprawie: określenia rynku właściwego; ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą; wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą, w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych, oraz utrzymania, zmiany albo uchylecia obowiązków regulacyjnych nałożonych przed przeprowadzeniem analizy rynku. W dniach 1-31 marca 2010 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przeprowadził postępowanie konsultacyjne dotyczące projektu decyzji w powyższych kwestiach. W dniu 1 marca 2010 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej notyfikował projekt decyzji Komisji Europejskiej, która w piśmie z dnia 31 marca 2010 r. przekazała uwagi do tego projektu. W dniu 24 maja 2010 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej przekazał projekt decyzji Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w postanowieniu z dnia 8 czerwca 2010 r. uznał, że: T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. ma pozycję znaczącą na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych

użytkownikom końcowym; zasadne jest utrzymanie nałożonych na T. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością decyzją z dnia 9 listopada 2006 r. nr [...] obowiązków regulacyjnych, a także zmiana obowiązku regulacyjnego określonego w art. 34 Pt i uchylenie obowiązku regulacyjnego określonego w art. 38 Pt. Ponadto Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił m.in., że: udział spółki w rynku kształtuje się na wysokim poziomie; na rynku właściwym występuje brak technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej; nie istnieje przewaga technologiczna spółki na rynku; rynek charakteryzuje się brakiem równoważącej siły nabywczej; spółka posiada łatwy dostęp do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych; spółka korzysta z ekonomii skali i zakresu; spółka jest przedsiębiorcą zintegrowanym poziomo; rynek charakteryzuje brak potencjalnej istotnej konkurencji; nie istnieją bariery dla dalszego rozwoju rynku oraz dalszego rozwoju spółki; istnieją ekonomiczne i prawne bariery wejścia na rynek właściwy.

W dniu 12 października 2010 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej wydał zaskarżoną decyzję. Następnie w dniach 22 grudnia 2011 r. i 13 czerwca 2014 r. doszło do przekształceń podmiotowych po stronie powodowej, w wyniku których E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. stała się następcą prawnym T. Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.. Sąd Okręgowy ustalił również, że wyrokiem z dnia 18 grudnia 2012 r. (XVII AmA [...]) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2007 r. nr DOK [...], stwierdzającą nadużywanie przez T. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej. Sąd ten zakwestionował prawidłowość określenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rynku właściwego jako rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, wobec braku substytucyjności popytu w odniesieniu do usługi transmisji sygnału radiowego i telewizyjnego. Zdaniem Sądu, skoro z punktu widzenia nadawców, tj. od strony popytowej rynku, nie istnieje substytucyjność, gdyż emisja radiowa i telewizyjna nie są usługami wymiennymi, a z punktu widzenia ostatecznych odbiorców brak jest

substytucyjności tych usług - nie pozwala to na uznanie substytucyjności podaży. Apelacja od tego wyroku została oddalona przez Sąd Apelacyjny w [...] wyrokiem z dnia 15 maja 2014 r. (VI ACa [...]).

W ocenie Sądu Okręgowego, wniesione przez poprzednika prawnego powoda odwołanie od decyzji było zasadne, przede wszystkim z uwagi na zarzut naruszenia art. 22 i 24 Pt poprzez błędne określenie rynku właściwego. W zaskarżonej decyzji rynek ten został określony jako krajowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym. Tymczasem prawomocnym wyrokiem z dnia 18 grudnia 2012 r. (XVII AmA [...]) Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2007 r. uznając, że usługi transmisji radiowej i telewizyjnej nie są substytucyjne, albowiem nie nadają się do tego samego zastosowania, nie są traktowane przez konsumentów jako wymienne i w związku z tym nie należą do tego samego rynku. Według Sądu pierwszej instancji, skutkiem błędnego ustalenia rynku właściwego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej było nieuzasadnione uznanie, że na rynku tym T. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. ma pozycję dominującą i wyznaczenie jej jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o pozycji znaczącej. Ponadto, za nieprawidłowe uznał włączenie do rynku produktowego usługi dosyłu, z pominięciem analizy substytucyjności towarów (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 lutego 2011 r., III SK 18/10). Zdaniem Sądu Okręgowego, powyższe wady zaskarżonej decyzji nie mogły zostać konwalidowane w postępowaniu sądowym z uwagi na brak danych i środków pozwalających na ewentualną korektę decyzji poprzez określenie rynku właściwego i ocenę, czy spółka posiada na nim pozycję dominującą. Dodatkowo, za okoliczność istotną w niniejszej sprawie uznał fakt, że zaskarżoną decyzją utrzymano, zmieniono i uchylono obowiązki regulacyjne nałożone na spółkę decyzją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 9 listopada 2006 r. nr [...], która prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego z dnia 14 października 2011 r. została uchylona (VI ACa [...]). Zaś zdaniem Sądu pierwszej instancji, wadliwość decyzji pierwotnej przesądza o wadliwości decyzji następcej.

Apelację od wyroku Sądu Okręgowego wniósł pozwany, zaskarżając go w całości. Zarzucił w niej naruszenie: art. 479⁶⁴ § 1 k.p.c. poprzez uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej i nie orzeczenie co do istoty sprawy w wyniku błędnego uznania, że wady tej decyzji nie mogą być konwalidowane w postępowaniu sądowym z uwagi na to, że sąd nie posiada danych i środków, pozwalających na ewentualną korektę decyzji poprzez określenie rynku właściwego i ocenę, czy spółka posiada na nim pozycję dominującą; art. 233 § 1 k.p.c. w związku z art. 22 Pt poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i wydanie rozstrzygnięcia jedynie w oparciu o wyroki, które nie stanowiły prejudykatu w niniejszej sprawie, co doprowadziło sąd do uznania, że w zaskarżonej decyzji błędnie określono rynek właściwy; art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania podstawy faktycznej oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku, a także niedokonanie własnych ustaleń w zakresie określenia rynku właściwego, polegające na: braku wskazania dowodów, w oparciu o które sąd doszedł do przyjęcia odmiennej od wskazanej w decyzji koncepcji rynku właściwego, braku wyjaśnienia podstawy prawnej w zakresie wszystkich elementów dotyczących rynku właściwego oraz braku wyjaśnienia kryteriów, w oparciu o które sąd określił rynek właściwy; art. 24 Pt poprzez uznanie, że prawomocne uchylenie decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 9 listopada 2006 r. przesądza o wadliwości zaskarżonej decyzji.

Wyrokiem z dnia 10 marca 2017 r. Sąd Apelacyjny w [...]: w punkcie pierwszym - zmienił zaskarżony wyrok częściowo, w ten sposób, że oddalił odwołanie w zakresie dotyczącym punktu szóstego zaskarżonej decyzji, w punkcie drugim - oddalił apelację w pozostałym zakresie, zaś w punkcie trzecim - rozstrzygnął w przedmiocie kosztów postępowania apelacyjnego.

Sąd drugiej instancji wskazał, że według art. 22 ust. 1 pkt 1 Pt analiza rynków właściwych następuje z uwzględnieniem uwarunkowań krajowych oraz w największym możliwym stopniu zaleceń i wytycznych Komisji Europejskiej. Ponieważ rynek transmisji sygnału radiofonicznego lub telewizyjnego w celu dostarczenia treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym nie został wymieniony w Zaleceniu Komisji Europejskiej z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej

podlegających regulacji *ex ante*, w celu określenia, czy powinien on być regulowany *ex ante*, należało przeprowadzić tzw. test trzech kryteriów. Kryteriami tymi są: (1) obecności wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku (mogą to być bariery strukturalne, prawne lub regulacyjne); (2) struktura rynku, która nie podąża w stronę efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym (co wymaga zbadania stanu konkurencji w sytuacji istnienia barier w dostępie do rynku); (3) istnienie uwarunkowań powodujących, że samo prawo konkurencji jest niewystarczające, aby usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe. Co do trzeciego z kryteriów, w motywie 13 Zalecenia wskazano, że decyzja o uznaniu rynku za podlegający regulacji *ex ante* powinna być także uzależniona od oceny czy prawo konkurencji w wystarczającym stopniu zajmuje się nieprawidłowościami rynkowymi wynikającymi ze spełnienia dwóch pierwszych kryteriów. Interwencje ze sfery prawa konkurencji nie będą więc wystarczające, jeżeli przywrócenie równowagi na rynku po wystąpieniu nieprawidłowości wymaga podjęcia rozbudowanych środków korygujących lub kiedy niezbędne są częste i/lub szybkie interwencje. Zgodnie zaś z motywem 14 Zalecenia, zastosowanie powyższych trzech kryteriów powinno ograniczyć liczbę rynków w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* i w ten sposób przyczynić się do osiągnięcia celu polegającego na stopniowym znoszeniu sektorowych regulacji *ex ante* w miarę wzrostu konkurencji na rynku. Kryteria te stosuje się łącznie, aby niespełnienie jednego z nich oznaczało, że rynek nie podlega regulacji *ex ante*.

Sąd Apelacyjny podał, że według Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej bariery wejścia negatywnie wpływają na możliwości stworzenia lub rozbudowy infrastruktury przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy chcą wejść na rynek. Tymczasem - jego zdaniem - problem ten dotyczy wszystkich rynków o wysokich barierach wejścia, a większość z nich nie jest poddana regulacji *ex ante*. Sąd drugiej instancji zaznaczył przy tym, że wobec braku dalszego uzasadnienia zaskarżonej decyzji, nie można stwierdzić, aby zastosowanie prawa konkurencji w obrębie tych stosunków gospodarczych byłoby niewystarczające. Według Sądu odwoławczego, nie zasługuje na uwzględnienie argument o dysponowaniu przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej skuteczniejszymi instrumentami kontroli rynku w porównaniu do Prezesa Urzędu Ochrony

Konkurencji i Konsumentów. Przy tym, organ regulacyjny nie wykazał konieczności kontroli cen, nie odniósł się też do kwestii egzekwowania prawa konkurencji przez Komisję Europejską oraz jego egzekwowania na drodze prywatnoprawnej. Zauważył również, że odmowa udostępnienia infrastruktury na gruncie prawa ochrony konkurencji może być rozpatrywana w ramach zastosowania doktryny *essential facilities*. W konsekwencji Sąd Apelacyjny uznał, że zaskarżona decyzja podlega uchyleniu (poza jej punktem szóstym, w którym uchylono obowiązek regulacyjny określony w art. 38 Pt), albowiem Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej nie wykazał, iż dopuszczalne jest poddanie sfery działalności gospodarczej objętej zaskarżoną decyzją regulacją sektorową typu *ex ante*.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w [...] skargę kasacyjną wniósł pozwany Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej, zaskarżając go w całości oraz wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania, a także zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego. W ramach pierwszej z podstaw kasacyjnych pozwany zarzucił naruszenie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania zaskarżonej decyzji) poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że przepis ten dawał Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wystarczające uprawnienie do skutecznego przeciwdziałania nieprawidłowościom występującym na rynku telekomunikacyjnym, rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym, wynikającym z barier w dostępie do tego rynku i polegających na utrudnianiu przez jeden podmiot dostępu do sieci oraz na możliwości antykonkurencyjnego zawężania marży. Natomiast w ramach drugiej podstawy kasacyjnej pozwany zarzucił naruszenie art. 378 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie sprawy w granicach apelacji.

Powód E. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w W. wniósł o oddalenie skargi kasacyjnej oraz zasądzenie na jego rzecz zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna pozwanego zasługuje na uwzględnienie, chociaż nie wszystkie podniesione w niej zarzuty są trafne.

Oczywiście niezasadne jest podniesienie przez skarżącego zarzutu naruszenia art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (w brzmieniu obowiązującym w dniu wydania zaskarżonej decyzji) poprzez jego błędną wykładnię i przyjęcie, że przepis ten dawał Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wystarczające uprawnienie do skutecznego przeciwdziałania nieprawidłowościom występującym na rynku telekomunikacyjnym. W judykaturze utrwalony jest pogląd, że pod pojęciem podstawy skargi kasacyjnej rozumie się konkretne przepisy prawa, które zostały w niej wskazane z jednoczesnym stwierdzeniem, że wydanie wyroku nastąpiło z ich obrazą (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2018 r., I PK 50/17, LEX nr 2553397). Ujęcie podstaw kasacyjnych w art. 398³ k.p.c. w sposób abstrakcyjny wymaga ich właściwego skonkretyzowania w treści skargi kasacyjnej. Skuteczne przytoczenie podstawy kasacyjnej wymaga zatem sprecyzowania, które przepisy ustawy zostały naruszone, na czym to naruszenie polegało oraz jaki mogło mieć wpływ na wynik sprawy. W przypadku naruszenia prawa materialnego konieczne jest wskazanie, czy stanowi ono wynik jego błędnej wykładni, czy też niewłaściwego zastosowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 lutego 2018 r., II CSK 221/17, LEX nr 2515703).

Tymczasem należy zauważyć, że powołany w skardze kasacyjnej w ramach zarzutu naruszenia prawa materialnego art. 10 u.o.k.k. nie został przywołany przez Sąd drugiej instancji w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku jako przepis, który miałby zastosowanie w rozpoznawanej sprawie. Wprawdzie Sąd Apelacyjny zakwestionował stanowisko pozwanego, który wywodził, że instrumenty prawne przysługujące Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie są wystarczające, aby w sposób ciągły monitorować rynek telekomunikacyjny, jednakże w pisemnych motywach zaskarżonego wyroku nie powołał powyższego przepisu. Dlatego brak jest podstaw do zarzucenia Sądowi drugiej instancji naruszenia tego przepisu poprzez jego błędną wykładnię.

Zasługiwał natomiast na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 378 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie sprawy w granicach apelacji, chociaż jego uzasadnienie jest częściowo wadliwe. Powołany przepis wyznacza granice rozpoznania sprawy w postępowaniu apelacyjnym. Wynika z niego, że sąd drugiej instancji rozpoznający sprawę na skutek apelacji nie jest związany przedstawionymi w niej zarzutami dotyczącymi naruszenia prawa materialnego, wiążą go natomiast zarzuty dotyczące naruszenia prawa procesowego; w granicach zaskarżenia bierze jednak z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (zob. uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2008 r., III CZP 49/07, OSNC 2008 nr 6, poz. 55). Wbrew twierdzeniom skarżącego, „granice apelacji” wyznaczają nie tylko treść zarzutów i wniosków oraz granice zaskarżenia, lecz granice kognicji sądu drugiej instancji. W granicach tych mieści się zatem także rozpoznanie wszystkich prawnomaterialnych aspektów sprawy, niezależnie od przedstawionych zarzutów. Sformułowanie, że sąd drugiej instancji rozpoznaje sprawę „w granicach apelacji” oznacza, iż sąd ten rozpoznaje sprawę merytorycznie w granicach zaskarżenia, także na rzecz współuczestników w warunkach opisanych w art. 378 § 2 k.p.c., dokonuje własnych ustaleń faktycznych, prowadząc lub ponawiając dowody albo porzeczając na materiale zebranym w pierwszej instancji (art. 381 i 382 k.p.c.), ustala podstawę prawną orzeczenia niezależnie od zarzutów podniesionych w apelacji, będąc ewentualnie związanym oceną prawną lub uchwałą Sądu Najwyższego (art. 386 § 6, art. 398²⁰ i art. 390 § 2 k.p.c.), stosuje przepisy regulujące postępowanie apelacyjne oraz, gdy brak takich przepisów, przepisy dotyczące postępowania przed sądem pierwszej instancji (art. 367 i nast. oraz art. 391 § 1 i art. 13 § 2 k.p.c.), kontroluje prawidłowość postępowania przed sądem pierwszej instancji, pozostając związanym zarzutami przedstawionymi w apelacji, jeżeli są dopuszczalne (np. art. 162 k.p.c.), ale biorąc z urzędu pod uwagę nieważność postępowania (art. 378 § 1 *in fine* k.p.c.), orzeka co do istoty sprawy stosownie do wyników postępowania, nie wykraczając poza wniosek zawarty w apelacji i nie naruszając zakazu *reformationis in peius* (art. 378 § 1, art. 384 i 386 k.p.c.), i w końcu rozstrzyga o kosztach postępowania (art. 108 § 2 k.p.c.).

W judykaturze trafnie wyjaśniono, że z ustanowionego w art. 378 § 1 k.p.c. obowiązku rozpoznania sprawy w granicach apelacji nie wynika konieczność

osobnego omówienia przez sąd w uzasadnieniu wyroku każdego argumentu apelacji. Za wystarczające należy uznać odniesienie się do sformułowanych w apelacji zarzutów i wniosków w sposób wskazujący na to, że zostały one przez ten sąd drugiej instancji w całości rozważone przed wydaniem orzeczenia (por. wyroki Sądu Najwyższego: z 22 sierpnia 2018 r., III UK 119/17, LEX nr 2542602 i 4 kwietnia 2018 r., V CSK 266/17, LEX nr 2522952). Jednakże w niniejszej sprawie apelacja pozwanego nie została rozpoznana w takich właśnie granicach, gdyż Sąd Apelacyjny w ogóle nie odniósł się do podniesionych w apelacji zarzutów naruszenia prawa procesowego (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2018 r., I PK 50/17, LEX nr 2553397). Uchylając zaskarżoną decyzję Sąd pierwszej instancji argumentował, że organ regulacyjny błędnie określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym, co miało zostać przesądzone prawomocnym wyrokiem Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 18 grudnia 2012 r. (XVII AmA [...]). Ponadto za nieprawidłowe uznał włączenie przez organ regulacyjny do rynku produktowego usługi dosyłu, z pominięciem analizy substytucyjności towarów. W jego ocenie powyższe wady zaskarżonej decyzji nie mogły zostać konwalidowane w postępowaniu sądowym, z uwagi na brak danych i środków pozwalających na ewentualną korektę decyzji poprzez określenie rynku właściwego i ocenę, czy spółka posiada na tym rynku pozycję dominującą. Nie zgadzając się z powyższymi ustaleniami i oceną prawną, pozwany w apelacji zaskarżonemu wyrokowi zarzucił naruszenie przepisów prawa procesowego, tj. art. 479⁶⁴ § 1, art. 233 § 1 i art. 328 § 2 k.p.c. oraz prawa materialnego, tj. art. 24 Pt, kwestionując m.in. prawidłowość poglądu Sądu pierwszej instancji o braku możliwości konwalidowania ewentualnych wad zaskarżonej decyzji w postępowaniu sądowym, zarzucając brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i wydanie rozstrzygnięcia jedynie w oparciu o wyroki, które nie stanowiły prejudykatu w niniejszej sprawie, a także niedokonanie własnych ustaleń w zakresie określenia rynku właściwego.

Tymczasem Sąd Apelacyjny, dokonując kontroli instancyjnej zaskarżonego wyroku, zaniechał oceny zasadności powyższych zarzutów apelacyjnych.

Ograniczył się do ogólnikowego stwierdzenia, że „w sferze relewantnej dla niniejszego orzeczenia, Sąd I instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne” oraz wskazania, iż węzłowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma zagadnienie dopuszczalności poddania sfery działalności gospodarczej objętej przedmiotową decyzją regulacją sektorową typu *ex ante*. Skupiając się wyłącznie na ocenie prawidłowości przeprowadzonego przez organ regulacyjny tzw. testu trzech kryteriów, Sąd odwoławczy przyjął konkluzję, że wobec braku dalszego uzasadnienia zaskarżonej decyzji, nie można stwierdzić, aby zastosowanie prawa konkurencji w obrębie tych stosunków gospodarczych było niewystarczające - co miało przemawiać przeciwko stosowaniu sektorowej regulacji *ex ante* i uzasadniać uchylenie decyzji regulacyjnej. Sąd odwoławczy uznał za zbędne odniesienie się do podniesionych w apelacji zarzutów, wskazując, że „nawet bowiem, gdyby uznać zarzuty podniesione w apelacji za zasadne, nie można byłoby przyjąć, że ich uwzględnienie prowadzi do wniosku o zasadności uwzględnienia wniosków apelacji w szerszym zakresie”.

W konsekwencji należy przyznać rację skarżącemu, że w niniejszej sprawie jego apelacja nie została rozpoznana w granicach określonych w art. 378 § 1 k.p.c. Sąd Apelacyjny bowiem w ogóle nie odniósł się do jej zarzutów, a tym samym nie wypowiedział się w szczególności co do prawidłowości ustalenia rynku właściwego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, pomimo że Sąd Okręgowy zarzucił w tym zakresie wadliwość ustaleń i z tej przyczyny uchylił zaskarżoną decyzję. Ignorując ustalenia faktyczne i ocenę prawną dokonane przez Sąd Okręgowy, Sąd drugiej instancji w sposób wyłącznie teoretyczny ocenił przeprowadzony przez organ regulacyjny tzw. test trzech kryteriów, który odnosił się do określonego przez organ regulacyjny jako rynek właściwy krajowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym. Jest to jednak rynek, który został uznany przez Sąd Okręgowy za rynek właściwy błędnie zdefiniowany w zaskarżonej decyzji. Natomiast Sąd drugiej instancji nie wypowiedział się szerzej co do prawidłowości określenia tego rynku przez organ regulacyjny, ograniczając się do nieprecyzyjnego „przyjęcia za własne” ustaleń faktycznych Sądu pierwszej instancji. „w sferze relewantnej dla niniejszego

orzeczenia”. Ocena prawna dokonana przez Sąd Apelacyjny miała więc charakter jedynie teoretyczny, skoro nie wiadomo, czy odnosiła się do prawidłowo określonego rynku właściwego.

Aby zarzut naruszenia przepisów postępowania mógł doprowadzić do uwzględnienia skargi kasacyjnej, konieczne jest wykazanie istotnego wpływu owego naruszenia na wynik sprawy, co jednoznacznie wynika z treści art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c. Przy tym, nie chodzi o teoretyczną możliwość takiego wpływu, lecz o wykazanie, że w okolicznościach danej sprawy ten wpływ był realny (por. m.in. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 24 kwietnia 2018 r., III UK 64/17, LEX nr 2549250, z dnia 18 kwietnia 2018 r., II PK 49/17, LEX nr 2540109). W przedmiotowej sprawie warunek ten został spełniony, ponieważ skarżący trafnie podnosi, że zaniechanie rozpoznania przez Sąd Apelacyjny zarzutów apelacji skutkowało wydaniem potencjalnie wadliwego rozstrzygnięcia. Niewątpliwie w sytuacji, gdy regulator krajowy decyduje się na określenie innego rynku właściwego niż wymieniony w zaleceniu Komisji, powinien się upewnić, że spełnione zostały trzy kryteria wymienione w zaleceniu (tzw. test trzech kryteriów). Test ten stanowi podstawę określania rynków przez Komisję w zaleceniu, a także powinien być stosowany przez krajowego regulatora, jeżeli określa on dla potrzeb regulacji wyprzedzającej rynki nieujęte w zaleceniu (zob. S. Piątek, *Prawo telekomunikacyjne. Komentarz do art. 22 Prawa telekomunikacyjnego*, Legalis, 2019). Skoro zatem istotą weryfikacji w ramach tzw. testu trzech kryteriów jest zbadanie potrzeby poddania danej sfery działalności gospodarczej regulacji sektorowej *ex ante*, tym samym nie ulega wątpliwości, iż przeprowadzenie tego testu jest możliwe dopiero po uprzednim określeniu rynku właściwego. W konsekwencji należy uznać, że dokonanie przez Sąd Apelacyjny oceny spełnienia testu trzech kryteriów dla rynku właściwego określonego w zaskarżonej decyzji, bez uprzedniej oceny prawidłowości jego zdefiniowania, było postępowaniem wadliwym i prowadziło do wydania nieprawidłowego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do podniesionej w skardze kasacyjnej wątpliwości skarżącego należy wskazać, że w przedmiotowej sprawie Sąd Apelacyjny - co do zasady - był uprawniony do oddalenia apelacji pozwanego od wyroku Sądu Okręgowego

uchylającego decyzję Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z uwagi na stwierdzone przez Sąd odwoławczy wady decyzji, które nie były wskazane jako motywy rozstrzygnięcia Sądu pierwszej instancji ani nie były przedmiotem apelacji, jeżeli stwierdzenie tych wad wynikało ze stosowania przez Sąd Apelacyjny przepisów prawa materialnego. Jednakże, aby uniknąć naruszenia art. 378 § 1 k.p.c., Sąd odwoławczy powinien w pierwszej kolejności rozpoznać zarzuty apelacji, co skutkowałoby dokonaniem własnej oceny prawidłowości ustalenia rynku właściwego w zaskarżonej decyzji, a dopiero w dalszej kolejności mógł on zastosować tzw. test trzech kryteriów do prawidłowo określonego rynku właściwego. Dopiero wówczas bowiem rozważania Sądu Apelacyjnego odnosiłyby się do przedmiotu niniejszej sprawy i nie miałyby charakteru jedynie teoretycznego i hipotetycznego, jak miało to miejsce w niniejszej sprawie. Naruszenie powyższego obowiązku uzasadniało uchylenie zaskarżonego wyroku w punktach drugim i trzecim oraz przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania.

Natomiast skarga kasacyjna podlegała oddaleniu w części, w jakiej dotyczyła punktu pierwszego zaskarżonego wyroku, którym Sąd Apelacyjny częściowo zmienił wyrok Sądu pierwszej instancji oddalając odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w zakresie dotyczącym jej punktu szóstego. Sąd drugiej instancji oddalił odwołanie w tym zakresie, ponieważ powód w odwołaniu nie domagał się uchylenia decyzji w tej części, pomimo formalnego zaskarżenia jej w całości. Ponadto, pomimo że skarga kasacyjna pozwanego obejmowała całość wyroku Sądu Apelacyjnego, to nie zawiera zarzutów odnoszących się do tego rozstrzygnięcia.

Mając powyższe na uwadze wskazane okoliczności Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 398¹⁴ i art. 398¹⁵ § 1 zdanie pierwsze k.p.c. O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 108 § 2 k.p.c. w związku z art. 398²¹ k.p.c.