



Sygn. akt I NSK 58/18

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 31 października 2019 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Ewa Stefańska (przewodniczący, sprawozdawca)

SSN Marcin Łochowski

SSN Krzysztof Wiak

Protokolant Iwona Kotowska

w sprawie z powództw:

1. P. sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: T. S.A. w W., O. S.A. w W. i P. sp. z o.o. w W.;

2. T. S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: P. sp. z o.o. w W., O. S.A. w W. i P. sp. z o.o. w W.;

3. O. S.A. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: P. sp. z o.o. w W., T. S.A. w W. i P. sp. z o.o. w W.;

4. P. sp. z o.o. w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

z udziałem zainteresowanych: P. sp. z o.o. w W., T. S.A. w W. i O. S.A. w W.;

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych w

dniu 22 października 2019 r.

skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 15 marca 2017 r., sygn. akt VI ACa (...)

- 1) oddala skargę kasacyjną;**
- 2) zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz P. sp. z o.o. w W., T. S.A. w W., O. S.A. w W., P. sp. z o.o. w W. kwoty po 540 zł (pięćset czterdzieści złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego w postępowaniu kasacyjnym.**

UZASADNIENIE

Decyzją nr DOK-(...)/2011 z 23 listopada 2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

- w punkcie pierwszym - na podstawie art. 10 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. 2007, nr 50, poz. 331 ze zm., dalej: ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, ustawa lub u.o.k.k.) uznał za praktykę ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy: P. S.A. w W., T. S.A. w W., C. Sp. z o.o. w W. i P. Sp. z o.o. w W., polegające na: dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z I. Sp. z o.o. w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, oraz dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, i nakazał zaniechania jej stosowania;

- w punkcie drugim - na podstawie art. 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a także art. 3 ust. 1 i art. 5 Rozporządzenia Rady (WE) nr 1/2003 z dnia 16 grudnia 2002 r. w sprawie stosowania reguł konkurencji określonych w art. 81 i 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE L 1, z 4 stycznia 2003r., s. 1, dalej: Rozporządzenie nr 1/2003) uznał za praktykę

ograniczającą konkurencję na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej oraz na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE z 9 maja 2008 r. nr C 115, zwanego dalej „TFUE”), porozumienie zawarte na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy: P. S.A. w W., T. S.A. w W., C. Sp. z o.o. w W. i P. Sp. z o.o. w W., polegające na: dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z I. Sp. z o.o. w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, oraz dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty, i nakazał zaniechania jej stosowania;

- w punkcie trzecim - na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k. oraz w art. 101 ust. 1 TFUE, nałożył na: (1) P. S.A. w W. karę pieniężną w wysokości 33.463.218,16 zł; (2) T. S.A. w W. - karę pieniężną w wysokości 34.020.547,65 zł; (3) C. Sp. z o.o. w W. - karę pieniężną w wysokości 35.098.583,33 zł; (4) P. Sp. z o.o. w W. - karę pieniężną w wysokości 10.706.142,70 zł.

Od powyższej decyzji odwołania wnieśli wszyscy operatorzy, zaskarżając ją w całości. Zaskarżonej decyzji powodowie zarzucili naruszenie wskazanych w odwołaniach przepisów procedury oraz przepisów prawa materialnego. Sprawy zainicjowane ich odwołaniami zostały połączone do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia.

Wyrokiem z 19 czerwca 2015 r. Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję w całości. Sąd pierwszej instancji ustalił, że w marcu 2008 r. Unia Europejska zarekomendowała standard telewizyjny DVB-H, celem stworzenia wspólnego rynku telewizji mobilnej w Europie oraz ograniczenia fragmentaryzacji rynku spowodowanej licznymi rozwiązaniami technicznymi stosowanymi w przekazie telewizji komórkowej. Próby systemu DVB-H podjęto w szesnastu krajach UE, ale tylko w pięciu z nich doszło następnie do komercyjnego uruchomienia usług opartych na tym systemie. W Polsce

pierwsza prezentacja systemu cyfrowej telewizji mobilnej DVB-H odbyła się w dniu 3 października 2006 r. w Centralnym Laboratorium Badań Technicznych Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Następnie w marcu 2007 r. podczas VI Kongresu Technologicznego P., I. Sp. z o.o. w Z. zaprezentowała, jako pierwszy operator radiodyfuzyjny w Polsce, transmisję na żywo strumienia siedmiu programów telewizyjnych w technologii DVB-H.

Operatorzy publicznej ruchomej sieci telefonicznej: P. S.A. w W. (obecnie: P. Sp. z o.o. w W.), T. S.A. w W. (obecnie: T. S.A. w W.), C. Sp. z o.o. w W. (obecnie: O. S.A. w W.) i P. Sp. z o.o. w W., podjęli działania związane z procesem wprowadzania na polski rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H, polegających na możliwości odbioru cyfrowego sygnału telewizyjnego za pomocą urządzeń mobilnych. W dniu 29 stycznia 2008 r. powodowie podpisali list intencyjny, w którym wyrazili wolę współpracy w zakresie rozwoju usług telewizji mobilnej w Polsce. W wykonaniu tego listu operatorzy rozpoczęli testy telewizji mobilnej oraz podjęli negocjacje, których przedmiotem było ustalenie warunków, na jakich zostanie powołana przez nich spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której celem będzie uzyskanie niezbędnych częstotliwości oraz świadczenie usług telewizji mobilnej. Decyzją nr DKK-(...)/2008 z 5 grudnia 2008 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyraził zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez powodów w tym celu wspólnego przedsiębiorcy.

W dniu 10 grudnia 2008 r. - w wyniku zgody na koncentrację - czterech ww. operatorów telefonii komórkowej zawiązało M. Sp. z o.o. w W., w której każdy z powodów miał po 25% udziałów. Na członków zarządu oraz rady nadzorczej M. Sp. z o.o. powołano osoby zatrudnione u operatorów. Członkowie organów M. Sp. z o.o., poza uczestnictwem w posiedzeniach organów spółki, brali również udział w spotkaniach wspólników M. Sp. z o.o. Spotkania takie odbyły się m.in.: 23 marca 2009 r., 1 czerwca 2009 r.; 2 października 2009 r. i 12 maja 2010 r. Spotkania te miały nieformalny charakter, a omawiane podczas nich tematy były wcześniej ustalane i przygotowane w formie prezentacji elektronicznej przez osoby odpowiedzialne za projekt telewizji mobilnej DVB-H u poszczególnych operatorów - udziałowców M. Jednocześnie w dniu 10 października 2008 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej ogłosił procedurę konkursową na rezerwację

częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju w technologii DVB-H. Oferty w ramach tego konkursu zgłosiły dwie spółki: M. Sp. z o.o. w W. oraz I. Sp. z o.o. w Z. Wyniki konkursu zostały ogłoszone w dniu 6 marca 2009 r., a jego zwycięzcą została I. Sp. z o.o. Decyzją z 26 czerwca 2009 r. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej dokonał na rzecz I. Sp. z o.o. rezerwacji częstotliwości z zakresu 470-790 MHz, przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju w technologii DVB-H, w radiokomunikacyjnej służbie radiodifuzyjnej.

W dniu 23 marca 2009 r. odbyło się spotkanie wspólników M. Sp. z o.o., na którym poruszono tematy dotyczące stanu rynku telewizji mobilnej w Polsce i Europie, wniosków z projektu wspólnego rozwoju systemu DVB-H, wyników konkursu i kolejnych działań z nim związanych oraz potrzeb finansowych M. Sp. z o.o. W dniu 1 czerwca 2009 r. odbyło się kolejne spotkanie wspólników M. Sp. z o.o., na którym omówiono powyższe kwestie. Po wygranej w konkursie I. Sp. z o.o. zaproponowała powodom podpisanie listu intencyjnego dotyczącego współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H. Żaden z operatorów nie wyraził jednak zainteresowania podjęciem współpracy w tym zakresie, wskazując przede wszystkim na brak szczegółowych informacji na temat proponowanej przez I. Sp. z o.o. oferty programowej oraz warunków technicznych tej współpracy. W dniu 15 września 2009 r. I. Sp. z o.o. opublikowała na swojej stronie internetowej ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, skierowaną przede wszystkim do operatorów telefonii ruchomej, jako przedsiębiorców posiadających detaliczną sieć dystrybucyjną umożliwiającą zaoferowanie usług telewizji mobilnej DVB-H użytkownikom końcowym.

W dniu 2 października 2009 r. odbyło się spotkanie wspólników konsorcjum, na którym omawiano tematy dotyczące sytuacji finansowej oraz perspektyw M. Sp. z o.o., statusu DVB-H, a także nowych potencjalnych obszarów współpracy udziałowców konsorcjum. Operatorzy odnieśli się również do ww. oferty hurtowej I.

Sp. z o.o. Przy tym, w ostatnim kwartale 2009 r. pojawiły się publiczne wypowiedzi operatorów krytykujące warunki współpracy, jakie przewidywała oferta hurtowa I. Sp. z o.o. W następstwie opublikowania przez I. Sp. z o.o. pierwszej oferty hurtowej żaden z operatorów nie podjął z tą spółką współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H. W dniu 10 lutego 2010 r. I. Sp. z o.o. opublikowała zmienioną ofertę hurtową świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii z DVB-H, przesyłając ją do operatorów i zapraszając ich do ponowienia negocjacji dotyczących podjęcia współpracy w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H. W marcu 2010 r. doszło do osobnych spotkań przedstawicieli spółki I. z przedstawicielami operatorów - P., T. oraz C. Wskazani operatorzy nie wykazali jednak zainteresowania współpracą w zakresie świadczenia usług telewizji mobilnej DVB-H, jako powód wskazując przede wszystkim zbyt ogólne warunki oferty z 10 lutego 2010 r. Również P. Sp. z o.o. poinformowała pisemnie I. Sp. z o.o., że nie jest zainteresowana świadczeniem usług telewizji mobilnej DVB-H na zasadach określonych w ww. zmienionej ofercie.

Dokonując oceny prawnej zaskarżonej decyzji Sąd Okręgowy wskazał, że operatorom sieci komórkowej został postawiony zarzut zawarcia porozumienia polegającego na: dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z I. Sp. z o.o. w Z.; wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. w Z. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, oraz dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty. Działania te - zdaniem organu antymonopolowego - stanowiły praktykę ograniczającą konkurencję i naruszały zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 u.o.k.k., oraz jednocześnie naruszały zakaz, o którym mowa w art. 101 ust. 1 TFUE. Według Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, operatorzy stosowali określone środki służące koordynacji zachowań, które miały oparcie w ich zgodnej woli wspólnego oddziaływania na rynek, w szczególności na relacje każdego z nich ze spółką I.. Zdaniem organu, porozumienie operatorów, które nie przybrało formy wiążącej umowy, było realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z I. Sp. z o.o. i ograniczyło zakres decyzji rynkowych podejmowanych przez każdego z

operatorów samodzielnie.

Sąd pierwszej instancji uznał jednak, że opisane w decyzji zachowania operatorów nie dowodzą, że były realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z innym przedsiębiorcą, tj. ze spółką I.. Stał na stanowisku, że zachowania operatorów dotyczące ich relacji z tą spółką były adekwatne do istniejących warunków rynkowych oraz były urzeczywistnieniem realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, jakim było utworzenie - za zgodą Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - wspólnego przedsiębiorcy, który miał być hurtowym dostawcą usługi telewizji mobilnej w systemie DVB-H. Sąd Okręgowy zgodził się z organem, że podejmując współpracę w ramach projektu M. Sp. z o.o., operatorzy dążyli do zapewnienia każdemu z nich równego dostępu do usług telewizji mobilnej w technologii DVB-H na szczeblu hurtowym. Jego zdaniem stanowiło to oczywistą korzyść dla każdego z powodów, gdyż w sytuacji ograniczenia dostępności częstotliwości przeznaczonej do świadczenia usługi DVB-H nie było możliwe, aby każdy z nich uzyskał taki dostęp indywidualnie. Taka współpraca miała tym większy sens, że świadczenie usługi na poziomie hurtowym obarczone było nie tylko bardzo dużym ryzykiem biznesowym (powodzenie tej technologii nie było oczywiste w dłuższej perspektywie), ale wiązało się ze znacznymi kosztami inwestycyjnymi (budowa na obszarze prawie całego kraju sieci dedykowanej tylko tej technologii, która nie mogła być wykorzystana do innych celów). Dlatego współpraca operatorów w ramach M. Sp. z o.o. zapewniała im równy start na poziomie hurtowym oraz pozwalała dzielić ryzyko i koszty. Sąd Okręgowy za istotny uznał przy tym fakt, że na tym poziomie hurtowego oferowania usług presja konkurencyjna między operatorami była bardzo duża, gdyż uzyskanie przez jednego z nich rezerwacji częstotliwości oznaczało, iż pozostali tej możliwości nie mieliby (tylko jeden z nich mógł zostać zwycięzcą konkursu na rezerwację częstotliwości na obszarze całego kraju). Wówczas „wygrany” operator, który dyktowałby warunki współpracy pozostałym operatorom, kształtując ofertę hurtową dla swoich konkurentów, musiałby zyskać przewagę konkurencyjną. Dlatego, według Sądu Okręgowego, współpraca w ramach M. Sp. z o.o. eliminowała w zasadzie tę presję konkurencyjną, skoro wszyscy operatorzy uzyskiwaliby w razie wygrania konkursu przez konsorcjum jednakowe warunki i

mieliby identyczny wpływ na kształtowanie oferty hurtowej (ich udziały w spółce wynosiły po 25%).

Sąd Okręgowy za błędne uznał natomiast założenie Prezesa Urzędu, jakoby także współpraca między operatorami na poziomie detalicznym mogła wyeliminować presję konkurencyjną na rynku właściwym telefonii ruchomej. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, w tej fazie procesu gospodarczego dotyczącego telewizji mobilnej, presja konkurencyjna była znikoma, albowiem rywalizacja operatorów o detalicznych abonentów odbiorców usługi telewizji mobilnej nie była tak silna. Analizując ten aspekt Sąd Okręgowy zwrócił w pierwszej kolejności uwagę na okoliczność, że usługa telewizji mobilnej miała charakter usługi dodanej do zasadniczej sfery działalności operatorów, jaką są usługi głosowe, SMS, czy Internet, co oznaczało, że nie mogła ona w zasadniczy sposób oddziaływać na wybory konsumentów, skoro główną arenę rywalizacji stanowiły usługi podstawowe, gwarantujące operatorom podobny lub zbliżony poziom udziału w rynku. Operatorzy zakładali, że usługa telewizji mobilnej będzie miała charakter niszowy, a jej oferowanie miało bardziej charakter prestiżowy niż biznesowy. Uzasadnienia projektów wdrożenia telewizji mobilnej jako usługi dodanej u poszczególnych operatorów, zakładały osiągnięcie korzyści z inwestycji po bardzo długim okresie od wdrożenia usługi (10-15 lat, gdy zwykle operatorzy nie podejmowali ryzyka inwestycyjnego dla projektów, których zakładana rentowność występowała w okresie dłuższym niż 2-3 lata), a przewidywane wyniki finansowe pozycjonowały projekt na granicy opłacalności.

Sąd pierwszej instancji zwrócił jednocześnie uwagę, że wykreowana przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w konkursie na częstotliwość DVB-H zasada, iż oferta hurtowa miała być publiczna i niedyskryminacyjna, chroniła w istocie operatorów przed ewentualną utratą abonentów na korzyść tego z nich, który skorzystałby z oferty hurtowej, gdyż pozostali mieli z uwagi na ten warunek konkursu zagwarantowane, że na równych zasadach będą mogli skorzystać z takiej samej oferty hurtowej. Oznaczało to, że ryzyko utraty abonentów na rzecz tego operatora, który skorzysta z oferty I. Sp. z o.o., nie było duże, skoro w każdej chwili możliwe było równoległe skorzystanie z takiej samej oferty przez pozostałych operatorów i stworzenie na jej podstawie oferty detalicznej skierowanej

do własnych (i nie tylko) abonentów. Zdaniem Sądu Okręgowego, gwarantowało to każdemu z operatorów utrzymanie puli abonentów na tym samym co dotychczas poziomie, skoro możliwe było w stosunkowo krótkim czasie stworzenie oferty detalicznej skierowanej do własnych abonentów, co oznaczało, że ci nieliczni zainteresowani usługą telewizji mobilnej nie musieliby w celu uzyskania do niej dostępu przechodzić do konkurencji. Stąd Sąd pierwszej instancji jako błędne ocenił założenie Prezesa Urzędu, że działania operatorów podporządkowane były temu, aby nie dopuścić do uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich, co mogłoby - zdaniem organu - mieć miejsce w przypadku samodzielnej realizacji we współpracy z I. Sp. z o.o. projektu DVB-H. Skoro każdy z operatorów mógł w dowolnym momencie skorzystać z publicznie dostępnej oferty na tych samych warunkach, co jego konkurent realizujący już umowę w oparciu o warunki oferty hurtowej, to - według Sądu pierwszej instancji - trudno mówić o możliwości uzyskania przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich.

Zdaniem Sądu Okręgowego, na znaczne zmniejszenie presji konkurencyjnej na rynku detalicznym lub wręcz jej brak, istotny wpływ miała także narastająca z czasem świadomość po stronie każdego z operatorów, że telewizja mobilna w systemie DVB-H nie jest najlepszym technologicznie rozwiązaniem dla udostępniania treści użytkownikom końcowym. Wskazywały na to zarówno doświadczenia operatorów zagranicznych, którzy bądź projekt DVB-H wdrożyli, a potem go zarzucili, bądź w ogóle odstępili od jego wdrażania, ale także coraz bardziej powszechna i znacznie bardziej pożądana przez użytkowników i efektywniejsza dla operatorów, bo oparta na własnej sieci, technologia streamingu. Skoro więc zarzucane operatorom w decyzji działania nie zmierzały do tego, aby nie dopuścić do przewagi konkurencyjnej przez któregokolwiek z nich, to Sąd Okręgowy za istotne uznał pytanie, czy poszczególne zachowania opisane w decyzji mieściły się zakresie dozwolonych porozumień (skoro zakazane są tylko te zachowania, których celem lub skutkiem jest ograniczenie konkurencji) lub czy mieściły się one w sferze uprawnionej współpracy wynikającej z uzyskanej zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, oraz czy późniejsze zachowania operatorów na rynku, tj. ich relacje z I. Sp. z o.o., pozostawały w związku przyczynowym z zachowaniami operatorów opisanymi w decyzji.

W ocenie Sądu Okręgowego, opisane w decyzji zachowania operatorów nie przekraczały granic dozwolonej współpracy wyznaczonej przez zgodę Prezesa Urzędu na utworzenie wspólnego operatora, a ponadto, nie zachodził związek przyczynowy między tymi działaniami powodów, a ich zachowaniem na rynku. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, faktyczne działania osób wchodzących w skład organów spółki M., tj. członków jej zarządu i rady nadzorczej, nie przekładały się na realne możliwości wpływania na faktyczną działalność samej spółki oraz działania jej wspólników, tj. operatorów. Jakkolwiek - zgodnie z regułami wynikającymi z Kodeksu spółek handlowych - do decyzji wspólników zastrzeżone są nieliczne tylko decyzje, to jednak w spółce M. to właśnie wspólnicy decydowali o wszystkich istotnych aspektach jej działalności. Natomiast osoby pełniące funkcje w zarządzie i radzie nadzorczej pełniły jedynie „marionetkową rolę”, w istocie ograniczoną do formalnej funkcji oraz wykonywania działalności sprawozdawczo - usługowej wobec wspólników, którzy podejmowali kluczowe decyzje na spotkaniach, mających w istocie charakter zgromadzenia wspólników. Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że właśnie na tych spotkaniach decydowano m.in. o kontynuacji procesów odwoławczych w konkursie na częstotliwość czy możliwych innych niż telewizja mobilna obszarach współpracy operatorów w ramach spółki M.. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, pozycja osób wchodzących w skład zarządu i rady nadzorczej spółki M. u każdego z operatorów nie wskazywała na to, aby członkowie tych organów mieli wpływ na politykę i decyzje poszczególnych operatorów. Dlatego na ich zachowania opisane w decyzji należało patrzeć z tej perspektywy, oceniając szanse wcielenia w życie sformułowanych tam propozycji jako nierealne. Skoro zaś propozycje przedstawiane przez członków rady nadzorczej i zarządu spółki, lecz niezaakceptowane przez każdego z operatorów - wspólników, nie wywierały skutku na działania spółki M., to propozycjom tym nie można przypisać charakteru zachowań samych operatorów, zdefiniowanych przez Prezesa Urzędu jako dokonywanie uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z I. Sp. z o.o.

Według Sądu Okręgowego, dla właściwej oceny zachowania operatorów opisanego w decyzji istotne znaczenie miało także ustalenie, czy podjęta przez nich współpraca mieściła się w granicach objętych zgodą Prezesa Urzędu na koncentrację. Sąd pierwszej instancji zwrócił uwagę, że zgoda ta obejmowała

działalność spółki M. na rynku nie pokrywającym się z rynkiem działania tworzących konsorcjum podmiotów. Nowy podmiot miał prowadzić działalność na hurtowym rynku świadczenia audiowizualnych usług mobilnych w zakresie rozszerzonej telewizji mobilnej w standardzie DVB-H (hurtowy dostawca usług telewizji mobilnej DVB-H, o ile uzyskałby rezerwację częstotliwości). Wspólne działania mogły więc odnosić się tylko do hurtowego świadczenia usług medialnych, o których mowa w decyzji, a nie do rynku detalicznego tych usług, czyli rynku, na którym przedsiębiorcy mieli działać jako konkurenci.

Zdaniem Sądu Okręgowego, skutek jaki powstał na rynku, nie wynikał z faktu zawarcia porozumienia przez operatorów (bo takiego nie było), lecz był efektem obiektywnych okoliczności i nie pozostawał w związku z niedozwolonym zachowaniem operatorów. W szczególności brak możliwości rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej wynikał z braku perspektyw rozwoju tej technologii oraz rozwoju alternatywnych sposobów przesyłania treści, skromnej oferty urządzeń do odbioru telewizji w tej technologii, a także nieatrakcyjności oferty hurtowej i ogarniającego Europę kryzysu gospodarczego. Natomiast fakt, że operatorzy nie zawarli z I. Sp. z o.o. umowy dotyczącej hurtowego świadczenia audiowizualnych usług medialnych w oparciu o ofertę hurtową oraz fakt, iż krytycznie wypowiedzieli na temat tej oferty, nie wynikał z zawarcia między nimi porozumienia, ale miał swoje źródło w samodzielnie dokonywanej ocenie tej oferty. W ocenie Sądu pierwszej instancji, o braku atrakcyjności ekonomicznej dla operatorów pierwszej oferty hurtowej I. Sp. z o.o. świadczył także fakt, że nawet podjęcie przez P. współpracy w oparciu o najbardziej korzystną pod względem opłat obciążających detalistę, trzecią ofertę hurtową, spowodowało straty finansowe tego operatora i fiasko usługi (P. musiał się wycofać z tej usługi po kilku miesiącach jej świadczenia). Kolejną obiektywną przyczyną, która - zdaniem Sądu Okręgowego - zadecydowała o podjęciu zbieżnych, aczkolwiek niezgodzonych przez operatorów decyzji o niewdrażaniu telewizji mobilnej, a tym samym nieskorzystaniu z oferty I. Sp. z o.o., była niewielka oferta urządzeń mobilnych (aparatów) do odbioru telewizji mobilnej w technologii DVB-H. Według Sądu pierwszej instancji fakt, że inne podmioty, do których także była skierowana oferta hurtowa, ostatecznie nie podjęły decyzji o wdrożeniu usług rozszerzonej telewizji mobilnej w formacie DVB-H,

świadczył o tym, że niepodjęcie przez udziałowców M. współpracy z I. Sp. z o.o. było efektem racjonalnej z punktu widzenia ekonomii samodzielnej decyzji każdego z tych podmiotów, nie wynikało natomiast z porozumienia zawartego przez operatorów.

Sąd Okręgowy za zbędne uznał odniesienie się do dalszych zarzutów podniesionych przez operatorów w odwołaniach, skoro został uwzględniony najdalej idący zarzut błędnego ustalenie stanu faktycznego poprzez przyjęcie, że na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej pomiędzy powodami nie zostało zawarte sporne porozumienie, polegające na: dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z I. Sp. z o.o., wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych w technologii DVB-H, oraz dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej ofert. Niemniej - zdaniem Sądu pierwszej instancji - Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów prawidłowo określił rynek właściwy, ustalając, że jest nim krajowy detaliczny rynek telefonii ruchomej, zaś cel lub skutek, jaki mógłby się ziścić, gdyby zarzut się potwierdził, wystąpiłby zarówno na krajowym detalicznym rynku telefonii ruchomej, jak i na krajowym hurtowym rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H. Sąd Okręgowy podzielił również ocenę organu, że jest to rynek telefonii ruchomej, który obejmuje pewien pakiet oferowanych przez operatorów usług, w których podstawową usługą są połączenia głosowe i usługi z nimi bezpośrednio związane (poczta głosowa, identyfikacja numeru rozmówcy, blokowanie połączeń, roaming, usługi przesyłania krótkich wiadomości tekstowych SMS oraz wiadomości multimedialnych MMS). Ten pakiet bazowy usług telefonii ruchomej oferowany jest łącznie z tzw. usługami dodatkowymi, które nie są jednorodne, takimi jak m.in. usługi mobilnego Internetu, bankowości czy dostępu do portali społecznościowych. Taką usługę dodaną stanowić miała także usługa telewizji mobilnej w formacie DVB-H. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, organ prawidłowo także uznał, że produktem oferowanym na detalicznym rynku telefonii ruchomej są pakiety usług telefonii ruchomej, w skład których wchodzi - obok usług podstawowych - również inne usługi dodane. Pakiety usług są dostosowywane do preferencji grup klientów operatora (użytkowników końcowych), którzy dokonują

wyboru w oparciu o całkowitą ocenę pakietu (cenę oraz jakość całego koszyka zaoferowanych usług), a nie poszczególnych usług pakietu. Sąd Okręgowy zauważył, że oferty operatorów działających na polskim detalicznym rynku usług telefonii ruchomej są praktycznie identyczne pod względem zestawu usług i zbliżone pod względem cen. Wobec tego, że nie ma zamiennych wobec tych pakietów, produktów lub usług, które zaspokołyby potrzeby nabywców w takim stopniu jak ww. pakiety, Sąd Okręgowy podzielił ustalenia organu, że rynkiem, na którym odbywa się rywalizacja operatorów, jest detaliczny rynek telefonii ruchomej, na którym operatorzy posiadają łącznie 99% udziału. Według Sądu Okręgowego, Prezes Urzędu - z uwagi na możliwe oddziaływanie (skutek) zarzucanej operatorom praktyki - trafnie wyodrębnił również hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H. Produktem oferowanym na tym rynku są audiowizualne usługi medialne w technologii DVB-H, polegające na hurtowym udostępnianiu przedsiębiorcom telekomunikacyjnym treści medialnych (programów telewizyjnych) w ww. technologii w celu ich dostarczania odbiorcom detalicznym jako użytkownikom końcowym.

Nadto Sąd pierwszej instancji za prawidłowe uznał stanowisko Prezesa Urzędu, że geograficzny zasięg obu zidentyfikowanych w sprawie rynków obejmuje terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, co - w odniesieniu do rynku telefonii ruchomej - było oczywiste z racji posiadanego przez każdego z operatorów zasięgu sieci na terytorium RP. Natomiast w przypadku hurtowego rynku usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H, za wyznaczeniem go jako rynku krajowego przemawiał fakt, że zakres geograficzny świadczenia tych usług wyznaczyła decyzja Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z 26 czerwca 2009 r., dokonująca na rzecz I. Sp. z o.o. rezerwacji częstotliwości przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych na obszarze całego kraju.

Sąd pierwszej instancji uznał, że w przedmiotowej sprawie dla określenia rynku właściwego nie miała znaczenia okoliczność, iż hurtowy rynek usług telewizji mobilnej świadczonych w technologii DVB-H w początkowej fazie działań zarzucanych operatorom jeszcze nie istniał, wskazując, że przedmiotem ochrony w prawie konkurencji jest zarówno ochrona konkurencji faktycznej (aktualnie istniejącej na rynku), jak i konkurencji potencjalnej. Dlatego przedmiotem ochrony

mogła być konkurencja na rynku telewizji mobilnej, która w początkowej fazie podejmowanych przez operatorów działań - zakwalifikowanych przez organ jako niedozwolone porozumienia - *de facto* jeszcze nie istniała, ale istniało wysokie prawdopodobieństwo jej wykreowania, i która ostatecznie faktycznie zaistniała, skoro istniała hurtowa oferta sprzedaży usługi, chociaż nie była jeszcze rozwinięta.

Wyrokiem z 15 marca 2017 r. Sąd Apelacyjny w (...) oddalił apelację pozwanego.

Sąd odwoławczy uznał, że Sąd Okręgowy prawidłowo ustalił, iż opisana w zaskarżonej decyzji współpraca powodów była związana z powołaną przez nich spółką M., zaś celem wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, który miał być realizowany poprzez tę spółkę, było prowadzenie działalności na hurtowym rynku świadczenia audiowizualnych usług medialnych, głównie w zakresie rozsiewczej telewizji mobilnej w standardzie DVB-H. Powodowie zostali współnikami spółki, w której każdy z nich posiadał 25% udziałów. Sąd Apelacyjny podkreślił, że Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów aprobował tego rodzaju współpracę powodów, skoro w decyzji z 5 grudnia 2008 r. wyraził zgodę na koncentrację, która była niezbędnym warunkiem utworzenia podmiotu. Podzielił również pogląd Sądu pierwszej instancji, że fakt uzyskania zgody na utworzenie przez operatorów koncentracyjnego przedsiębiorcy nie jest równoznaczny ze zgodą na nieograniczoną współpracę, jednakże kontakty przedsiębiorców odnoszące się jedynie pośrednio do usług detalicznych telewizji mobilnej nie mogły zostać uznane za niedozwolone porozumienie, jeśli w istocie odnosiły się do świadczenia hurtowych usług telewizji mobilnej i temu były zasadniczo podporządkowane.

Sąd Apelacyjny wskazał, że członkami zarządu i rady nadzorczej M. Sp. z o.o. zostali pracownicy każdego z operatorów. Osoby te, poza uczestnictwem w posiedzeniach organów spółki M., brały udział także w spotkaniach współników M. Spółka M. nie miała swojego biura, spotkania organizowali więc rotacyjnie jej współnicy. Spotkania władz spółki i współników M. miały na celu uzgodnienia dotyczące świadczenia hurtowych usług telewizji mobilnej. Jednocześnie Sąd odwoławczy podzielił ocenę Sądu Okręgowego, że osoby pełniące funkcje w zarządzie i radzie nadzorczej M. Sp. z o.o. pełniły w istocie „role marionetkowe”, tj. ograniczone do funkcji formalnej oraz sprawozdawczo-usługowej wobec

wspólników. Zdaniem Sądu drugiej instancji, o roli członków organów spółki świadczy również okoliczność, że osoby te były pracownikami operatorów oddelegowanymi do pełnienia funkcji w konsorcjum, nie miały więc rzeczywistego wpływu na decyzje poszczególnych operatorów. Sąd Apelacyjny za trafny uznał również pogląd Sądu pierwszej instancji, że podejmowanie decyzji związanych z rynkiem hurtowym było niemożliwe bez odniesień związanych z rynkiem detalicznym, jednakże kluczową kwestią było ustalenie, że odniesienie to było podporządkowane głównemu celowi, jakim było świadczenie usług hurtowych.

Za prawidłową uznał Sąd Apelacyjny ocenę dowodów dokonaną przez Sąd Okręgowy. Wskazał, że podczas spotkania w dniu 2 października 2009 r. omawiano tematy dotyczące sytuacji finansowej oraz perspektyw M. Sp. z o.o., statusu DVB-H oraz potencjalnych obszarów współpracy udziałowców konsorcjum. Przedstawiciele operatorów odnieśli się wówczas do oferty hurtowej I. Sp. z o.o., opublikowanej w dniu 25 września 2009 r. Na spotkaniu tym przeanalizowano szczegóły finansowe oferty sprzedaży hurtowej I. Sp. z o.o., zgodnie z którą operator sieci komórkowej miał pokryć koszty integracji systemów, zapewnić system rozliczeniowy i dofinansowanie dla terminali oraz zapłacić za korzystanie z treści (od użytkownika) i tantiemy Z./S. Wspólnicy M. doszli wówczas do wniosku, że spółka powinna zakwestionować ważność i wiarygodność oferty w publicznym PR.

Zdaniem Sądu odwoławczego, przedstawiciele operatorów wchodzący w skład organów spółki M. nie mieli realnego wpływu na decyzje operatorów. Wymiana poglądów na temat oferty I. Sp. z o.o. na ww. spotkaniu nie mogła być traktowana jako zawarcie niedozwolonego porozumienia, wobec braku dowodów na okoliczność, że powodowie przyjęli jakąś wspólną strategię opartą na wspólnej negatywnej ocenie oferty. Poza tym ocena oferty hurtowej na spotkaniu wspólników M. Sp. z o.o. była oceną tej spółki, nie zaś poszczególnych operatorów, gdyż oferta I. Sp. z o.o. była porównywana do oferty hurtowej przygotowanej przez M. Sp. z o.o. na etapie przed rozstrzygnięciem konkursu. Porównanie to odnosiło się do informacji powszechnie znanych, zaś dla uczestników spotkania było oczywiste, że oferta I. Sp. z o.o. jest mniej atrakcyjna od oferty M. Sp. z o.o., każdy z operatorów miał już bowiem własne określone stanowisko w tej kwestii. Sąd

Apelacyjny wskazał również, że M. Sp. z o.o. rozważała świadczenie usługi telewizji mobilnej w innej technologii, tj. IMB. Ocena oferty I. Sp. z o.o. była więc zasadna pod kątem oceny możliwości stworzenia konkurencyjnej wobec I. Sp. z o.o. oferty, która byłaby oparta na innej technologii. Ponadto na posiedzeniu w dniu 2 października 2009 r. podjęto również decyzję o złożeniu skargi do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego na decyzję rezerwacyjną Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej. Decyzja o zakwestionowaniu ważności i wiarygodności oferty I. Sp. z o.o. była decyzją spółki M., a nie poszczególnych operatorów. Dlatego bezpodstawne było twierdzenie Prezesa Urzędu, że operatorzy nie mieli pewności, czy któryś z nich nie podejmie samodzielnej współpracy z I. Sp. z o.o. Brak jest również podstaw do przyjęcia, że operatorzy (jako detaliści) wymienili się informacjami co do ich oceny oferty hurtowej I. Sp. z o.o. Według Sądu Apelacyjnego, o stanowisku poszczególnych operatorów, jako detalistów, odnośnie tej oferty można było się dowiedzieć jeszcze przed 2 października 2009 r., skoro wielokrotnie przed tą datą pojawiały się ich publiczne wypowiedzi na łamach prasy na temat małej atrakcyjności tej oferty (operatorzy powoływali się na jej brak wartości biznesowej w obecnych warunkach rynkowych; wskazywali też, że brakuje w niej wielu istotnych elementów, np. gwarancji parametrów jakościowych). Sąd Apelacyjny podzielił również dokonaną przez Sąd pierwszej instancji ocenę dowodów dotyczących spotkania wspólników M. Sp. z o.o. w dniu 1 czerwca 2009 r., na którym omawiano stan spółki, jej sytuację finansową, kwestie związane z konkursem o rezerwacje częstotliwości, aspekty prawne rozszerzenia działalności M. oraz stan badań nad nowymi potencjalnymi obszarami działalności konsorcjum, podjęto również decyzję o obserwacji alternatywnej technologii IMB.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy prawidłowo wyjaśnił przyczyny braku zainteresowania ofertą spółki I. w okresie od kwietnia do września 2009 r. Wskazał, że po ogłoszeniu w dniu 6 marca 2009 r., iż zwycięzcą konkursu na rezerwację częstotliwości z zakresu 470-790 MHz przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych lub telewizyjnych na obszarze całego kraju w technologii DVB-H, została spółka I., operatorzy będący wspólnikami M. Sp. z o.o. co prawda nie podjęli rozmów z I. Sp. z o.o., jednak nie wynikało to z faktu zawarcia

niedozwolonego porozumienia, ale było rezultatem sytuacji prawnej, w jakiej spółka ta się znalazła, gdyż operatorzy w ramach M. Sp. z o.o. kwestionowali wyniki rozstrzygnięcia konkursu. Tymczasem w dniu 23 marca 2009 r. odbyło się spotkanie wspólników M. Sp. z o.o., na którym udziałowcy konsorcjum jednogłośnie podjęli uchwałę o pozostawieniu każdemu z operatorów swobody co do współpracy z I. Sp. z o.o. Prezes zarządu T. zaproponował nawet zakończenie wszelkiej współpracy operatorów i rozwiązanie spółki M.. Ostatecznie postanowiono jednak kontynuować współpracę w ramach spółki M., ale na innej płaszczyźnie niż I. Sp. z o.o.

Sąd Apelacyjny podzielił ustalenia Sądu Okręgowego, że pomiędzy operatorami nie istniała presja konkurencyjna co do wdrożenia w ich ofercie detalicznej usług telewizji mobilnej. Uznał, że usługa ta miała charakter dodatkowy do zasadniczych usług świadczonych przez powodów. W momencie podejmowania decyzji o utworzeniu spółki M. operatorzy działali w celu zwiększenia oferty detalicznej i jej atrakcyjności, nie zaś osiągnięcia istotnego, dodatkowego wyniku finansowego. W miarę upływu czasu projekt ten stawał się coraz mniej perspektywiczny, albowiem był on obciążony dużym ryzykiem biznesowym i małą rentownością. Według Sądu Apelacyjnego, brak jest zaś podstaw, aby przyjąć, że operatorzy godzili się na uruchomienie tej usługi ze stratą. Istniały bowiem obiektywne przyczyny, z powodu których ostatecznie nie doszło do wdrożenia usługi, która nie była atrakcyjna dla użytkowników końcowych, stając się również nieatrakcyjną ekonomicznie dla operatorów. Ponadto opublikowana oferta hurtowa I. Sp. z o.o. była jawna, równa i niedyskryminacyjna wobec każdego z operatorów i takie ukształtowanie otoczenia rynkowego dawało operatorom możliwość skonstruowania ewentualnej oferty detalicznej, eliminując korzyść wynikającą z pierwszeństwa wejścia na rynek.

Według Sądu odwoławczego, o zawarciu niedozwolonego porozumienia nie mogła również świadczyć prezentacja przygotowana na posiedzenie zarządu spółki P., które odbyło się w dniu 3 marca 2009 r. Zawarto w niej dwa scenariusze rozwoju sytuacji rynkowej po rozstrzygnięciu konkursu, w przypadku wygranej I. Sp. z o.o. lub M. Sp. z o.o. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że prezentacja ta była wewnętrznym dokumentem jednego z operatorów i brak było w nim zgody

pozostałych udziałowców M. Sp. z o.o. na zaprezentowane propozycje. Ponadto, na zgromadzeniu spółki podjęto decyzję odmienną niż proponowana w prezentacji. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, o wymianie informacji, ani o koordynacji działań PR pomiędzy operatorami, nie mógł również świadczyć e-mail przedstawiciela P. z dnia 17 kwietnia 2009 r., wysłany do pozostałych członków rady nadzorczej M. Sp. z o.o., w którym udostępniono treść odpowiedzi, jakiej wcześniej udzielił on na pytanie dziennikarza dotyczące oferty telewizji mobilnej DVB-H. Skoro bowiem najpierw udzielono informacji prasie, a dopiero później poinformowano o tym pozostałych członków rady nadzorczej M. Sp. z o.o., to stanowiska operatorów dotyczące strategii (medialnej) wobec I. Sp. z o.o. nie mogły być wcześniej uzgodnione. Sąd Apelacyjny podzielił tym samym pogląd Sądu Okręgowego, że pomiędzy operatorami nie było wspólnych uzgodnień odnośnie postępowania wobec I. Sp. z o.o. i każdy z operatorów podjął decyzję w zakresie braku współpracy z tą spółką indywidualnie.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy prawidłowo zastosował także przepisy prawa materialnego, tj. art. 6 u.o.k.k. oraz art. 101 TFUE. W świetle powołanych przepisów, aby możliwe było uznanie, że przedsiębiorcy dopuścili się naruszenia zakazu zawierania antykonkurencyjnych porozumień, konieczne jest wykazanie faktu zawarcia przez nich porozumienia, oraz występowania celu lub skutku porozumienia w postaci wyeliminowania, ograniczenia lub naruszenia w inny sposób konkurencji na rynku właściwym. W przedmiotowej sprawie, według Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, pomiędzy przedsiębiorcami doszło do zawarcia porozumienia, którego istotą miała być wymiana informacji wynikająca z przyjętego wspólnego planu kształtowania relacji z I. Sp. z o.o. (przedsiębiorcą, który zwyciężył w konkursie na rezerwację częstotliwości przeznaczonych do świadczenia audiowizualnych usług medialnych w technologii DVB-H). W ocenie organu, realizacja tych zamierzeń ograniczyła zakres decyzji rynkowych podejmowanych przez każdego z operatorów samodzielnie, wobec określenia działań, które strony porozumienia miały wspólnie podejmować lub od których powinny się wspólnie powstrzymać. Sąd odwoławczy natomiast podzielił ocenę Sądu Okręgowego, że powodowie kontaktowali się ze sobą w ramach wspólnego projektu M. Sp. z o.o. i podejmowali w tym zakresie różne

decyzje. Istniała więc pomiędzy nimi relacja, która mogła być zakwalifikowana jako „porozumienie”. Stąd, według Sądu Apelacyjnego, zasadnie Sąd Okręgowy dokonał oceny tego zachowania w kontekście przesłanek z art. 6 u.o.k.k. i art. 101 TFUE. Jednocześnie jednak Sąd Apelacyjny podzielił pogląd Sądu Okręgowego, że Prezes Urzędu nie wykazał za pomocą przedstawionych dowodów, jak również dedukcji przeprowadzonej z poszczególnych udowodnionych faktów, aby pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, polegającego na: dokonywaniu uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z I. Sp. z o.o., wymianie informacji o swojej ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. dotyczącej audiowizualnych usług medialnych, w tym rozprowadzania programów radiofonicznych i telewizyjnych w technologii DVB-H, a także dokonywaniu uzgodnień dotyczących publicznego kwestionowania tej oferty.

Ponadto Sąd Apelacyjny podzielił ocenę Sądu Okręgowego, że pomiędzy operatorami nie doszło do zawarcia zakazanego porozumienia, ze względu na niewystąpienie jego antykonkurencyjnego skutku. Według Sądu odwoławczego, tym bardziej nie może być mowy o antykonkurencyjnym celu tego porozumienia, na który Prezes Urzędu powołał się w uzasadnieniu decyzji. Według organu, celem, a zarazem możliwym skutkiem zidentyfikowanych w decyzji działań operatorów, było: (1) ograniczenie konkurencji na detalicznym rynku telefonii ruchomej po stronie podażowej tego rynku poprzez ograniczenie presji konkurencyjnej odnośnie do wprowadzenia usługi telewizyjnej DVB-H do ofert operatorów, w zakresie której operatorzy mogliby konkurować, w konsekwencji którego pozbawiono użytkowników końcowych usług telefonii ruchomej możliwości korzystania z usług telefonii mobilnej w technologii DVB-H lub ograniczono im możliwości wyboru technologii, z jakiej mogą korzystać przy korzystaniu z usług telewizji mobilnej; (2) ograniczenie konkurencji na hurtowym rynku telewizji mobilnej DVB-H po stronie popytowej tego rynku, polegające na ograniczeniu presji negocjacyjnej poprzez wyeliminowanie niepewności co do kryteriów i sposobu oceny oferty między operatorami reprezentującymi stronę popytową w stosunku do I. Sp. z o.o. jako strony podażowej tego rynku, w konsekwencji którego ograniczono możliwości rozwoju hurtowego rynku telewizji mobilnej świadczonej w technologii DVB-H poprzez ograniczenie możliwości kontraktowych strony podażowej.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, dokonując oceny czy relacja operatorów ma charakter niedozwolonego porozumienia, Sąd Okręgowy zbadał wszystkie istotne okoliczności, w tym kontekst gospodarczy i prawny. Trafnie uznał, że podejmując współpracę w ramach projektu M. Sp. z o.o. operatorzy dążyli do zapewnienia każdemu z nich równego dostępu do telewizji mobilnej w technologii DVB-H na szczeblu hurtowym, albowiem nie było możliwe, aby każdy z nich uzyskał dostęp indywidualny z uwagi na ograniczenia dostępności częstotliwości przeznaczonych do świadczenia usługi DVB-H. Celem współpracy było również zmniejszenie ryzyka biznesowego oraz zmniejszenie indywidualnych kosztów inwestycyjnych. Powodzenie technologii DVB-H nie było oczywiste w dłuższej perspektywie, natomiast wiązało się ze znacznymi kosztami inwestycyjnymi, gdyż m.in. wymagało budowy na obszarze prawie całego kraju sieci dedykowanej tylko tej technologii, która nie mogła być wykorzystana do innych celów.

Według Sądu odwoławczego, trafna była ocena Sądu pierwszej instancji, że współpraca operatorów w ramach M. Sp. z o.o. zapewniała powodom równy start na poziomie hurtowym oraz pozwalała dzielić ryzyko i koszty. Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę, że każdy z operatorów miał równe udziały w spółce M., co eliminowało ich presję konkurencyjną na poziomie hurtowym, natomiast presji tej na poziomie detalicznym nie było. Usługa telewizji mobilnej miała charakter niszowy, usługi dodanej do zasadniczej sfery działalności operatorów, gdzie główne usługi to połączenia głosowe, SMS czy Internet. Sąd Okręgowy trafnie zatem wywiódł, że usługa ta nie mogła w sposób zasadniczy oddziaływać na wybory konsumentów, ponieważ przedmiotem rywalizacji operatorów są usługi podstawowe. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, Sąd pierwszej instancji trafnie wziął również pod uwagę prestiżowy, nie zaś biznesowy charakter usługi. Z projektów biznesowych powodów wynikało bowiem osiągnięcie korzyści z inwestycji po bardzo długim okresie (ok. 10-15 lat) oraz to, że po upływie tego okresu miał on generować około jednego promila przychodów. Według Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy prawidłowo uwzględnił także okoliczność, że telewizja mobilna w systemie DVB-H w ocenie operatorów nie była najlepszym technologicznie rozwiązaniem. Operatorzy brali pod uwagę skorzystanie z innej technologii, tj. IMB.

Ponadto Sąd odwoławczy za trafną uznał ocenę Sądu Okręgowego,

że celem działań operatorów nie było niedopuszczenie do przewagi konkurencyjnej któregokolwiek z nich, zaś opisane w decyzji działania stron, ich kontakty i ustalenia mieściły się w granicach dozwolonej współpracy. Decyzję o braku współpracy ze spółką I. każdy z operatorów podjął indywidualnie, kierując się względami ekonomicznymi i indywidualnie oceniając ofertę. Wystąpienie na rynku skutku w postaci niewdrożenia telewizji mobilnej w technologii DVB-H nie było spowodowane porozumieniem operatorów, ale wynikało z niezależnych od operatorów przyczyn, tj.: braku ekonomicznej atrakcyjności usługi telewizji mobilnej DVB-H i prawdopodobieństwa fiaska tej technologii; rozwoju nowych, alternatywnych standardów świadczenia usług audiowizualnych (np. streaming, VOD); bardzo ograniczonej oferty urządzeń mobilnych do odbioru telewizji mobilnej w standardzie DVB-H (jedna firma produkowała aparaty telefoniczne); niekorzystnej dla operatorów oferty hurtowej I. Sp. z o.o.; kryzysu gospodarczego w Europie i na świecie; faktu, że inni operatorzy (poza powodami) nie podjęli decyzji o wdrażaniu usług rozsyłkowej telewizji mobilnej w formacie DVB-H. W konsekwencji, zdaniem Sądu Apelacyjnego, w przedmiotowej sprawie brak było podstaw do uznania, że pomiędzy powodami doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia. Brak jest bowiem dowodów na okoliczność, że zachowania operatorów były realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z I. Sp. z o.o., natomiast relacje poszczególnych operatorów z tą spółką były uzasadnione i adekwatne do istniejących warunków rynkowych oraz realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) skargę kasacyjną wniósł pozwany.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zaskarżył wyrok Sądu Apelacyjnego w całości oraz domagał się uchylecia zaskarżonego wyroku i przekazania sprawy Sądowi drugiej instancji do ponownego rozpoznania. W skardze sformułował następujące zarzuty:

1) naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 TFUE poprzez:

(a) błędną wykładnię tych przepisów polegającą na uznaniu, iż wymiana informacji jedynie pośrednio związanych z działalnością operatorów oraz dokonana w celach podporządkowanych działalności wspólnego przedsięwzięcia nie podlega zakazowi zawierania porozumień ograniczających konkurencję;

(b) błędną wykładnię tych przepisów polegającą na przyjęciu, że działania podejmowane przez pracowników konkurentów w ramach wspólnego przedsiębiorcy nie mogą być uznane za porozumienie ograniczające konkurencję, jeżeli pracownicy ci nie mieli realnego wpływu na decyzje tych konkurentów, podczas gdy w celu stwierdzenia naruszenia art. 6 u.o.k.k. i art. 101 ust. 1 TFUE ewentualne antykonkurencyjne działania pracownika są przypisywane przedsiębiorcy, którego pracownik ten jest częścią, i za które to działania przedsiębiorca ten ponosi odpowiedzialność;

(c) błędną wykładnię tych przepisów polegającą na przyjęciu, że dokonanie przez reprezentantów konkurentów wymiany informacji dotyczącej oceny atrakcyjności oferty (w tym opłacalności przyjęcia tej oferty) ich wspólnego potencjalnego kontrahenta na forum utworzonego przez nich wspólnego przedsiębiorcy nie stanowi porozumienia ograniczającego konkurencję;

(d) błędną wykładnię tych przepisów polegającą na przyjęciu, że wymiana informacji może być uznana za porozumienie ograniczające konkurencję tylko wówczas, gdy jej elementem jest podjęcie przez konkurentów wspólnej strategii działania;

(e) uznanie, że okoliczność, iż usługa będąca przedmiotem zarzucanego naruszenia ma charakter niszowy, stanowi usługę dodaną do zasadniczej sfery działalności przedsiębiorców ją świadczących oraz ma charakter wyłącznie prestiżowy, może stanowić o wyłączeniu bezprawności porozumienia;

(f) błędne przyjęcie, że pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia polegającego na: wymianie informacji o ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. oraz dokonywaniu uzgodnień dotyczących relacji z I. i publicznego kwestionowania oferty hurtowej I.

2) naruszenia art. 231 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie, że pozwany nie udowodnił zawarcia przez powodów porozumienia ograniczającego konkurencję, ponieważ faktu zawarcia porozumienia nie da się wywieść z poszczególnych udowodnionych faktów, podczas gdy zgodnie z art. 231 k.p.c. dla uznania faktu za ustalony w drodze zastosowania domniemania faktycznego nie jest konieczne, aby fakt ten wynikał odrębnie z każdego z udowodnionych już faktów, lecz fakt ustalony poprzez zastosowanie domniemania faktycznego może

być wywiedziony z kilku udowodnionych już faktów (zespołu tych faktów).

Powodowie P. Sp. z o.o. w W., T. S.A. w W., O. S.A. w W. i P. Sp. z o.o. w W. wnieśli o oddalenie skargi kasacyjnej pozwanego oraz zasądzenie na rzecz każdego z nich kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna pozwanego nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy odnieść się do sformułowanego w skardze kasacyjnej zarzutu naruszenia przepisów art. 231 k.p.c. w zw. z art. 6 k.c. poprzez przyjęcie za podstawę zaskarżonego wyroku, że pozwany nie udowodnił zawarcia przez powodów porozumienia ograniczającego konkurencję, ponieważ faktu zawarcia porozumienia nie da się wywieść z poszczególnych udowodnionych faktów. Zarzut ten nie mógł odnieść zamierzonego skutku z uwagi na to, że w jego ramach pozwany w istocie zmierzał do podważenia ustalonego przez Sąd Apelacyjny stanu faktycznego, będącego podstawą wydania zaskarżonego wyroku. Wskazać należy, że przepis art. 231 k.p.c. dotyczy zagadnienia sposobu dochodzenia do wniosków o stanie faktycznym na podstawie procesu logicznego rozumowania (dedukcji), tworząc procesową konstrukcję domniemania faktycznego pozwalającego na czynienie określonych ustaleń faktycznych w oparciu o inne ustalone fakty. Tymczasem zgodnie z art. 398³ § 3 k.p.c. podstawą skargi kasacyjnej nie mogą być zarzuty naruszenia przepisów postępowania dotyczące ustalenia faktów lub oceny dowodów. Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną w granicach jej podstaw, jest bowiem związany z mocy art. 398¹³ § 2 k.p.c. ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę zaskarżonego orzeczenia. Jest to konsekwencją zasady, że Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym pełni rolę sądu prawa, którego zadaniem nie jest analiza wiarygodności i mocy dowodów lub ustalenie stanu faktycznego (por. wyrok Sądu Najwyższego z 24 lutego 2006 r., II CSK 136/05). Przy tym, w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego wielokrotnie podnoszono, że jeżeli zgodnie z art. 398¹³ § 2 k.p.c. Sąd Najwyższy jest związany ustaleniami faktycznymi stanowiącymi podstawę rozstrzygnięcia, to nie jest dopuszczalne wysuwanie zarzutu naruszenia przepisów postępowania,

które wprost dotyczą reguł związanych z ustaleniem stanu faktycznego (art. 231, 232 i 233 k.p.c.) - (por. m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2007 r., II CSK 400/06). Pogląd, że prawidłowość zastosowania art. 231 k.p.c. (domniemanie faktyczne) należy do domeny ustalania podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a więc nie może stanowić zarzutu kasacyjnego (art. 398³ § 3 k.p.c.), jest w judykaturze utrwalony (por. postanowienie Sądu Najwyższego z 26 kwietnia 2018 r., IV CSK 578/17).

W niniejszej sprawie Sąd drugiej instancji - orzekając na podstawie materiału dowodowego zebranego w postępowaniu administracyjnym, w toku postępowania przed Sądem pierwszej instancji oraz w postępowaniu apelacyjnym - nie znalazł podstaw do zakwestionowania ustaleń faktycznych poczynionych przez Sąd Okręgowy, które przyjął za własne i uczynił podstawą faktyczną swego orzeczenia. Rozpoznając niniejszą skargę kasacyjną, Sąd Najwyższy jest związany tymi ustaleniami faktycznymi, zaś pozwany nie może w ramach skargi kasacyjnej skutecznie ich zakwestionować.

Nietrafny jest również podniesiony w skardze kasacyjnej zarzut naruszenia art. 6 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 TFUE poprzez ich błędną wykładnię polegającą na uznaniu, że: (a) wymiana informacji jedynie pośrednio związanych z działalnością operatorów oraz dokonana w celach podporządkowanych działalności wspólnego przedsięwzięcia nie podlega zakazowi zawierania porozumień ograniczających konkurencję; (b) działania podejmowane przez pracowników konkurentów w ramach wspólnego przedsięwzięcia nie mogą być uznane za porozumienie ograniczające konkurencję, jeżeli pracownicy ci nie mieli realnego wpływu na decyzje tych konkurentów; (c) dokonanie przez reprezentantów konkurentów wymiany informacji dotyczącej oceny atrakcyjności oferty (w tym opłacalności przyjęcia tej oferty) ich wspólnego potencjalnego kontrahenta na forum utworzonego przez nich wspólnego przedsięwzięcia nie stanowi porozumienia ograniczającego konkurencję; (d) wymiana informacji może być uznana za porozumienie ograniczające konkurencję tylko wówczas, gdy jej elementem jest podjęcie przez konkurentów wspólnej strategii działania; (e) jeżeli usługa będąca przedmiotem zarzucanego naruszenia ma charakter niszowy, stanowi usługę dodaną do zasadniczej sfery działalności przedsiębiorców ją świadczących oraz

ma charakter wyłącznie prestiżowy, może stanowić o wyłączeniu bezprawności porozumienia; (f) pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia, polegającego na: wymianie informacji o ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. oraz dokonywaniu uzgodnień dotyczących relacji z I. Sp. z o.o. i publicznego kwestionowania oferty hurtowej tej spółki.

W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny rzeczywiście przyjął, że pomiędzy operatorami telekomunikacyjnymi nie doszło do zawarcia niedozwolonego porozumienia polegającego na: wymianie informacji o ocenie oferty hurtowej I. Sp. z o.o. oraz dokonywaniu uzgodnień dotyczących relacji z I. i publicznego kwestionowania oferty hurtowej spółki I.. Pogląd ten podzielił za Sądem Okręgowym, który w uzasadnieniu swojego wyroku przytoczył obszerną argumentację przemawiającą za trafnością tego stanowiska. Jednakże z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika, aby Sąd Apelacyjny dokonał wykładni art. 6 ust. 1 u.o.k.k. oraz art. 101 ust. 1 TFUE polegającej na sformułowaniu kategoriycznych twierdzeń powołanych w punktach od a) do e) zarzutu sformułowanego w skardze kasacyjnej. Tezy Sądu Apelacyjnego różnią się bowiem w sposób istotny od tych, które pozwany sformułował w swoich zarzutach. Oznacza to, że zarzuty podniesione przez skarżącego są oderwane od realiów niniejszej sprawy i w związku z tym nie mogą zostać uwzględnione.

W uzasadnieniach wyroków sądów obu instancji znajdują się m.in. następujące konkluzje: „opisane w decyzji zachowania operatorów nie dowodzą, że były realizacją wspólnego planu kształtowania relacji z innym przedsiębiorą, tj. ze spółką I., a ponadto zachowania operatorów dotyczące ich relacji z tą spółką były adekwatne do istniejących warunków rynkowych oraz były urzeczywistnieniem realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, jakim było utworzenie - za zgodą Prezesa UOKiK - wspólnego przedsiębiorcy, który miał być hurtowym dostawcą usługi telewizji mobilnej w systemie DVB-H” oraz „opisane w decyzji zachowania operatorów nie przekraczały granic dozwolonej współpracy wyznaczonej przez zgodę Prezesa UOKiK na utworzenie wspólnego operatora, a ponadto nie zachodził związek przyczynowy między tymi działaniami powodów a ich zachowaniem na rynku”. Wbrew twierdzeniu skarżącego, według Sądu Najwyższego z zacytowanych fragmentów uzasadnienia nie wynika generalna teza,

że „wymiana informacji jedynie pośrednio związanych z działalnością operatorów oraz dokonana w celach podporządkowanych działalności wspólnego przedsięwzięcia nie podlega zakazowi zawierania porozumień ograniczających konkurencję”, a jedynie trafna ocena, że w okolicznościach faktycznych przedmiotowej sprawy zachowanie powodów nie stanowiło niedozwolonego porozumienia.

W przedmiotowej sprawie Sądy obu instancji ustaliły, że w ramach realizacji wspólnego projektu M. Sp. z o.o. przedstawiciele operatorów wymieniali się informacjami dotyczącymi m.in. sytuacji finansowej związanej przez nich spółki oraz jej perspektyw, czy potencjalnych obszarów współpracy udziałowców konsorcjum. Podczas wspólnych spotkań omawiano również ofertę hurtową I. Sp. z o.o. Analizując charakter prawny porozumienia powodów, Sądy te zgodnie oceniły, że wymiana poglądów pomiędzy przedstawicielami operatorów w powyższym zakresie nie miała charakteru niedozwolonego, brak bowiem dowodów na okoliczność, iż powodowie przyjęli jakąś wspólną strategię opartą na wspólnej ocenie oferty spółki I. Zarówno Sąd Okręgowy, jak i Sąd Apelacyjny zgodnie uznali, że zachowania operatorów były adekwatne do istniejących warunków rynkowych oraz stanowiły urzeczywistnienie realizacji wspólnego przedsięwzięcia gospodarczego, jakim było utworzenie - za zgodą Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów - wspólnego przedsiębiorcy, który miał być hurtowym dostawcą usługi telewizji mobilnej w systemie DVB-H. Powyższa konkluzja nie koresponduje więc z zarzutem sformułowanym w skardze kasacyjnej.

W innej części uzasadnienia wyroku Sąd Apelacyjny wskazał, że „Pozycja osób wchodzących w skład zarządu i rady nadzorczej spółki M. u każdego z operatorów nie wskazywała na to, aby członkowie tych organów mieli wpływ na politykę i decyzje poszczególnych operatorów. Dlatego na ich zachowania opisane w decyzji należy patrzeć z tej perspektywy, oceniając szanse wcielenia propozycji w życie jako nierealne. Skoro zaś propozycje przedstawiane przez członków rady nadzorczej i zarządu, a nie zaakceptowane przez każdego z operatorów - współników, nie miały skutku dla spółki M., to tym propozycjom nie można przypisać charakteru zachowań samych operatorów, zdefiniowanych przez Prezesa UOKiK jako dokonywanie uzgodnień dotyczących kształtowania relacji z

I.”. W tym zakresie wprowadzie - co do zasady – ma rację skarżący wskazując, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej przyjmuje się, że w celu stwierdzenia naruszenia unijnego prawa konkurencji ewentualne antykonkurencyjne działania pracownika są przypisywane przedsiębiorcy, którego pracownik ten jest częścią, i za które to działania przedsiębiorca ten ponosi co do zasady odpowiedzialność (por. wyrok TSUE z 21 lipca 2016 r., C-542/14). Jednakże, zdaniem Sądu Najwyższego, pomimo wadliwości generalnej tezy, że działania pracowników nie mogły odnieść skutków dla oceny zachowania powodów, wypowiedź Sądu Apelacyjnego należy rozważać w kontekście konkretnych ustaleń faktycznych, których dokonały Sądy obu instancji. Wynika z nich bowiem, że w przedmiotowej sprawie: po pierwsze - działania pracowników nie miały mocy sprawczej dla postępowania powodów, zaś po drugie - brak jest dowodów na zawarcie przez powodów niedozwolonego porozumienia. Powyższy zarzut nie wpływa więc na ocenę trafności rozstrzygnięcia wydanego przez Sąd Apelacyjny.

Sąd odwoławczy stwierdził również, że „o wymianie informacji ani o koordynacji działań PR pomiędzy operatorami nie może świadczyć e-mail przedstawiciela P. G. M. z dnia 17 kwietnia 2009 r. wysłany do pozostałych członków rady nadzorczej M., w którym udostępnił treść odpowiedzi, jakiej wcześniej udzielił na pytanie dziennikarza dotyczące oferty telewizji mobilnej DVB-H. Skoro G. M. najpierw udzielił wypowiedzi a dopiero później poinformował o tym pozostałych członków rady nadzorczej M., wynika stąd wniosek, że stanowiska operatorów dotyczące strategii (medialnej) wobec I. nie były wcześniej uzgodnione. Dlatego Sąd Apelacyjny podzielił pogląd Sądu Okręgowego, że pomiędzy operatorami nie było wspólnych uzgodnień odnośnie postępowania wobec M. Każdy z operatorów podjął decyzję w zakresie braku współpracy indywidualnie”. Według Sądu Najwyższego powyższa wypowiedź Sądu Apelacyjnego nie zawiera treści, która uzasadniałaby sformułowany w skardze kasacyjnej zarzut przyjęcia, że „dokonanie przez reprezentantów konkurentów wymiany informacji dotyczącej oceny atrakcyjności oferty (w tym opłacalności przyjęcia tej oferty) ich wspólnego potencjalnego kontrahenta na forum utworzonego przez nich wspólnego przedsiębiorcy nie stanowi porozumienia ograniczającego konkurencję”. Wynika z niej bowiem, że do wymiany poglądów operatorów na temat oceny oferty hurtowej

spółki I. doszło już wcześniej, natomiast nie doszło do uzgodnienia postępowania powodów odnośnie tej oferty.

Niezasadny jest także zarzut odnoszący się do zawartego w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku stwierdzenia, że „decyzję o braku współpracy ze spółką I. podjął każdy z operatorów indywidualnie, kierując się względami ekonomicznymi i indywidualnie oceniając ofertę”. Skoro bowiem decyzje co do współpracy ze spółką I. były podejmowane przez powodów indywidualnie, nie może być mowy o niedozwolonym porozumieniu, a w konsekwencji nie znajduje uzasadnienia zarzut przyjęcia przez Sąd Apelacyjny, że „wymiana informacji może być uznana za porozumienie ograniczające konkurencję tylko wówczas, gdy jej elementem jest podjęcie przez konkurentów wspólnej strategii działania”. Takiej konkluzji nie zawiera bowiem uzasadnienie zaskarżonego wyroku.

Nie zasługiwał na uwzględnienie również zarzut polegający na przypisaniu Sądowi Apelacyjnemu zajęcia generalnego stanowiska, jakoby „pomiędzy operatorami nie istniała presja konkurencyjna co do wdrożenia w ich ofercie detalicznej usług telewizji mobilnej. Usługa ta miała charakter dodatkowy do zasadniczych usług świadczonych przez powodów. W momencie podejmowania decyzji o utworzeniu spółki M. operatorzy działali w celu zwiększenia oferty detalicznej i jej trakcyjności, nie zaś osiągnięcia istotnego, dodatkowego wyniku finansowego. W miarę upływu czasu projekt ten stawał się coraz mniej perspektywiczny, albowiem był on obarczony dużym ryzykiem biznesowym i małą rentownością. Brak jest podstaw, aby przyjąć, że operatorzy godzili się na uruchomienie tej usługi ze stratą. Istniały bowiem obiektywne przyczyny, z powodu których ostatecznie nie doszło do wdrożenia usługi, która nie była atrakcyjna dla użytkowników końcowych, stając się również nieatrakcyjną ekonomicznie dla operatorów.” Z wypowiedzi tej nie wynika bowiem generalna teza, że „jeżeli usługa będąca przedmiotem zarzucanego naruszenia ma charakter niszowy, stanowi usługę dodaną do zasadniczej sfery działalności przedsiębiorców ją świadczących oraz ma charakter wyłącznie prestiżowy, może stanowić o wyłączeniu bezprawności porozumienia”, natomiast wyjaśnia ono przyczynę, dla której w okolicznościach niniejszej sprawy powodowie nie kontynuowali zainteresowania wdrożeniem usługi telewizji mobilnej w systemie DVB-H.

Mając na uwadze wskazane okoliczności Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 398¹⁴ k.p.c. O kosztach postępowania kasacyjnego orzeczono na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c. oraz art. 99 k.p.c. w związku z art. 108 § 1 k.p.c. i art. 398²¹ k.p.c.