



Sygn. akt III SK 21/16

## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 20 kwietnia 2017 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Andrzej Wróbel

SSA Ewa Stefańska (sprawozdawca)

Protokolant Anna Pęsko

w sprawie z powództwa C. Polska Sp. z o.o. z siedzibą w W.  
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
z udziałem zainteresowanego T. Polska S.A. z siedzibą w W. (poprzednio P.T. S.A.  
z siedzibą w W. )  
o stosowanie praktyk ograniczających konkurencję,  
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw  
Publicznych w dniu 20 kwietnia 2017 r.,  
skargi kasacyjnej strony powodowej  
od wyroku Sądu Apelacyjnego w W.  
z dnia 26 listopada 2015 r., sygn. akt VI ACa .../14,

**1) oddala skargę kasacyjną;**

**2) zasądza od C. Polska spółki z o.o. w W. na rzecz Prezesa  
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 zł  
(dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów  
postępowania kasacyjnego.**

## UZASADNIENIE

Decyzją nr DOK-11/2011 z dnia 20 grudnia 2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów:

I. na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 i art. 93 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (jednolity tekst: Dz.U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm., zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.” lub „ustawą”) oraz w związku z art. 131 ust. 1 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 z 2007 r.”) umorzył postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek C. Polska spółki z o.o. z siedzibą w W. w sprawie stosowania przez P.T. S.A. z siedzibą w W. (poprzednio: P.T. spółka z o.o. z siedzibą w W., a obecnie: T. Polska S.A. z siedzibą w W.) praktyk ograniczających konkurencję, polegających na naruszeniu:

1) art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez spółkę P.T. do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez ww. spółkę, polegającego na uzależnianiu zawarcia umów sprzedaży telefonów od wpłacenia z tytułu aktywacji kwot wyższych, niż kwoty wpłacane przez klientów za aktywację;

2) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku usług telefonii komórkowej GSM, polegającego na uniemożliwieniu wejścia na rynek service providerów poprzez odmowę zawarcia umowy ze spółką D.;

3) art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez spółkę P.T. do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez ww. spółkę, polegającego na uzależnianiu zawarcia umów sprzedaży telefonów od wpłacenia z tytułu aktywacji kwot wyższych niż kwoty wpłacane przez klientów za aktywację;

II. na podstawie art. 105 § 1 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. i art. 131 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r. umorzył - z uwagi na brak pozycji dominującej na rynku

właściwym - postępowanie antymonopolowe wszczęte na wniosek C. Polska spółki z o.o. z siedzibą w W. w sprawie stosowania przez P.T. S.A. z siedzibą w W. (poprzednio: P.T. spółka z o.o. z siedzibą w W., a obecnie: T. Polska S.A. z siedzibą w W.) praktyk ograniczających konkurencję, polegających na naruszeniu:

1) art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej E., polegającego na wyznaczaniu agentowi gorszych warunków sprzedaży niż sam stosuje;

2) art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez spółkę P.T. do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych przez tę spółkę, poprzez ustalanie w czasie trwania promocji ceny sprzedaży telefonu przez agenta na poziomie ceny zakupu, czyli poniżej łącznych kosztów zakupu i dalszej odsprzedaży;

3) art. 8 ust. 2 pkt 2 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej E., z uwzględnieniem subryнку sprzedaży telefonów komórkowych dopuszczonych przez ww. spółkę do sprzedaży przy zawarciu umowy terminowej o świadczenie usług telekomunikacyjnych, polegającego na odmowie realizacji zamówień agentów na dostawę aparatów telefonicznych, przy jednoczesnej pełnej realizacji zapotrzebowania własnych punktów sprzedaży;

4) art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej E., polegającego na stosowaniu wobec agentów niejednolitych warunków refundacji kosztów reklamy oraz niejednolitych zasad w oferowaniu usług w ofercie publicznej przez poszczególnych agentów;

5) art. 8 ust. 2 pkt 4 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci E., poprzez uzależnianie

kontynuowania stosunku agencyjnego od wpłat kwot pieniężnych na poczet dopłat za wcześniej nabyte i zapłacone telefony;

6) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej E., polegającego na zakazie wprowadzenia i utrzymywania reklamy w publicznych środkach masowego przekazu, własnej promocji agenta;

7) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM, polegającego na uniemożliwieniu dokonywania zakupu i sprzedaży innych aparatów telefonicznych niż nabyte od P. T.,

8) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku sprzedaży telefonów GSM marki Alcatel, polegającego na uniemożliwieniu handlu telefonami GSM marki Alcatel na warunkach wolnej dystrybucji;

9) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej E., poprzez niedopuszczenie do sprzedaży przy zawieraniu umów terminowych o świadczenie usług telekomunikacyjnych telefonów innych niż nabyte od ww. spółki;

10) art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej w sieci E., przez rozwiązanie przez tę spółkę umowy agencyjnej z C. Polska spółką z o.o.;

11) art. 8 ust. 2 pkt 6 ustawy w wyniku nadużywania pozycji dominującej na rynku akwizycji i zawierania w imieniu spółki P.T. umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii cyfrowej E., polegającego na uzależnianiu kontynuowania stosunku agencyjnego od wpłaty kwoty 140.000 zł oraz narzucaniu uciążliwych warunków umów dotyczących sprzedaży w promocji.

Od powyższej decyzji odwołanie wniosła C. Polska spółka z o.o. z siedzibą w W., zaskarżając decyzję częściowo, tj. w zakresie jej punktu II, oraz wnosząc o zmianę decyzji w tym zakresie poprzez orzeczenie zgodnie z wnioskiem, ewentualnie o uchylenie decyzji w zaskarżonej części i przekazanie sprawy

Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania. Zaskarżonej decyzji zarzuciła:

1) błędne wyznaczenie rynku właściwego poprzez przyjęcie przez organ antymonopolowy, że rynek właściwy w sprawie obejmuje rynek świadczenia usług dystrybucji towarów, do którego jednocześnie należą wszyscy operatorzy ruchomych sieci telefonicznych oraz wszyscy dystrybutorzy towarów oferowanych przez tych operatorów;

2) błędne wyznaczenie pozycji dominującej spółki P.T. na rynku właściwym poprzez niezbadanie przez organ antymonopolowy pozycji ww. spółki na rynku właściwym w oparciu o kryteria określone w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r.;

3) nieuzasadnione zaniechanie merytorycznego rozpoznania wniosku powoda poprzez przyjęcie przez organ antymonopolowy, że jest on związany kwalifikacją i interpretacją prawną podaną przez wnioskodawcę we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego;

4) istotne błędy w ustaleniach faktycznych.

Powód w odwołaniu podtrzymał wnioski dowodowe z postępowania administracyjnego, a ponadto zgłosił nowe wnioski dowodowe.

Wyrokiem z dnia 29 maja 2014 r. Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów oddalił odwołanie powoda.

Sąd pierwszej instancji ustalił, że P.T. S.A. z siedzibą w W. (poprzednio: P.T. spółka z o.o. z siedzibą w W., a obecnie: T. Polska S.A. z siedzibą w W.) w oparciu o należącą do niej ruchomą publiczną sieć telekomunikacyjną świadczy usługi telekomunikacyjne w zakresie telefonii ruchomej. Od 1996 r. C. Polska spółka z o.o. z siedzibą w W. współpracowała ze spółką P.T. (PT) w ramach systemu dystrybucji, będąc jednym z jej agentów. Zasady tej współpracy zostały uregulowane w umowie agencyjno-dystrybucyjnej z dnia 11 października 1996 r., zawartej na czas nieokreślony, z możliwością jej wypowiedzenia przez każdą ze stron z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Przedmiotem umowy było powierzenie agentowi C. Polska spółce z o.o. przez spółkę P.T. akwizycji oraz zawierania w imieniu i na rachunek PT umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, a także przyjmowanie w imieniu PT opłaty aktywacyjnej i

kaucji zabezpieczającej. Agent zobowiązany był również do nabywania od PT aparatów telefonicznych i akcesoriów celem ich odsprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek. W umowie zastrzeżono, że PT ma prawo samodzielnie (tj. z pominięciem agentów) zawierać umowy sprzedaży usług telekomunikacyjnych oraz umowy sprzedaży produktów. Natomiast współpracujący z PT agent nie mógł prowadzić - w trakcie trwania umowy oraz w okresie 12 miesięcy od daty wygaśnięcia umowy - bezpośrednio ani pośrednio jakiejkolwiek działalności konkurencyjnej wobec działalności PT. Wynagrodzenie agenta stanowiła prowizja ustalana w wysokości i na zasadach określonych w załączniku do umowy. W umowie zostały również określone zasady finansowania przez PT wydatków agenta poniesionych na reklamę.

Powyższą umowę zastąpiła umowa agencyjna z dnia 4 lutego 1999 r., zawierająca postanowienia o podobnej treści, jak wcześniej obowiązująca umowa agencyjno-dystrybucyjna. W dniu 3 marca 2000 r. spółka P.T. zawarła z C. Polska spółką z o.o. porozumienie, w którym potwierdzono istnienie zobowiązania finansowego agenta w wysokości 140.000 zł, wynikającego ze sprzedaży przez C. Polska spółkę z o.o. telefonów promocyjnych poza akcjami promocyjnymi PT. Następnie w dniu 23 marca 2001 r. spółka P.T. wypowiedziała C. Polska spółce z o.o. umowę agencyjną, z zachowaniem trzymiesięcznego okresu wypowiedzenia. Początkowo spółka P.T. zawierała z agentami umowy dystrybucyjne o analogicznej treści, różniące się nieznacznie w zakresie warunków finansowych. Natomiast od kwietnia 2001 r. nastąpiła pełna standaryzacja tych umów.

W okresie współpracy spółki P.T. z C. Polska spółką z o.o., tj. w latach 1996-2001, na polskim rynku usług telefonii komórkowej GSM działali także dwaj inni operatorzy, tj. PC (od 1 marca 1998 r.) i P. S.A. (od 1 października 1996 r.). Operatorzy ci, podobnie jak PT, prowadzą sprzedaż swoich usług za pomocą różnych kanałów dystrybucji, tj. za pośrednictwem własnych salonów firmowych i własnych przedstawicieli handlowych, a także z wykorzystaniem sieci agentów. Agenci danego operatora nie mogą sprzedawać usług i produktów innych operatorów. Warunki sprzedaży i cenniki są takie same dla wszystkich kanałów dystrybucji, zaś warunki sprzedaży promocyjnej określa każdorazowo operator. Przy wyborze kandydatów na agentów operatorzy kierują się przede wszystkim

doświadczeniem danego podmiotu w prowadzeniu działalności gospodarczej, w szczególności w handlu w zakresie telekomunikacji, a także jego sytuacją ekonomiczną.

W latach 1996-2001 szacunkowe udziały rynkowe poszczególnych operatorów telefonii komórkowej, określone według kryterium przychodów, kształtowały się następująco:

- w 1996 r.: PT: 9,7%, P.: 10,8%, PC: 79,5%,
- w 1997 r.: PT: 29,5%, P.: 33%, PC: 37,5%,
- w 1998 r.: PT: 37%, P.: 40%, PC: 23%,
- w 1999 r.: PT: 40%, P.: 43%, PC: 17%,
- w 2000 r.: PT: 41,73%, P.: 40,42%, PC: 17,85%,
- w 2001 r.: PT: 39,7%, P.: 38,6%, PC: 21,6%.

Po spełnieniu określonych warunków agenci mogą nabywać produkty z innych źródeł niż od operatora. Operatorzy nie zawarli z producentami aparatów telefonicznych umów na wyłączność. Głównymi odbiorcami hurtowymi aparatów telefonicznych są trzej operatorzy telefonii komórkowej lub ich przedstawiciele. Aparaty telefoniczne mogą być sprzedawane także innym podmiotom, jednakże na polskim rynku sprzedaż telefonów komórkowych użytkownikom końcowym odbywa się przede wszystkim za pośrednictwem operatorów i ich sieci dystrybucyjnych, a w związku z tym inni odbiorcy zgłaszają bardzo mały popyt na te produkty.

Pismem z dnia 31 grudnia 2001 r. C. Polska spółka z o.o. zwróciła się do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z wnioskiem o wszczęcie postępowania antymonopolowego w sprawie naruszania przez spółkę P.T. przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego, postanowieniem z dnia 25 kwietnia 2002 r. Prezes Urzędu wszczął na wniosek C. Polska spółki z o.o. postępowanie antymonopolowe w sprawie uznania działań spółki P.T. za praktyki ograniczające konkurencję. Zakres przedmiotowy tego postępowania został ostatecznie określony w postanowieniu Prezesa Urzędu z dnia 24 lutego 2004 r.

Decyzją nr DOK 77/2004 z dnia 9 sierpnia 2004 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, na podstawie art. 105 k.p.a. w związku z art. 80 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r., umorzył postępowanie

antymonopolowe z uwagi na brak stwierdzenia naruszenia interesu publicznego. Na skutek odwołania powoda od tej decyzji, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w trybie samokontroli wydał decyzję nr DOK 64/2005 z dnia 24 czerwca 2005 r., którą uchylił poprzednią decyzję z dnia 9 sierpnia 2004 r. w całości oraz ponownie umorzył postępowanie, uznając, że na rynku właściwym, tj. rynku pozyskiwania klientów na towary oferowane przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych, spółka P.T. nie posiada pozycji dominującej. Odwołanie powoda od tej decyzji zostało oddalone przez Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 10 kwietnia 2006 r. (sygn. akt XVII AmA .../05), jednak na skutek apelacji powoda Sąd Apelacyjny w W. uchylił powyższy wyrok i przekazał sprawę Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania, wskazując, że Sąd ten nie rozpoznał sprawy jako sądu *meriti*, lecz wadliwie ograniczył swoją funkcję jurysdykcyjną do oceny legalności decyzji organu antymonopolowego, skoro nie dokonał własnych ustaleń faktycznych.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wyrokiem z dnia 6 lutego 2008 r. (sygn. akt XVII AmA .../07) uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 24 czerwca 2005 r. Następnie wyrokiem z dnia 16 stycznia 2009 r. (sygn. akt VI ACa .../08) Sąd Apelacyjny w W. oddalił wszystkie apelacje wniesione od tego wyroku. Sąd odwoławczy wskazał, że po zdefiniowaniu rynku właściwego jako krajowego rynku akwizycji, Prezes Urzędu zbadał pozycję spółki P.T. na innym rynku, tj. na krajowym rynku usług telekomunikacyjnych świadczonych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych. W ocenie tego Sądu z faktu, że rynek akwizycyjny jest rynkiem pochodnym do rynku usług świadczonych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, nie musi wynikać identyczność pozycji podmiotów działających na tych rynkach. Zdaniem Sądu odwoławczego, przy ponownym definiowaniu rynku właściwego w postępowaniu administracyjnym należałoby ocenić go od strony produktowej, a więc rozważyć co jest towarem na tym rynku, tj. czy jest to produkt oferowany finalnym klientom, czy akwizytorom, a także, jaki produkt jest dla akwizytorów substytucyjny. Sąd ten wskazał na potrzebę oceny rynku także od strony podażowej, wyrażając wątpliwość co do możliwości

ograniczenia rynku po stronie podażyowej do jednego operatora, w sytuacji, gdy towar powinien być określony w sposób abstrakcyjny poprzez wskazanie jego cech rodzajowych.

Skierowanym do Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów pismem z dnia 20 czerwca 2011 r. C. Polska spółka z o.o. podtrzymała wniosek o wszczęcie postępowania antymonopolowego oraz wskazała ramy czasowe, w jakich poszczególne praktyki miały być stosowane przez spółkę P.T.. W dniu 20 grudnia 2011 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał zaskarżoną decyzję.

Na tle takich ustaleń faktycznych Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stwierdził, że ocena prawidłowości zaskarżonej decyzji zależy od oceny trafności dokonanych w tej decyzji ustaleń w zakresie rynku właściwego, na którym miały ujawniać się zarzucane przez powoda działania spółki P.T., mające stanowić praktyki ograniczające konkurencję polegające na nadużywaniu pozycji dominującej, a także od oceny pozycji PT na tak ustalonym rynku. Sąd pierwszej instancji wskazał, że zgodnie z przepisem art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. rynkiem właściwym (relewantnym) jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Wyjaśnił, że pojęcie rynku właściwego obejmuje: rynek właściwy produktowo i rynek właściwy terytorialnie. Rynek właściwy produktowo obejmuje wszystkie towary jednego rodzaju, które poprzez szczególne właściwości, przede wszystkim ze względu na przeznaczenie, funkcje użytkowe i cenę, odróżniają się od innych towarów w taki sposób, że nie istnieje możliwość dowolnej ich zamiany. Natomiast rynek właściwy terytorialnie stanowi obszar zbytu, na którym panują homogeniczne, tożsame lub podobne warunki konkurencji na ustalonym rynku produktowym.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji, skoro powód kwestionuje działania spółki P.T., mające polegać na nadużywaniu pozycji dominującej i przejawiające się w postępowaniu wobec C. Polska spółki z o.o. w ramach łączących strony umów

agencji-dystrybucyjnej i agencji, których przedmiotem było powierzenie agentowi akwizycji oraz zawierania umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w imieniu i na rachunek PT, rynkiem produktowym w niniejszej sprawie jest rynek świadczenia usług dystrybucji towarów oferowanych przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych. Natomiast wskazana przez powoda jako produkt usługa akwizycji oraz zawierania umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych w systemie telefonii komórkowej w imieniu i na rachunek operatora, została określona zbyt wąsko. Według Sądu Okręgowego, stronę podaźową na tak określonym rynku właściwym tworzą przedsiębiorcy oferujący usługi pośrednictwa operatorom telefonii komórkowej, występującym po stronie popytowej rynku, przy czym operatorzy mogą należeć także do strony podaźowej rynku, gdy samodzielnie lub przez pośredników zajmują się dystrybucją swoich produktów.

Od strony popytowej rynek właściwy tworzą wszyscy operatorzy telefonii ruchomej, ponieważ z uwagi na jednorodność usługi dystrybucji, usługa ta świadczona przez jednego agenta jest substytucyjna wobec usługi dystrybucji, jaką może zaoferować inny agent. Substytucyjność występuje również od strony podaźowej, albowiem nie ma przeszkód, aby agent świadczył usługi dla innego operatora. Jest to ujęcie abstrakcyjne, a zatem dla oceny substytucyjności nie mają znaczenia postanowienia konkretnych umów obejmujące zakaz prowadzenia działalności konkurencyjnej w czasie trwania umowy i w pewien czas po jej zakończeniu. Podejmując się świadczenia usług dystrybucyjnych na rzecz innego operatora agent mógł być zobowiązany do poniesienia kosztów związanych z naruszeniem powyższego zakazu, lecz zakaz ten nie uniemożliwiał mu podjęcia takiej działalności. Zdaniem Sądu pierwszej instancji, przyjęcie braku substytucyjności tych usług skutkowałoby ograniczeniem rynku właściwego do towaru jednego przedsiębiorcy, co prowadziłoby do tworzenia sztucznych, nieistniejących rynków, nieuwzględniających walki konkurencyjnej między przedsiębiorcami oferującymi dobra substytucyjne.

W ocenie Sądu Okręgowego pozycja operatorów na rynku właściwym, tj. rynku świadczenia usług dystrybucji towarów oferowanych przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych, jest pochodną ich siły rynkowej na

rynku podstawowym, tj. rynku świadczenia usług telekomunikacyjnych przez operatorów publicznych telefonicznych sieci ruchomych. Agent jest bowiem zainteresowany świadczeniem usług na rzecz danego operatora z uwagi na jego pozycję na rynku podstawowym, a więc jego udział w rynku, branżę, markę, które przekładają się na możliwości rozwoju i profity ekonomiczne wynikające ze współpracy. Dlatego Sąd pierwszej instancji uznał za niezbędne ustalenie pozycji rynkowej poszczególnych operatorów na rynku podstawowym, w okresie, w którym miały występować niedozwolone zachowania PT.

Sąd Okręgowy wskazał, że w latach 1996-2001 na tym rynku działali trzej operatorzy telefonii komórkowej: PT, P. i PC. Ich udziały w rynku podstawowym wahały się, jednak żaden z operatorów nie uzyskał takiego udziału, który pozwalałby mu na zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku i działanie w znacznej mierze niezależnie od konkurentów. W tym okresie na nowo rozwijającym się rynku telefonii komórkowej trwała dynamiczna walka konkurencyjna, co było związane z ciągłymi próbami ekspansji wszystkich operatorów. W tej sytuacji żaden z nich nie mógł uzyskać przewagi, ani pozycji dominującej, o której mowa w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów 2000 r., definiowanej jako pozycja przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów.

Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że wprowadzie przemijająco spółka P.T. posiadała udział w rynku podstawowym na poziomie zbliżonym lub przekraczającym 40%, jednak jej konkurenci w tym czasie posiadali udziały porównywalne, albo mniejsze, lecz znaczące. W tej sytuacji przewaga któregośkolwiek z operatorów była nieznaczna i nie pozwalała mu na działanie w warunkach dominacji. W szczególności czasowa niewielka przewaga spółki P.T. nie pozwalała jej na działanie niezależne od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Sąd Okręgowy stwierdził, że istnienie domniemania posiadania pozycji dominującej w sytuacji osiągnięcia ponad 40% udziału w rynku, nie oznacza, że uzyskanie takiego udziału przesądza o posiadaniu przez podmiot pozycji dominującej. Domniemanie to bowiem może zostać obalone na zasadach określonych w art. 234 k.p.c., co miało miejsce w niniejszej sprawie. Do ustalenia

pozycji dominującej nie wystarczy stwierdzenie, że przedsiębiorca posiada wysoki udział w rynku, ponieważ jego dominacja musi mieć stały i stabilny charakter przez dostatecznie długi czas. W zasadzie nie jest możliwe osiągnięcie tej pozycji przez podmiot wchodzący na rynek.

Zdaniem Sądu Okręgowego, jeżeli traktować operatorów telefonii komórkowej: PT, P. i PC jako klasyczny oligopol, przy którym na rynku funkcjonuje kilku przedsiębiorców posiadających zbliżone co do wielkości udziały, to należy uznać, że żaden z nich nie posiada pozycji dominującej, albowiem dominacja przedsiębiorcy na rynku jest konsekwencją znaczącej asymetrii pomiędzy nim a konkurentami. W ocenie Sądu pierwszej instancji, nie można przypisać spółce P.T. pozycji dominującej także na rynku właściwym, na którym pozycja operatorów jest pochodną ich pozycji na rynku podstawowym. W tej sytuacji nietrafny jest stawiany przez C. Polka spółkę z o.o. zarzut nadużywania przez spółkę P.T. pozycji dominującej na rynku właściwym, co uzasadniało umorzenie postępowania antymonopolowego jako bezprzedmiotowego.

Uzupełniając Sąd pierwszej instancji wyjaśnił, że nie rozpoznał wniosku powoda o wszczęcie postępowania antymonopolowego w zakresie innych praktyk naruszających konkurencję (m.in. zawarcia przez PT i pozostałych operatorów porozumienia ograniczającego konkurencję), albowiem przepis art. 84 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. określa wymagania wniosku o wszczęcie postępowania co do jego formy i treści, obejmując wymóg uzasadnienia wniosku wraz z podaniem podstawy prawnej. Dlatego powód składając wniosek określił ramy prowadzonego postępowania antymonopolowego, a Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozstrzygał sprawę w tych granicach. Wniosek ten nie został następnie skutecznie zmodyfikowany.

Wyrokiem z dnia 26 listopada 2015 r. (sygn. akt VI ACa ../14) Sąd Apelacyjny w W. oddalił apelację powoda od wyroku Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 29 maja 2014 r.

Zdaniem Sądu odwoławczego, Sąd pierwszej instancji prawidłowo zdefiniował rynek właściwy, nie naruszając przepisu art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. Przy tym, powód w apelacji nie kwestionował oceny, że rynkiem właściwym w niniejszej sprawie jest rynek dystrybucji usług

oferowanych przez operatorów publicznych telefonicznych sieci ruchomych, jednak wadliwie zawężił ten rynek do relacji między operatorem spółką P.T. a jego agentami. Taka definicja rynku właściwego nie spełniałaby bowiem wymogu abstrakcyjnego ujęcia produktu oraz pomijałaby substytucyjność usług dystrybucji.

Sąd drugiej instancji wyjaśnił, że rynek właściwy wyznaczany jest przede wszystkim w oparciu o kryterium zastępowalności towarów lub usług, które mają służyć zaspokojeniu tych samych potrzeb nabywców. Usługi dystrybucji oferowane operatorom przez różnych agentów służyły zaspokojeniu tych samych potrzeb, zaś użyte przez Sąd Okręgowy pojęcie „jednorodności” usługi dystrybucji stanowiło przejaw konkretyzacji kryterium „właściwości” produktu i wyraz oceny substytucyjności, przejawiającej się w tym, że usługi oferowane operatorom przez przedsiębiorców działających na rynku dystrybucji usług świadczonych odbiorcom końcowym przez tych operatorów, mają bardzo zbliżone właściwości oraz gwarantują ten sam efekt, tj. dotarcie usługi do podmiotów zainteresowanych nabyciem towarów oferowanych przez operatorów. Sąd Okręgowy stwierdził, że potrzeba badania elastyczności krzyżowej występuje wówczas, gdy przedmiotem oceny są dwa różne dobra, których zastępowalność jest wątpliwa. Tymczasem rozważana w niniejszej sprawie usługa dystrybucji ma jednolity charakter, albowiem produktem jest usługa dystrybucji usług oferowanych przez operatorów ruchomych publicznych sieci telefonicznych.

Sąd odwoławczy jako niezasadny ocenił zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 386 § 6 k.p.c., albowiem poprzedni wyrok Sądu Apelacyjnego w W. nie uchylał zaskarżonego orzeczenia i nie przekazywał sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi pierwszej instancji. Wyrokiem z dnia 16 stycznia 2009 r. Sąd Apelacyjny w W. oddalił wszystkie apelacje wniesione od wyroku Sądu Okręgowego w W. - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 6 lutego 2008 r., uchylającego decyzję organu antymonopolowego z dnia 24 czerwca 2005 r. Zdaniem Sądu drugiej instancji, uwagi co do dalszego postępowania zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 16 stycznia 2009 r. dotyczyły ewentualnego dalszego postępowania administracyjnego, a nie postępowania sądowego. Ponadto nie wynikał z nich pogląd o wadliwości wiązania pozycji przedsiębiorców na rynku właściwym z ich pozycją na rynku

podstawowym, a jedynie stwierdzenie, że nie zawsze występuje identyczność pozycji przedsiębiorców na obu tych rynkach. W uzasadnieniu powołanego wyroku zawarte zostały także zalecenia co do ponownego zdefiniowania rynku właściwego od strony produktowej i podażowej. Jednakże wobec odmiennego zdefiniowania rynku właściwego przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w zaskarżonej decyzji, powołane zalecenia nie mogły mieć istotnego znaczenia dla oceny prawidłowości zaskarżonego wyroku.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, w przedmiotowej sprawie należy przyjąć, że pozycja przedsiębiorcy telekomunikacyjnego (operatora) na rynku właściwym, tj. krajowym rynku dystrybucji usług oferowanych przez operatorów publicznych telefonicznych sieci ruchomych, jest pochodną jego pozycji na rynku podstawowym, tj. krajowym rynku usług telekomunikacyjnych świadczonych w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych. Niewątpliwie bowiem przychód operatora telekomunikacyjnego, świadczącego usługi w ruchomych publicznych sieciach telefonicznych, ze sprzedaży takich usług na rynku podstawowym określa siłę rynkową danego operatora i jest pochodną rozmiaru tej sprzedaży. Sprzedaż obejmuje sprzedaż dokonaną przez samych operatorów oraz przez ich agentów, a więc sprzedaż dokonana za pośrednictwem agentów jest częścią ogólnej sprzedaży usług danego operatora. Udział operatora w rynku podstawowym, wyznaczony przychodem ze sprzedaży, jest więc ułamkiem ogólnego przychodu operatora, czyli stanowi tylko część jego udziału w rynku podstawowym.

Sąd odwoławczy podkreślił, że dystrybucja przez agentów usług świadczonych przez operatorów, a tym samym ogólna podaż usług dystrybucji, nie może być większa od popytu na te usługi ze strony operatorów, wyznaczonego podażą usług świadczonych przez operatorów. Jest tak, ponieważ agenci mogą sprzedać tylko to, co oferuje operator, a w zasadzie tylko część jego oferty, gdyż pozostała sprzedaż jest dokonywana przez samego operatora. Gdyby przyjąć założenie, że usługi oferowane przez operatorów są dystrybuowane wyłącznie przez agentów, a ponadto wszyscy operatorzy stosują klauzule zakazujące konkurencji, udziały poszczególnych operatorów w rynku podstawowym (po stronie podażowej) odpowiadałyby ich udziałom w rynku właściwym (po stronie popytowej). Natomiast w sytuacji, gdy nie wszystkie umowy z operatorami o świadczenie usług

telekomunikacyjnych zawierane są przez agentów, przychody osiągane przez operatorów ze sprzedaży dokonanej przez agentów muszą być niższe od ich łącznych przychodów ze sprzedaży, określających ich udziały w rynku podstawowym. W konsekwencji udziały operatorów w rynku właściwym muszą być mniejsze od ich udziałów w rynku podstawowym. Zatem przy braku danych pozwalających na dokonanie precyzyjnych ustaleń, czy procentowy udział spółki P.T. w rynku właściwym przekraczał w sposób trwały 40%, można ustalenia te poczynić w oparciu o wnioskowanie na podstawie danych, według których PT nie uzyskała takiego udziału w rynku podstawowym.

Sąd Apelacyjny ocenił jako niezasadny zarzut powoda dotyczący błędnego rozumienia pojęcia pozycji dominującej, prowadzącego do naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 w związku z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. Zdaniem Sądu odwoławczego sformułowania odwołujące się do dominacji jednego podmiotu nad przeciwnikami rynkowymi oraz konieczności zaistnienia asymetrii między podmiotem posiadającym pozycję dominującą a jego konkurentami, należą do terminologii powszechnie stosowanej w doktrynie prawa ochrony konkurencji. Ponadto zgodnie z ustawową definicją pozycji dominującej, na danym rynku właściwym może ją posiadać tylko jeden przedsiębiorca, nie jest natomiast możliwe, aby posiadało ją niezależnie od siebie kilku przedsiębiorców, gdyż wówczas każdy z nich nie mógłby dysponować siłą rynkową pozwalającą zapobiegać skutecznej konkurencji. Sąd odwoławczy podkreślił, że przedmiotem niniejszego postępowania nie była kolektywna pozycja dominująca, albowiem powód formułując zarzuty mające świadczyć o dopuszczaniu się przez spółkę P.T. praktyk ograniczających konkurencję, wskazywał wyłącznie na działania PT, nie przytaczając przejawów niedozwolonych praktyk po stronie innych operatorów.

Zdaniem Sądu drugiej instancji nie było również podstaw do dokonania oceny materiału dowodowego w świetle postanowień art. 5 ust. 1 w związku z art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. Postępowanie w niniejszej sprawie zostało bowiem skierowane wyłącznie przeciwko spółce P.T., skoro we wniosku będącym podstawą wszczęcia postępowania antymonopolowego powód wskazywał na dopuszczenie się praktyk naruszających konkurencję wyłącznie przez ten podmiot, nie powołując się na zawarcie przez operatorów zakazanych

porozumień. Kognicja Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów obejmuje przedmiot zaskarżonej decyzji, zaś jej przedmiotem nie było zawarcie przez operatorów antykonkurencyjnego porozumienia, lecz nadużycie pozycji dominującej przez jednego z nich.

Według Sądu Apelacyjnego nietrafny był także zarzut dokonania przez Sąd Okręgowy błędnych ustaleń faktycznych, albowiem kwestia występowania określonych przejawów praktyk ograniczających konkurencję byłaby istotna w wypadku ustalenia, że spółka P.T. posiadała pozycję dominującą na rynku właściwym. Natomiast stwierdzenie braku takiej pozycji czyni bezprzedmiotowym badanie, czy zachowanie PT można było uznać za praktyki ograniczające konkurencję. Ponadto Sąd drugiej instancji uznał za słuszną ocenę wyrażoną przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w decyzji z dnia 24 czerwca 2005 r., że sposób sformułowania zarzutów we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego wskazuje na to, iż w istocie powód występuje w niniejszej sprawie jako podmiot pokrzywdzony działaniem spółki P.T., chcąc uzyskać ochronę swojego indywidualnego interesu, a nie konkurencji jako zjawiska na rynku.

Od wyroku Sądu Apelacyjnego w W. skargę kasacyjną wniósł powód, zaskarżając go w całości. Skarżący domagał się uchylenia zaskarżonego wyroku oraz poprzedzającego go wyroku Sądu Okręgowego w W. i przekazania sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

W ramach pierwszej z podstaw kasacyjnych powód zarzucił naruszenie:

1) art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie założenia, że na pozycję dominującą składają się niedozwolone praktyki, a niedozwolone praktyki kilku działających łącznie przedsiębiorców składają się na zajmowanie przez nich wszystkich kolektywnej pozycji dominującej, podczas gdy ustawowa definicja pozycji dominującej w ogóle nie nawiązuje do niedozwolonych praktyk;

2) art. 4 pkt 9 w związku z art. 8 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że na danym rynku właściwym tylko jeden przedsiębiorca może posiadać pozycję dominującą, podczas gdy z brzmienia art. 8 ust. 1 ustawy wynika, iż może ją mieć więcej niż jeden przedsiębiorca; zdaniem skarżącego trafność tego zarzutu potwierdza istnienie

domniemania prawnego, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%, co pozwala na posiadanie pozycji dominującej przez dwa podmioty;

3) art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. w związku z art. 7, art. 87 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji RP poprzez błędną wykładnię i aprobowanie przez Sąd Apelacyjny używania przez Sąd Okręgowy pojęć zaczerpniętych z literatury przedmiotu (tj. dominacja nad przeciwnikami lub konkurentami, asymetria) zamiast pojęć ustawowych (tj. pozycja dominująca); ponadto sądy obu instancji zbadały tylko udział zainteresowanego na rynku podstawowym, a jego udział w rynku właściwym oszacowały „z grubsza”;

4) art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że użyte przez Sąd Okręgowy pojęcie jednorodności usługi dystrybucji stanowiło przejaw konkretyzacji kryterium właściwości produktu i wyraz oceny substytucyjności, co doprowadził do wyznaczenia jednego tylko rynku właściwego, zbyt szerokiego, do którego zaliczone zostało świadczenie przez agentów usług operatorom, jak też sprzedaż przez operatorów na rzecz agentów telefonów i akcesoriów.

Natomiast w ramach drugiej podstawy kasacyjnej powód zarzucił naruszenie:

5) art. 386 § 6 k.p.c. poprzez przyjęcie, że uwagi co do dalszego postępowania zawarte w uzasadnieniu wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 16 stycznia 2009 r. odnosiły się do ewentualnego dalszego postępowania administracyjnego, a nie postępowania przed sądem;

6) art. 386 § 6 k.p.c. poprzez przyjęcie, że kwestia występowania określonych przejawów praktyk naruszających konkurencję stałaby się istotna dopiero po ustaleniu, że spółka P.T. posiadała na rynku właściwym pozycję dominującą, podczas gdy w uzasadnieniu wyroku z dnia 16 stycznia 2009 r. Sąd Apelacyjny w W. wskazywał na konieczność precyzyjnego określenia rynku właściwego, aby następnie zbadać pozycję i zachowania przedsiębiorców na tym rynku;

7) art. 378 § 1 k.p.c. poprzez nierozpoznanie całości stanowiska powoda i pominięcie części podniesionych przez niego zarzutów;

8) art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. poprzez niewyjaśnienie, na podstawie jakich przepisów prawa sądy mogą „odejść” od ustawowych definicji na rzecz terminologii stosowanej w doktrynie.

Wnosząc o przyjęcie skargi kasacyjnej do rozpoznania, powód sformułował dwa istotne zagadnienia prawne:

1) czy w sprawach z odwołań od orzeczeń administracyjnych, które zostały powierzone sądom powszechnym do dwuinstancyjnego toku postępowania sądowego, dokonane przez sąd odwoławczy - w związku z uchyleniem orzeczenia organu - oceny prawne i wskazania co do dalszego postępowania, zgodnie z art. 386 § 6 k.p.c.: a) wiążą zarówno organ jak i sądy obu instancji; b) wiążą organ; c) wiążą sąd I instancji, d) wiążą sąd II instancji, oraz

2) czy postanowienia umowne (na rynku jednostronnie zamkniętym limitowaną liczbą koncesji państwowych) obejmujące zakaz działalności konkurencyjnej na danym rynku w czasie trwania umowy, jak i przez dłuższy czas po jej wygaśnięciu, których zaakceptowanie - wobec wymagań wszystkich dostawców (lub odpowiednio wszystkich odbiorców) towaru (towarów) występujących na danym rynku - jest warunkiem zawarcia jakiejkolwiek umowy na tym rynku, stanowią bariery dostępu do rynku w rozumieniu art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r., a aktualnie art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2007 r.

Pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wnosił o oddalenie skargi kasacyjnej powoda oraz zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania kasacyjnego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna powoda nie zasługuje na uwzględnienie.

Przed wszystkim wskazać należy, że drugie ze sformułowanych przez powoda istotnych zagadnień prawnych nie mogło być podstawą przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania. W judykaturze wyjaśniono, że istotne zagadnienie prawne, jeżeli miałoby stanowić podstawę przyjęcia skargi kasacyjnej do rozpoznania, powinno występować w rozpoznawanej sprawie, kwestii prawnej nie

można bowiem rozpatrywać w oderwaniu od wyjaśnionego w sprawie stanu faktycznego (por. postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2008 r., sygn. akt I UK 339/07, LEX nr 453109 i z dnia 14 czerwca 2016 r., sygn. akt II PK 247/15, LEX nr 2147281). Tymczasem w sytuacji, gdy praktyka polegająca na zawieraniu przez zainteresowanego umów agencyjnych przewidujących klauzulę o zakazie działalności konkurencyjnej nie była objęta zaskarżonym punktem II decyzji Prezesa Urzędu, przedstawione przez powoda zagadnienie prawne nie może być traktowane jako istotne zagadnienie prawne, o jakim mowa w art. 398<sup>9</sup> § 1 k.p.c., z uwagi na brak związku z przedmiotem sprawy. Nie podlega więc ono wyjaśnieniu w toku postępowania kasacyjnego.

Natomiast pierwsze istotne zagadnienie prawne wymaga wyjaśnienia. Wskazać należy, że art. 386 § 6 k.p.c. dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy sąd drugiej instancji uchylił zaskarżony wyrok w całości lub w części i przekazuje sprawę sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Tymczasem taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie miała miejsca. Toczyły się bowiem dwa odrębne postępowania sądowe, dotyczące dwóch zaskarżonych decyzji Prezesa Urzędu z dnia 24 czerwca 2005 r. i z dnia 20 grudnia 2011 r. W wyniku pierwszego z tych postępowań została prawomocnie uchylona decyzja z dnia 24 czerwca 2005 r. Gdyby została ona wydana w wyniku postępowania wszczętego z urzędu, decyzja o ponownym wszczęciu postępowania administracyjnego należałaby do organu. Jednakże ponieważ postępowanie zostało wszczęte na wniosek, a powód nie cofnął wniosku, organ zobligowany był do kontynuacji postępowania administracyjnego, w wyniku którego wydał kolejną decyzję z dnia 20 grudnia 2011 r. Zaskarżenie tej decyzji do sądu zainicjowało nowe postępowanie sądowe, w którym sądy obu instancji nie były związane ocenami prawnymi i wskazaniem wynikającymi z uzasadnienia wyroku Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 6 marca 2007 r., który zapadł w innej sprawie sądowej.

Sprawa sądowa w postępowaniu antymonopolowym jest bowiem definiowana jako spór między przedsiębiorcą a Prezesem Urzędu dotyczący prawidłowości konkretnej decyzji administracyjnej, w tym wypadku umarzającej postępowanie antymonopolowe, a więc sprowadzającej się do odmowy ingerencji przez organ administracji w sferę działalności rynkowej zainteresowanego, któremu

powód zarzuca nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym. Pomimo, że - inaczej niż w sprawach podlegających kontroli przez sądy administracyjne - kognicja sądów powszechnych obejmuje nie tylko kontrolę legalności decyzji, lecz także ocenę ich merytorycznej prawidłowości, to jednak sądy powszechne nie są uprawnione do zastępowania organów administracji i rozstrzygania spraw w ich zastępstwie. Droga sądowa otwiera się z chwilą zaskarżenia przez stronę odwołaniem decyzji wydanej przez organ administracji, przy czym chodzi tu o skonkretyzowaną decyzję. Nawet, gdyby decyzja ta została wydana w wyniku kontynuacji przez organ dotychczasowego postępowania administracyjnego, w którym wydawane były uprzednio inne decyzje, następnie wyeliminowane z obrotu prawnego, to postępowanie sądowe nie będzie stanowiło kontynuacji poprzednich postępowań sądowych, dotyczących poprzednich decyzji.

Nie ma racji powód twierdząc w skardze, że odwołanie się do innych metod wykładni niż językowa pozwala na takie rozumienie art. 386 § 6 k.p.c., z którego wynikałoby związanie sądu pierwszej instancji wyrokiem sądu drugiej instancji przy każdym ponownym rozpoznaniu sprawy. Takie związanie ma miejsce jedynie w toku danego postępowania sądowego, a nie w innych postępowaniach sądowych, nawet wówczas, gdy dotyczą one różnych decyzji wydawanych w toku tego samego postępowania administracyjnego. W powołanego przepisu nie można również wywodzić związania organu administracji wskazaniemi i ocenami prawnymi sądu, który uchylił decyzję administracyjną. Jak trafnie wskazał powód w skardze, w Kodeksie postępowania cywilnego nie ma przepisu stanowiącego odpowiednik art. 153 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (jednolity tekst: Dz.U. z 2016 r., poz. 718 ze zm.), lecz brak ten nie jest możliwy do uzupełnienia w drodze wykładni. Zauważyć należy, że z uwagi na specyfikę kontroli dokonywanej przez sądy administracyjne, które mają kompetencje głównie kasatoryjne, związanie organów administracji ich wskazaniemi jest niezbędne. Natomiast sądy powszechne zostały wyposażone w kompetencje do wydawania rozstrzygnięć reformatoryjnych rozstrzygających sprawy co do *meritum*, zaś uchylenie zaskarżonych decyzji ma miejsce jedynie w wyjątkowych sytuacjach, przy czym nie zawsze jego skutkiem jest kontynuacja

postępowania administracyjnego. Dlatego stosowanie do obu tych sytuacji prostej analogii jest nieuprawnione.

W związku z tym nietrafne są sformułowane w skardze kasacyjnej zarzuty naruszenia art. 386 § 6 k.p.c. Brak jest podstaw do uwzględnienia także pozostałych, podniesionych w ramach drugiej podstawy kasacyjnej, zarzutów naruszenia prawa procesowego, tj. art. 378 § 1 k.p.c. i art. 328 § 2 w związku z art. 391 § 1 k.p.c. Wskazać bowiem należy, że w obszernym uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd Apelacyjny odniósł się w sposób wyczerpujący do wszystkich istotnych zarzutów podniesionych przez powoda w apelacji. Przy tym, w orzecznictwie trafnie wyjaśniono, że zarzut naruszenia art. 328 § 2 k.p.c. może być uznany za skuteczny tylko wówczas, gdy uzasadnienie zostało sporządzone w sposób uniemożliwiający kontrolę kasacyjną (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2017 r., sygn. akt I CSK 745/15, LEX nr 2240406). W niniejszej sprawie taka sytuacja nie miała miejsca, zaś uzasadnienie zarzutu kasacyjnego świadczy jedynie o podjęciu przez powoda polemiki z ocenami prawnymi Sądu Apelacyjnego zawartymi w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku.

Niezasadne są również pozostałe zarzuty sformułowane w ramach pierwszej z podstaw kasacyjnych, albowiem Sąd Apelacyjny prawidłowo ustalił rynek właściwy oraz brak pozycji dominującej zainteresowanego na tym rynku.

W art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. zdefiniowane zostało pojęcie rynku właściwego. Rynek właściwy jest instytucją materialnego prawa ochrony konkurencji, zaś prawna kwalifikacja rynku jako rynku właściwego opiera się na zastosowaniu powołanego przepisu do poczynionych w sprawie ustaleń faktycznych. Kwestionując prawidłowość wyznaczenia rynku właściwego przez Prezesa Urzędu, przedsiębiorca może wnosić o przeprowadzenie dowodów na okoliczność innych granic rynku właściwego, bądź kontestować jedynie prawidłowość zastosowania definicji rynku właściwego w stanie faktycznym sprawy (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 listopada 2015 r., sygn. akt III SK 7/15, LEX nr 2008748). W niniejszej sprawie powód ograniczył się do sformułowania zarzutu naruszenia prawa materialnego. Jest on jednak nietrafny, albowiem prawidłowo przyjął Sąd Apelacyjny, że od strony popytowej rynek właściwy tworzą wszyscy operatorzy telefonii ruchomej, gdyż z

uwagi na jednorodność usługi dystrybucji, usługa ta świadczona przez jednego agenta jest substytucyjna wobec usługi dystrybucji, jaką może zaoferować inny agent. Stronę podażową tego rynku tworzą natomiast wszyscy agenci oferujący swoje usługi operatorom. Ponadto prawidłowo ustalił Sąd odwoławczy, że skoro sprzedaż aparatów telefonicznych nie odbywała się swobodnie, lecz była związana z wykonywaniem przez agenta usługi dystrybucji (tj. miała charakter akcesoryjny), nie istniał osobny rynek sprzedaży telefonów.

Treść art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. daje podstawę do wyróżnienia dwóch przesłanek, których łączne spełnienie przez przedsiębiorcę pozwala uznać, że posiada on pozycję dominującą. Są to: po pierwsze - posiadanie przez przedsiębiorcę możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym i po drugie - zdolność przedsiębiorcy do działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Przy tym, autonomiczne działania przedsiębiorcy powinny zarazem stwarzać mu możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na rynku właściwym, gdyż sama zdolność przedsiębiorcy do niezależnego działania (np. przewaga kontraktowa, finansowa lub ekonomiczna), która nie umożliwia mu wpływu na stan konkurencji, nie jest wystarczająca do przyjęcia, że przedsiębiorca ten posiada pozycję dominującą. Zaś warunkiem uruchomienia wobec indywidualnego przedsiębiorcy instrumentów przewidzianych w ustawie antymonopolowej jest uprzednie wykazanie, że posiada on na rynku właściwym pozycję dominującą. Okoliczność, że przedsiębiorca nie dysponuje pozycją dominującą na rynku właściwym, wyklucza możliwość stosowania do niego zakazów i ograniczeń wynikających z art. 8 ustawy. Jeżeli przedsiębiorca, który posiada ponad 40% udział w rynku, wykaże, że choćby jedna z powyższych przesłanek nie została spełniona, domniemanie z art. 4 pkt 9 ustawy zostaje obalone.

W przedmiotowej sprawie warunek posiadania pozycji dominującej w odniesieniu do zainteresowanego nie został spełniony, co wiązało się z dokonaną przez Sąd Apelacyjny analizą rynków podstawowego i właściwego, a także obaleniem domniemania wynikającego z okresowego posiadania przez zainteresowanego 40% udziału w rynku podstawowym. Brak pozycji dominującej zainteresowanego na rynku podstawowym skutkowało niemożliwością jej

przeniesienia na rynek właściwy (tzw. transferu nadużycia pozycji dominującej). Stąd miał rację Sąd Apelacyjny uznając za niecelowe precyzyjne badanie wielkości udziału zainteresowanego w rynku właściwym.

W piśmiennictwie trafnie wyjaśniono, że ustawodawca w definicji pozycji dominującej, zawartej w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r., nie wyodrębnił kategorii tzw. kolektywnej pozycji dominującej, lecz jej istnienie wynika z treści art. 8 ust. 1 ustawy. Przepis ten zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Celem koncepcji kolektywnej pozycji jest ochrona konkurencji na rynku przez wykluczenie możliwości wspólnego (skoordynowanego) działania przez dwu lub więcej przedsiębiorców o sile rynkowej znacznej, lecz nieuzasadniającej stwierdzenia posiadania przez nich indywidualnej pozycji dominującej. W judykaturze wyjaśniono, że dla stwierdzenia kolektywnej pozycji dominującej kilku przedsiębiorców konieczne jest spełnienie łącznie warunków: po pierwsze - istnienia formalnej niezależności (prawnej samodzielności) między przedsiębiorcami i po drugie - istnienia między nimi więzi ekonomicznych, względnie innych czynników współzależności gospodarczej, pozwalających im działać wspólnie i niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów (por. sprawy połączone C-395/96 P i C-396/96, *Compagnie Maritime Belge de Transports*, Zb. Orz. 2000, s. I-1365 oraz sprawa 393/92, *Gemeente Almelo* i inni przeciwko *Energiebedrijf IJsselmij NV*, Zb. Orz. 1994, s. I-1477).

W niniejszej sprawie istnienie kolektywnej pozycji dominującej na rynku właściwym nie było przedmiotem oceny organu antymonopolowego w zaskarżonej decyzji, albowiem prowadząc postępowanie na wniosek powoda, Prezes Urzędu był ograniczony treścią złożonego wniosku. Podkreślenia wymaga fakt, że we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego powód nie wskazywał na jakiegokolwiek zachowania innych operatorów telefonii komórkowej, które mogłyby świadczyć o istnieniu kolektywnej pozycji dominującej na rynku właściwym. W konsekwencji istnienie kolektywnej pozycji dominującej nie mogło być przedmiotem oceny sądów obu instancji, których przedmiot postępowania jest wyznaczony treścią zaskarżonej decyzji i wniesionego od niej odwołania.

Niesłuszny jest także podniesiony przez skarżącego zarzut naruszenia art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. w związku z art. 7, art. 87 ust. 1 i art. 178 ust. 1 Konstytucji RP poprzez aprobowanie przez Sąd Apelacyjny używania przez Sąd Okręgowy pojęć zaczerpniętych z literatury przedmiotu (tj. dominacja nad przeciwnikami lub konkurentami, asymetria) zamiast pojęć ustawowych (tj. pozycja dominująca). Sądy obu instancji analizowały bowiem okoliczności niniejszej sprawy odnosząc się do treści przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Jednakże zarazem dostrzec należy, że specyfika dziedziny prawa antymonopolowego powoduje, iż niektóre jego instytucje zostały ukształtowane w judykaturze, w szczególności w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

Jednakże przede wszystkim trafny jest pogląd Sądu Apelacyjnego, że sposób sformułowania przez powoda zarzutów we wniosku o wszczęcie postępowania antymonopolowego wskazuje na to, iż występuje on jako podmiot pokrzywdzony działaniem zainteresowanego, chcąc uzyskać ochronę swojego indywidualnego interesu, a nie konkurencji jako zjawiska na rynku. Oznacza to, że przedmiotowa sprawa nie ma charakteru sprawy antymonopolowej, o której mowa w art. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r., co uzasadniało umorzenie postępowania antymonopolowego.

W niniejszej sprawie zarzucane zachowania zainteresowanego dotyczyły m.in.: prowadzenia przez operatora działalności konkurencyjnej wobec agenta, sterowania podażą aparatów telefonicznych prowadzącego do ograniczenia oferty agenta, narzucania agentowi niekorzystnych warunków umowy, a także niekorzystnych zasad promocji. Powód nie był konkurentem zainteresowanego, ani konsumentem, natomiast był kontrahentem zainteresowanego, który na podstawie łączących strony umów agencyjno-dystrybucyjnej i agencyjnej podejmował działania w jego imieniu i na jego rachunek. Przedmiotem umów było powierzenie powodowi akwizycji oraz zawierania w imieniu i na rzecz zainteresowanego umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych, przyjmowanie w jego imieniu opłaty aktywacyjnej i kaucji, a także zobowiązanie do nabywania produktów (telefony, akcesoria) celem ich odsprzedaży we własnym imieniu i na własny rachunek. Ponadto strony przewidziały zakaz prowadzenia przez powoda działalności

konkurencyjnej wobec działalności zainteresowanego, w czasie trwania umowy i w pewien czas po jej zakończeniu.

Podstawowym celem ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. (podobnie jak obecnie obowiązującej ustawy z 2007 r.) była ochrona konkurencji jako mechanizmu służącego podnoszeniu efektywności działania przedsiębiorców. Z treści art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 2000 r. wynika, że jej celem była także ochrona konsumentów oraz innych przedsiębiorców przed eksploatacją ze strony silniejszych uczestników rynku. Ustawa ta służyła ochronie interesu publicznego i jej unormowania nie miały na celu ochrony prywatnych interesów pojedynczych jednostek obrotu gospodarczego (tj. poszczególnych przedsiębiorców lub konsumentów).

Wśród podstawowych korzyści wynikających z istnienia konkurencji, w orzecznictwie wymienia się przede wszystkim wzrost produkcji i sprzedaży, obniżenie kosztów i tym samym cen, postęp techniczny, poprawę jakości produktów, zwiększenie efektywności gospodarowania. Z tej przyczyny konkurencja stanowi jeden z fundamentów gospodarki wolnorynkowej. Mechanizm konkurencji prowadzi do podniesienia efektywności działania, wymuszając na przedsiębiorcach podejmowanie działań racjonalizujących zasady prowadzenia działalności gospodarczej. Celem stosowania ustawy nie jest więc sama ochrona konkurencji, lecz uzyskanie powołanych korzyści, jakie wynikają z utrzymania konkurencji i rozwoju na rynku (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2008 r., sygn. akt III SK 40/07, OSNP 2009 nr 19-20, poz. 272).

Ochrona konkurencji i stwarzanie warunków jej rozwoju podejmowane są w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Oznacza to, że ustawa znajduje zastosowanie tylko wówczas, gdy zostaje zagrożony lub naruszony interes publiczny, polegający na zapewnieniu właściwych warunków funkcjonowania rynku. Interes publiczny dotyczy ogółu, a nie jednostki lub określonej grupy podmiotów. Do jego naruszenia dochodzi zatem, gdy skutki określonych działań mają charakter powszechny, dotykając wszystkich potencjalnych podmiotów na danym rynku, a nie jedynie ściśle określonej ich grupy. Interes publiczny jest naruszony wówczas, gdy zakazane działania ograniczają właściwe warunki funkcjonowania rynku, zapewniające możliwość powstania i

rozwoju konkurencji pojmowanej jako zjawisko charakteryzujące funkcjonowanie gospodarki. Natomiast w razie naruszenia interesu prywatnego uczestników rynku (tj. przedsiębiorcy lub konsumenta), ochrona ich praw może być realizowana na podstawie przepisów innych ustaw, w szczególności przepisów kodeksu cywilnego (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2008 r., sygn. akt III SK 2/08, LEX nr 599553).

W niniejszej sprawie okoliczności wskazane przez powoda we wniosku o wszczęcie postępowania administracyjnego wskazują, że domaga się on ochrony swojego indywidualnego interesu, który miał zostać naruszony przez zainteresowanego. Powód nie wyjaśnił natomiast, jakie negatywne skutki miałby wywołać działania zainteresowanego na rynku właściwym, a w szczególności, w jaki sposób miałyby one wpływać na sytuację konsumentów lub innych agentów. Dlatego sprawa ta nie ma charakteru antymonopolowego, co uzasadniało wydanie decyzji o umorzeniu postępowania.

Mając na uwadze wskazane okoliczności Sąd Najwyższy orzekł jak w sentencji, na podstawie art. 398<sup>14</sup> k.p.c.