



Sygn. akt III SK 8/17

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 6 lutego 2018 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Jolanta Strusińska-Żukowska (przewodniczący)

SSN Dawid Miąsik (sprawozdawca)

SSN Andrzej Wróbel

w sprawie z powództwa C. S.A. w W., I. S.A. w P., Telewizji [...] sp. j., V. S.A. w G.,
T. sp. z o.o. w Ł., U. Polska sp. z o.o. w W., P.Z., A. S.A. w P., Zakładu Usług
Antenowych [...] sp. j. w P.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
z udziałem [...]

o zawarcie porozumienia ograniczającego konkurencję,
po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym w Izbie Pracy, Ubezpieczeń
Społecznych i Spraw Publicznych w dniu 6 lutego 2018 r.,
skargi kasacyjnej strony pozwanej od wyroku Sądu Apelacyjnego w (...) z dnia 14 września 2016 r., sygn. akt VI ACa .. /15,

1. oddala skargę kasacyjną,

2. zasądza od pozwanego na rzecz powodów C. S.A. w W., I. S.A. w P., V. S.A. w G., U. Polska sp. z o.o. w W., T. sp. z o.o. w Ł., A. S.A. w P., P.Z. „E.” w P. oraz Zakładu Usług Antenowych A.-sp. j. w P. kwoty po 360 (trzysta sześćdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania kasacyjnego.

UZASADNIENIE

Decyzją z 21 sierpnia 2013 r., nr DOK-2/2013 Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) na podstawie art. 11 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm., dalej jako uokik), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik zawarcie przez: [...] na krajowym rynku obrotu prawami telewizyjnymi do meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej, porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnych rynkach usług dostępu do płatnej telewizji oraz na krajowym rynku usług dostępu do płatnych transmisji wydarzeń sportowych za pośrednictwem internetu polegającego na ustalaniu stosowanej przez przedsiębiorców wymienionych w pkt. 2 - 12 minimalnej ceny sprzedaży odbiorcom dostępu - w systemie „Pay-Per-View” (PPV) - do transmisji audiowizualnych „na żywo” z meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej rozgrywanych w ramach eliminacji do Mistrzostw Świata 2014 r. i stwierdził jej zaniechanie z dniem 11 września 2012 r. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, Prezes Urzędu nałożył na przedsiębiorców kary pieniężne, odstępując od ukarania spółki S. sp. z o.o. z siedzibą w W.

Odwołanie od powyższej decyzji wnieśli C. (CP), T. (TY), A. (AN), ZUA (ZUA), T. (TK), V. (VT), I. (IE), P. Z. (PZ) i U.. W odpowiedzi na odwołania Prezes Urzędu wniósł o ich oddalenie oraz zasądzenie od powodów kosztów zastępstwa procesowego.

Wyrokiem z 8 grudnia 2014 r., XVII AmA ./13 Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję w zakresie punktów I, II ppkt 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10 i V ppkt 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10 oraz zasądził od Prezesa Urzędu na rzecz CP oraz IE, TK, VT, TY, U., PZ, AN i ZUA zwrot kosztów postępowania, a także odrzucił odwołania CP oraz IE, TK, VT, U., PZ, AN i ZUA w pozostałej części.

Sąd Okręgowy ustalił, że S. (SPF) była uprawniona do zawierania umów dotyczących wszystkich praw medialnych dotyczących pierwszej reprezentacji

Polski w piłce nożnej mężczyzn, na podstawie umowy zawartej z Polskim Związkiem Piłki Nożnej (PZPN) 25 maja 2009 r. Przyznane SPF uprawnienia obejmowały m. in. zawierania umów w zakresie udzielania licencji na transmisję w systemie PPV „na żywo” z meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej rozegranych w ramach eliminacji do Mistrzostw Świata 2014 (MŚ 2014) z Czarnogórą i Mołdawią.

SPF podjął negocjacje, dotyczące praw transmisyjnych najpierw z Telewizją (...) S.A., które zakończyły się niepowodzeniem. Jeszcze w trakcie ich trwania SPF wystąpiła do największych nadawców w kraju z propozycją podjęcia negocjacji w sprawie transmisji ww. meczów, podejmując negocjacje najpierw z CP, będącym operatorem największej pod względem liczby abonentów platformy satelitarnej w Polsce. Z uwagi na wcześniejsze doświadczenia CP w organizacji wydarzeń sportowych w systemie PPV, SPF zwrócił się do tego operatora z prośbą o przygotowanie i przedstawienie projektu umowy licencyjnej, zawierającej wszystkie warunki współpracy. 4 września 2012 r. CP wystąpił do SPF z pytaniem dotyczącym ceny sprzedaży na rynku transmisji przez innych dostawców, przedstawiając tego samego dnia projekt umowy licencyjnej, zawierającej w § 3 ust. 2 klauzulę o treści: „Strony ustalają, że ceny sprzedaży eventu w rozumieniu Meczu I lub Meczu II w ramach PPV w CP i u innych operatorów świadczących usługi PPV będzie nie mniejsza niż 20 zł brutto”. W odpowiedzi na zapytanie CP SPF w tym samym dniu przekazał swoje stanowisko, dotyczące sprzedaży transmisji dla odbiorców końcowych: „W odpowiedzi na Pani e-mail informuję, iż cena sprzedaży za event to 20 zł (cena dla odbiorców końcowych)”. Ostatecznie strony zawarły umowę licencyjną, której § 3 ust. 2 zawierał postanowienie o treści: „Strony ustalają, że ceny sprzedaży eventu w rozumieniu każdego z meczów określonych w ewencie w ramach PPV w CP i u innych operatorów świadczących usługę PPV będzie nie mniejsza niż 20 zł brutto”. Zgodnie z definicją zawartą w § 1 umowy „event” oznacza mecz I reprezentacji narodowej w piłce nożnej mężczyzn, rozgrywany w ramach eliminacji do MŚ 2014 między Polską i Czarnogórą lub Polską i Mołdawią.

Postanowieniem z 8 listopada 2012 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem naruszenia przez SPF, TY, AN, ZUA,

TK, Multimedia, VT, CP, IE, PZ, SGT i U. art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik przez zawarcie na krajowym rynku obrotu prawami do transmisji telewizyjnych meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej przez SPF z pozostałymi wymienionymi przedsiębiorcami porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnych rynkach usług dostępu do płatnej telewizji ograniczającego konkurencję na lokalnych rynkach usług dostępu do płatnej telewizji polegającego na ustalaniu stosowanej przez każdego z tych przedsiębiorców minimalnej ceny sprzedaży odbiorcom dostępu - w systemie PPV do transmisji telewizyjnych „na żywo” z meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej rozgrywanych w ramach eliminacji do MŚ 2014. Postanowieniem z 23 maja 2013 r. Prezes Urzędu zmienił postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego, nadając jego sentencji brzmienie, jak w sentencji zaskarżonej decyzji. Ostatecznie Prezes Urzędu wydał zaskarżoną decyzję.

Sąd Okręgowy uznał, na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego, że zarzuty dotyczące naruszenia zasady praworządności, polegające na podjęciu czynności bez podstawy prawnej, które rzutują na zakres przeprowadzonego postępowania administracyjnego, miały istotne znaczenie. Zgodnie z art. 10 uokik Prezes Urzędu wydaje decyzję o uznaniu praktyki za ograniczającą konkurencję i nakazującą zaniechanie jej stosowania, jeżeli stwierdzi naruszenie zakazu określonego w art. 6 lub 9 uokik lub art. 81 lub 82 Traktatu WE. Decyzja ta stanowi „załatwienie sprawy” w rozumieniu art. 104 § 1 k.p.a. w postępowaniu wszczętym na podstawie art. 49 ust. 1 uokik. Decyzja nie może zatem wykraczać poza zakres przedmiotowy wszczętego postępowania. Tymczasem postanowieniem z 8 listopada 2012 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem naruszenia przez powodów i zainteresowanych art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik przez zawarcie na krajowym rynku obrotu prawami do transmisji telewizyjnych meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej przez SPF z pozostałymi wymienionymi przedsiębiorcami, porozumienia ograniczającego konkurencję na lokalnych rynkach usług dostępu do płatnej telewizji ograniczającego konkurencję na lokalnych rynkach usług dostępu do płatnej telewizji polegającego na ustalaniu stosowanej przez każdego z tych przedsiębiorców minimalnej ceny sprzedaży odbiorcom dostępu - w systemie PPV

do transmisji telewizyjnych „na żywo” z meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej rozgrywanych w ramach eliminacji do MŚ 2014, które następnie zmienił postanowieniem z 23 maja 2013 r., nadając jego sentencji brzmienie, jak w sentencji zaskarżonej decyzji, tj. wskazując dodatkowy rynek, na którym nastąpić mogło ograniczenie konkurencji. Po tej zmianie przedmiotem postępowania było ustalenie negatywnego oddziaływania na konkurencję na istotnie szerszym rynku właściwym, a ustalenie rynku właściwego (lub rynków właściwych) stanowi podstawę do ustalenia, czy celem lub skutkiem określonego działania jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na nim. Ta zmiana doprowadziła do rozszerzenia zakresu postępowania, nie zaś wyłącznie do „doprecyzowania” jego treści. Doprecyzowanie polega na określeniu czegoś w sposób bardziej szczegółowy, a więc zawężeniu dotychczasowego zakresu. Ani uokik, ani przepisy k.p.a. nie dawały Prezesowi Urzędu podstawy do zmiany wydanego postanowienia o wszczęciu postępowania.

Prezes Urzędu przed wszczęciem postępowania właściwego w sprawie antymonopolowej mógł wszcząć postępowanie wyjaśniające, którego celem byłoby wstępne ustalenie, czy istnieją podstawy do podjęcia interwencji i zebranie odpowiednich informacji pozwalających na określenie w postanowieniu o wszczęciu postępowania jego przedmiotu. Postępowanie antymonopolowe nie służy zgromadzeniu dowodów pozwalających na zakwestionowanie przez Prezesa Urzędu dowolnego zachowania przedsiębiorcy, lecz polega na rozstrzygnięciu o zasadności podejrzenia naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w postanowieniu o wszczęciu postępowania.

W związku z tym postanowienie z 23 maja 2013 r. jako wydane bez podstawy prawnej nie wywoływało żadnych skutków prawnych, w tym skutków odnoszących się do przedmiotu i zakresu postępowania. Zatem wyłączną podstawą wszczęcia postępowania było postanowienie z 8 listopada 2012 r., a zaskarżona decyzja wykracza poza zakres przedmiotowy wszczętego postępowania, co skutkuje koniecznością jej uchylenia jako wydanej bez podstawy prawnej. Uchylenie decyzji w części stwierdzającej naruszenia art. 6 uokik uzasadniało zarzut błędnego zastosowania art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik, gdyż zgodnie z tym przepisem przesłanką do nałożenia kary było naruszenie zakazu wynikającego z pierwszego z

wymienionych przepisów.

Apelację od powyższego wyroku Sądu Okręgowego wniósł Prezes Urzędu, zaskarżając go w części dotyczącej punktów 1 i 2. Wyrokiem z 14 września 2016 r. VI ACa .../156 Sąd Apelacyjny w W. oddalił apelację Prezesa Urzędu i obciążył go kosztami postępowania.

W uzasadnieniu orzeczenia Sąd Apelacyjny stwierdził, że w obliczu uznania przez Sąd Okręgowy, że decyzja z 21 sierpnia 2013 r. zawiera wadę tego rodzaju, której nie można konwalidować w postępowaniu cywilnym, konieczne było rozstrzygnięcie kwestii czy Prezes Urzędu był uprawniony zmienić postanowienie o wszczęciu postępowania w taki sposób, że treść decyzji w istotny sposób odbiegała od treści postanowienia o wszczęciu postępowania, będąc tym samym zbieżna z treścią postanowienia zmieniającego. Postanowieniem z 8 listopada 2012 r. Prezes Urzędu wszczął postępowanie antymonopolowe w związku z podejrzeniem naruszenia przez 12 podmiotów art. 6 ust. 1 pkt 1 uokik przez zawarcie na krajowym rynku obrotu prawami do transmisji telewizyjnych meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej porozumienia ograniczającego konkurencję do czego był uprawniony, z uwagi na treść art. 49 ust. 1 uokik. Jednak postanowieniem z 23 maja 2013 r. doszło do zmiany powyższego postanowienia w zakresie sentencji, w wyniku czego sentencja uzyskała brzmienie, które zostało następnie powtórzone w decyzji z 21 sierpnia 2013 r. Zmiany dotyczyły następujących kwestii: 1) rynek obrotu prawami do transmisji telewizyjnych meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej został „zastąpiony” rynkiem obrotu prawami telewizyjnymi do meczów pierwszej reprezentacji Polski mężczyzn w piłce nożnej; 2) dodano, że rynkiem, na którym porozumienie miało ograniczyć konkurencję, poza lokalnymi rynkami usług dostępu do płatnej telewizji, miał być również krajowy rynek usług dostępu do płatnych transmisji wydarzeń sportowych za pośrednictwem internetu; 3) zmieniono przedmiot czynu, którego dotyczyć miało porozumienie, gdyż pierwotnie miały to być „transmisje telewizyjne”, a ostatecznie „transmisje audiowizualne”.

Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę na art. 83 uokik, zgodnie z którym z zastrzeżeniem kolejnego artykułu, sprawach nieuregulowanych w uokik do postępowania przed Prezesem Urzędu stosuje się przepisy Kodeksu postępowania

cywilnego. Wyłączenie określone w art. 84 uokik jest wyraźne i dotyczy jedynie dowodów w postępowaniu przed Prezesem Urzędu w zakresie nieuregulowanym w uokik - stosuje się do nich przepisy k.p.c. Innymi słowy, tylko w zakresie postępowania dowodowego stosuje się przepisy procedury cywilnej, z uwzględnieniem odmienności wynikających z uokik, zaś w odniesieniu do kwestii nieuregulowanych w tej ustawie stosuje się przepisy procedury administracyjnej, i to wprost. Prezes Urzędu w apelacji powoływała się na art. 123 k.p.a., zgodnie z którym w toku postępowania organ administracji publicznej wydaje postanowienia, które dotyczą poszczególnych kwestii wynikających w toku postępowania, lecz nie rozstrzygają o istocie sprawy, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej. Takim postanowieniem jest postanowienie wydane w trybie art. 49 ust. 1 uokik, o czym strony powinny zostać zawiadomione. Prezes Urzędu pominął jednak w swoich wywodach bardzo istotny przepis, a mianowicie art. 110 k.p.a., który zawiera regułę, że organ administracji publicznej, który wydał decyzję, jest nią związany od chwili jej doręczenia lub ogłoszenia, o ile kodeks nie stanowi inaczej. W związku z dyrektywą zawartą w art. 126 k.p.a., powyższy przepis stosuje się odpowiednio do postanowień. Treść tych przepisów jest jednoznaczna, zaś uokik nie zawiera żadnych odstępstw, które należałoby zastosować w postępowaniu antymonopolowym. W konsekwencji, jeżeli postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego zostanie doręczone stronom, od momentu doręczenia Prezes Urzędu jest taką decyzją związany.

Sąd Apelacyjny uznał, że w postanowieniu zmieniającym postanowienie o wszczęcie postępowania nie chodziło o samo sprecyzowanie rynku, na jakim miało dojść do porozumienia ograniczającego konkurencję. Słusznie wskazał Sąd Okręgowy, że powyższa zmiana zakresu postępowanie prowadziła do rozszerzenia jego zakresu, nie zaś wyłącznie do „doprecyzowania” jego treści. Zmiany dotyczyły zmiany rynku, ale nie tylko, gdyż dotyczyły jednocześnie zmiany samego czynu, jakiego mieli dopuścić się powodowie i zainteresowani. Oczywiście zmiany były powiązane ze zmianą rynku, na którym miało dojść do porozumienia, ale nie sposób ograniczać ich tylko do zmiany tego rodzaju. O ile generalnie czyn pozostał bez zmian, gdyż chodzić miało o zawarcie porozumienia sprzecznego z uokik, to zakres przedmiotowy czynu znacznie zwiększył się w wyniku omawianej

modyfikacji. Czym innym jest bowiem antykonkurencyjne porozumienie dotyczące transmisji telewizyjnych, tym bardziej na rynkach lokalnych, a czym innym porozumienie dotyczące transmisji audiowizualnych na rynku krajowym, dodatkowo w internecie. W wyniku zmiany postanowienia w znaczący sposób został poszerzony zakres czynu, który nie ograniczał się jedynie do transmisji telewizyjnych, ale tak naprawdę wszelkiego rodzaju transmisji, które można nazwać „audiowizualnymi”, a więc cechującymi się wizją i fonią. Takimi są transmisje telewizyjne, ale nie tylko, gdyż chodzić może o odbiór transmisji na wszelkiego rodzaju odbiornikach umożliwiających takie transmisje, w szczególności sprzęt komputerowy, ale również telefoniczny czy rzutniki.

Sąd drugiej instancji zwrócił uwagę, że postanowienie o wszczęciu postępowania odgrywa istotną rolę w zapewnieniu przedsiębiorcy, któremu zarzuca się stosowanie praktyk ograniczających konkurencję odpowiednich gwarancji proceduralnych. Brak jest normatywnych podstaw dla akceptacji praktyki Prezesa Urzędu polegającej na zmianie w toku postępowania właściwego postanowienia o jego wszczęciu. Zgodnie z ogólnymi regułami postępowania administracyjnego postanowienie, w braku przepisów szczególnych, może podlegać zmianie tylko i wyłącznie na zasadach określonych w k.p.a. Organ administracji jest zaś związany postanowieniem jako aktem kształtującym sytuację prawnoproceduralną adresatów. Po wszczęciu postępowania uczestnik mógł, kierując się treścią zarzutu, podejmować działania zmierzające do minimalizacji ryzyka oraz dolegliwości ewentualnych sankcji dodatkowych, jakie Prezes Urzędu może zastosować niezależnie od uznania zachowania za antykonkurencyjne i nakazania zaniechania stosowania praktyki (stwierdzenia jej zaniechania).

W ocenie Sądu Apelacyjnego sąd orzekający w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, może - w zależności od rodzaju i wagi naruszeń - uchylić zaskarżoną decyzję, bez rozstrzygnięcia, czy przedsiębiorca dopuścił się naruszenia reguł konkurencji w zakresie wskazanym w decyzji Prezesa Urzędu (art. 479^{31a} § 3 k.p.c.). Takim jest zmiana postanowienia o wszczęciu postępowania, gdy prowadzi to do zmiany przedmiotowej czynu, tj. rozszerzenia jego granic przedmiotowych, nawet jeżeli czyn generalnie pozostaje bez zmian, czyli nadal chodzi o antykonkurencyjne porozumienie lub nadużywanie pozycji dominującej. W

aktualnie obowiązującej ustawie brak jest przepisu, który upoważniałby Prezesa Urzędu do zmiany decyzji o wszczęciu postępowania antymonopolowego. Nie można tu mówić o luce w prawie, gdyż kwestia ta została uregulowana w wyniku zastosowania przepisów k.p.a., a konkretnie art. 126 w zw. z art. 110 k.p.a., które mają zastosowanie przez art. 83 uokik. Nie sposób jest tu stosować analogię do innych przepisów, gdyż są one jasne, a Prezes Urzędu jest związany wydanym przez siebie postanowieniem.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego postanowienie z 23 maja 2013 r., zmieniające postanowienie w przedmiocie wszczęcia postępowania antymonopolowego, zostało wydane bez podstawy prawnej, w związku z czym nie wywołało żadnych skutków prawnych, w tym skutków odnoszących się do przedmiotu i zakresu postępowania. Można tu mówić o nieważnym postanowieniu organu administracji w rozumieniu art. 156 § 1 pkt 2 w zw. z art. 126 k.p.a., chociaż tryb takiego stwierdzenia pozostaje poza niniejszym postępowaniem (art. 157-158 k.p.a.). Prezes Urzędu jako organ administracji publicznej musi działać na podstawie przepisów prawa i w ich granicach (art. 6 k.p.a. i art. 7 Konstytucji RP). Zatem organ administracji może działać jedynie wówczas, gdy ma do tego podstawę prawną. Jeżeli Prezes Urzędu zdecydował się w treści postanowienia wszczynającego postępowanie określić rynek właściwy, oznacza to, że w tym przedmiocie dokonał stosownych ustaleń, do czego potrzebne mogłoby być właśnie postępowanie wyjaśniające. Jeżeli takiego postępowania nie przeprowadził, a mimo to ustalił już w tym postanowieniu rynek właściwy, to ze wszystkimi tego konsekwencjami, a więc że postępowanie antymonopolowe dotyczyć będzie tego właśnie rynku. Jeżeli chciałby ten rynek „zmienić”, niezbędne jest nowe, stosowne postanowienie, ale nie postanowienie zmieniające wcześniejsze postanowienie wszczynające postępowanie. Niezasadne byłoby przyznanie Prezesowi Urzędu kompetencji polegającej niejako na „dokładaniu” kolejnych rynków, gdy już w postępowaniu wszczynającym postępowanie rynek właściwy został ustalony.

Skargę kasacyjną od powyższego wyroku Sądu Apelacyjnego wniósł Prezes Urzędu, zaskarżając go w całości i wnosząc o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu do ponownego rozpoznania, ewentualnie o uchylenie wyroku Sądu Apelacyjnego w całości oraz uchylenie poprzedzającego go wyroku Sądu

Okręgowego w części, tj. w punkcie 1 i 2 i przekazanie sprawy temu Sądowi do ponownego rozpoznania wraz z rozstrzygnięciem o kosztach postępowania według norm przepisanych, zaś na wypadek nieuwzględnienia zarzutów naruszenia przepisów postępowania uchylenie zaskarżonego wyroku Sądu Apelacyjnego w W. w całości oraz orzeczenie co do istoty sprawy przez zmianę wyroku Sądu Okręgowego polegającą na uchyleniu decyzji w całości.

Prezes Urzędu zarzucił naruszenie: 1) art. 88 ust. 2 uokik w związku z art. 123 k.p.a. przez przyjęcie, że postanowienie z 23 maja 2013 r. zmieniające postanowienie o wszczęciu postępowania antymonopolowego z 8 listopada 2012 r. zostało wydane bez podstawy prawnej, nie wywołało żadnych skutków prawnych i stanowi tego rodzaju wadę, której nie da się w żaden sposób konwalidować w postępowaniu cywilnym; 2) art. 386 § 1 w związku z art. 479^{31a} § 1 i § 3 k.p.c. polegającym na nieorzeczeniu co do istoty sprawy w zakresie pierwotnego wszczęcia postępowania antymonopolowego, tj. zainicjowanego postanowieniem Prezesa Urzędu z 8 listopada 2012 r., podczas gdy zgromadzony w sprawie materiał dowodowy umożliwiał wydanie merytorycznego rozstrzygnięcia w tym zakresie; 3) art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik przez jego niewłaściwe zastosowanie w stosunku do przedsiębiorców, którzy nie zaskarżyli decyzji Prezesa Urzędu nr DOK-2/2013 z 21 sierpnia 2013 r., tj. przez utrzymanie w mocy decyzji w zakresie orzeczenia kary pieniężnej wobec tych przedsiębiorców w sytuacji jednoczesnego utrzymania w mocy uchylenia decyzji Prezesa Urzędu w zakresie dotyczącym stwierdzenia zawarcia przez przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w stosunku do wszystkich przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu, w tym również przedsiębiorców, którzy nie zaskarżyli decyzji Prezesa Urzędu.

W odpowiedzi na skargę kasacyjną Prezesa Urzędu CP, U., VT, IE, TY, PZ, AN, ZUA wnieśli o jej oddalenie i zasądzenie kosztów postępowania.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Skarga kasacyjna nie ma uzasadnionych podstaw.

Bezpodstawny jest zarzut naruszenia art. 88 ust. 2 uokik w związku z art. 123 k.p.a. już choćby z tej przyczyny, że nie są to przepisy postępowania, o których mowa w art. 398³ § 1 pkt 2 k.p.c., ponieważ nie regulują zasad

postępowania przed sądem drugiej instancji, a tylko takie przepisy wadliwie zastosowane przez ten Sąd mogą stanowić podstawę kontroli Sądu Najwyższego orzekającego jako sąd kasacyjny. Niezależnie od powyższego, zarzut naruszenia powołanych przepisów jest chybiony, ponieważ argumentacja przedstawiona w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku w przedmiocie dopuszczalności zmiany postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego jest prawidłowa.

W uzupełnieniu wywodów Sądu Apelacyjnego w W., Sąd Najwyższy przypomina, że postanowienie o wszczęciu postępowania ma określać w sposób klarowny dla przedsiębiorcy i wiążący dla organu ochrony konkurencji na dalszych etapach procedowania jakiego rodzaju zachowanie jest kwestionowane przez Prezesa Urzędu. Opis zachowania wyznacza zasadniczy przedmiot postępowania, natomiast podstawa prawna kwalifikacji tego zachowania przez organ składa się na zarzut (zarzuty) naruszenia porządku prawnego. W przypadku postępowań w sprawie praktyk ograniczających konkurencję dochodzi kwestia identyfikacji rynku właściwego. Jak wynika to z wyroku Sądu Najwyższego z 12 kwietnia 2013 r., III SK 28/12 (LEX nr 1451407), do wyznaczenia rynku właściwego dochodzi w wyniku zgromadzenia i oceny dowodów oraz analiz w toku postępowania antymonopolowego. Choć więc wyznaczenie rynku właściwego ma znaczenie dla przypisania przedsiębiorcy praktyki ograniczającej konkurencję i jego wskazanie jest istotne już w postanowieniu o wszczęciu postępowania (z uwagi na prawo przedsiębiorcy do obrony), to dopuszczalna jest modyfikacja koncepcji rynku właściwego w toku postępowania na analogicznych zasadach jak ma to miejsce w przypadku zmiany podstawy prawnej kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako naruszającego zakazy uokik. Określenie rynku właściwego jest elementem istotnym i koniecznym jedynie dla rozstrzygnięcia zawartego w decyzji kończącej postępowanie (wyrok Sądu Najwyższego z 7 maja 2004 r., III SK 32/04).

Jak przyjęto w wyroku Sądu Najwyższego z 26 września 2017 r., III SK 40/16 (niepublikowany) bezwzględne związanie organu treścią postanowienia o wszczęciu postępowania, rozumiane jako zakaz jego faktycznej bądź prawnej zmiany oraz obowiązek powielenia w sentencji decyzji całej pierwotnej treści postanowienia o wszczęciu postępowania, nie jest konieczne ani do uczynienia zadość obowiązkowi ciążącemu na Prezesie Urzędu na mocy art. 74 uokik, ani do

zapewnienia respektowania w toku postępowania administracyjnego standardów ochrony praw przedsiębiorców, wynikających ze specyfiki kar pieniężnych, jakie mogą zostać nałożone w decyzji kończącej takie postępowanie. Do tego wystarczające jest, by Prezes Urzędu działał w taki sposób, aby przypisane przedsiębiorcy w decyzji kończącej postępowanie „zarzuty” nie okazały się dla przedsiębiorcy czymś nieznanym w stosunku do tego, co organ zarzucał w toku postępowania. Dlatego Sąd Najwyższy przyjął, że zmiana w toku postępowania podstawy prawnej kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako bezprawnego, o ile została zakomunikowana stronie w sposób pozwalający jej na odniesienie się do takiej modyfikacji, nie narusza art. 74 uokik ani uznanych w orzecznictwie Sądu Najwyższego standardów, jakim powinno odpowiadać postępowanie przez Prezesem Urzędu. Uzupełnienie (a nawet rozszerzenie) w taki sposób podstawy prawnej weryfikowanej w toku postępowania zmierzającego do wydania decyzji nie pozbawia strony możliwości działania i ochrony swoich praw, ani nie oznacza, że uwzględniono zarzuty, do których strona nie mogła się ustosunkować.

Zdaniem Sądu Najwyższego, postanowienie o wszczęciu postępowania składa się z postanowienia wyznaczającego przedmiot postępowania jakim jest opis zachowania przedsiębiorcy, które będzie weryfikowane w toku tego postępowania, oraz postanowienia o przedstawieniu zarzutów, które identyfikuje jakie normy i w jaki sposób przedsiębiorca narusza zdaniem Prezesa Urzędu. Ponieważ zgodnie z art. 74 uokik w decyzji kończącej postępowanie w sprawie Prezes Urzędu może uwzględnić tylko takie zarzuty, do których strona mogła się odnieść w toku postępowania, oznacza to, że dopuszczalne jest modyfikowanie postanowienia o wszczęciu postępowania w zakresie w jakim zawiera postanowienie o przedstawieniu zarzutów. Jak już wskazano w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego, modyfikacje tego rodzaju dotyczą podstawy prawnej bezprawności zachowania przedsiębiorcy (wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2017 r., III SK 40/16, niepublikowany). Analogicznie należy traktować zmianę definicji rynku właściwego w toku postępowania antymonopolowego (wyrok Sądu Najwyższego z 25 października 2017 r., III SK 38/16). Skoro zgodnie z art. 74 uokik Prezes Urzędu, wydając decyzję kończącą postępowanie, uwzględnia tylko zarzuty, do których strony mogły się ustosunkować, to w toku postępowania w

przedmiocie kwalifikacji jako praktyki ograniczającej konkurencję zachowania skonkretyzowanego w postanowieniu o wszczęciu postępowania, można stawiać nowe zarzuty, polegające na tym, że zachowanie to stanowi praktykę ograniczającą konkurencję na innym rynku właściwym niż pierwotnie wskazany. Natomiast w decyzji kończącej postępowania Prezes Urzędu powinien rozstrzygnąć całościowo o przedmiocie postępowania wskazanym w postanowieniu o wszczęciu postępowania i stawianych w jego toku zarzutach. Z sentencji decyzji powinno wynikać jakie zarzuty znalazły potwierdzenie, jakie koncepcje rynków właściwych odrzucono w toku postępowania oraz w jakim zakresie zachowanie przedsiębiorcy narusza uokik (gdy przypisano ostatecznie praktykę w węższym zakresie niż pierwotnie wskazano w postanowieniu o wszczęciu postępowania).

W realiach niniejszej sprawy z powyższego wynika, iż mimo możliwości przyjęcia w decyzji innej definicji rynku właściwego niż wskazana w postanowieniu o wszczęciu postępowania, Prezes Urzędu w toku postępowania zakończonego wydaniem zaskarżonej odwołaniami decyzji doprowadził do modyfikacji zachowania przedsiębiorcy badanego pod kątem zakazu praktyk ograniczających konkurencję, co w świetle wyroku Sądu Najwyższego z 3 października 2013 r., III SK 67/12 (OSNP 2014 nr 5, poz. 79) należało uznać za niedopuszczalne. Ta wada decyzji została trafnie wychwycona i oceniona przez Sąd Apelacyjny w W. w zaskarżonym wyroku.

Przechodząc do kwestii wpływu tego uchybienia na treść rozstrzygnięcia sądowego, przypomnieć należy, że wyrokiem z 8 grudnia 2014 r., XVII AmA .../13 Sąd Okręgowy w W. - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił zaskarżoną decyzję we wskazanej w sentencji wyroku części. Oznacza to, że jest to uchylenie kasatoryjne, skutkujące powrotem sprawy do organu administracji celem usunięcia uchybień procedowania w postępowaniu przed tym organem (zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego w wyrokach z 22 listopada 2016 r., III SK 39/15, LEX nr 2186063 oraz z 5 grudnia 2016 r., III SK 18/14, LEX nr 2242147). Sąd Najwyższy podtrzymuje dotychczasowe poglądy, zgodnie z którym sądy orzekające w sprawie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu powinny dążyć do merytorycznego rozpoznania odwołania i zakończenia sprawy. Wyroki kasatoryjne mogą wydawać (wyjątkowo) wtedy, gdy decyzja dotknięta jest wadą, której nie

można konwalidować na etapie postępowania sądowego. Skoro jednak to treść decyzji organu wyznacza przedmiot postępowania sądowego w zakresie wyznaczonym odwołaniem, a w odwołaniu (i odpowiedzi na odwołanie) nie domagano się przypisania przedsiębiorcy praktyki ograniczającej konkurencję o „węższym” zakresie (wynikającym z postanowienia o wszczęciu postępowania) niż wskazany w sentencji decyzji Prezesa Urzędu, Sąd nie może orzekać o innej praktyce niż praktyka przypisana wskutek wadliwego procedowania przez organ (por. wyrok Sądu Najwyższego z 23 maja 2017 r., III SK 35/16, LEX nr 2312220).

Niezależnie od powyższego, podstawa procesowa skargi kasacyjnej Prezesa Urzędu została wadliwie sformułowana, co czyni niezasadnym zarzut naruszenia art. 386 § 1 w związku z art. 479^{31a} §1 i § 3 k.p.c.. Zgodnie z art. 386 § 1 k.p.c. „w razie uwzględnienia apelacji sąd drugiej instancji zmienia zaskarżony wyrok i orzeka co do istoty sprawy”. Nie można tego przepisu naruszyć, gdy Sąd drugiej instancji nie uwzględni apelacji i ją oddali, a tak przepis ten został zastosowany w zaskarżonym wyroku. O naruszeniu art. 386 § 1 k.p.c. można mówić w tych rzadkich wypadkach, gdy sąd drugiej instancji uwzględnił apelację strony, choć z uzasadnienia wyroku tego sądu wynika, że ją oddalił, albo gdy oddalił apelację, mimo iż pisemne motywy orzeczenia wskazują na zasadność wniesionego środka odwoławczego (wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2013 r., III SK 36/12, LEX nr 1353231). W dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego zaskarżenie wadliwie wydanego orzeczenia kasatoryjnego zamiast wyroku reformatoryjnego w odniesieniu do decyzji, która została uchylona, mimo iż zdaniem Sądu Najwyższego możliwe było konwalidowanie wad postępowania administracyjnego, bądź należało zmienić decyzję zamiast uchylić ją ze skutkiem skierowania sprawy do ponownego rozpoznania przez organ, uznawano za dopuszczalne w ramach podstawy obejmującej art. 479^{31a} § 3 k.p.c. w zw. z art. 391 § 1 k.p.c. (oraz art. 386 § 1 k.p.c. w przypadku wydania orzeczenia kasatoryjnego zamiast orzeczenia reformatoryjnego zgodnego z wnioskiem podmiotu inicjującego sądowe postępowanie odwoławcze - por. wyrok Sądu Najwyższego z 5 listopada 2015 r., III SK 7/15, LEX nr 2008748). Tymczasem Prezes Urzędu powiązał art. 386 § 1 k.p.c. z art. 479^{31a} § 1 i § 3 k.p.c., które to przepisy zawierają normy o charakterze rozłącznym: Sąd albo może odwołanie oddalić (§ 1) albo - w razie jego

uwzględnienie - zmienić decyzję lub ją uchylić. To w obrębie art. 479^{31a} § 3 k.p.c. należy poszukiwać podstawy prawnej dla zaskarżenia przez organ wyroku kasatoryjnego, jeżeli uważa on, że możliwe było wydanie wyroku reformatoryjnego, który konwalidowałby wady postępowania wytknięte przez Sąd w wyroku uchylającym decyzję.

Także zarzut naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik jest bezzasadny. Naruszenia tego przepisu Prezes Urzędu upatruje w utrzymaniu w mocy decyzji w zakresie orzeczenia kary pieniężnej wobec przedsiębiorców, którzy nie zaskarżyli decyzji w sytuacji jednoczesnego utrzymania w mocy uchylenia decyzji Prezesa Urzędu w zakresie dotyczącym stwierdzenia zawarcia przez przedsiębiorców niedozwolonego porozumienia ograniczającego konkurencję w stosunku do wszystkich przedsiębiorców biorących udział w porozumieniu, w tym również przedsiębiorców, którzy nie zaskarżyli decyzji Prezesa Urzędu.

W stosunku do przedsiębiorców, którzy nie zaskarżyli decyzji Prezesa Urzędu jest ona nie tylko ostateczna ale i prawomocna, w związku z czym orzeczenie sądowe w sprawie z odwołania od takiej decyzji w ogóle nie może rozstrzygać o prawach i obowiązkach tych stron postępowania administracyjnego, które nie zaskarżyły decyzji Prezesa Urzędu odwołaniem. Okoliczność, że wyrok Sądu Apelacyjnego utrzymuje wadliwe rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego w tym zakresie (to jest przekazujące sprawę udziału w porozumieniu do ponownego rozpoznania w zakresie wszystkich uczestników porozumienia wymienionych w pierwotnej decyzji przy utrzymaniu w mocy decyzji w części dotyczącej kary pieniężnej nałożonej na te strony postępowania administracyjnego, które nie wniosły odwołania) nie można jednak mówić o naruszeniu art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik. To, że Sady orzekły ponad żądanie czy wobec podmiotów nie będących stronami postępowania sądowego i to w ten sposób, że nie zastosowały do nich przepisu prawa materialnego, nie mieści się w zakresie normowania tego przepisu i nie ma żadnego wpływu na prawa i interesy tych podmiotów, które zdecydowały się nie zaskarżać decyzji Prezesa Urzędu i zaakceptowały jej rozstrzygnięcie zarówno co do praktyki jak i co do kary.

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

kc