

**Sygn. akt VI A Ca 1260/13**

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 maja 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny

w składzie:

Przewodniczący – Sędzia SA Teresa Mróz (spr.)

Sędziowie: SA Ewa Zalewska

SA Maciej Kowalski

Protokolant: sekr. sąd. Agnieszka Pawłowska

po rozpoznaniu w dniu 15 maja 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w K.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

przy udziale uczestnika Związku (...) w W.

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji stron

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

z dnia 18 grudnia 2012 r.

sygn. akt XVII AmA 172/10

***I oddala wszystkie apelacje;***

***II koszty postępowania znosi wzajemnie między stronami.***

**Sygn. akt VI A Ca 1260/13**

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 18 grudnia 2012 r. Sąd Okręgowy w Warszawie - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2007 r., zasądając od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z w K. kwotę 1.360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Orzeczenie powyższe zapadło na podstawie następujących ustaleń faktycznych i rozważań prawnych Sądu Okręgowego:

Decyzją z dnia 25 października 2007 r. nr (...) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na podstawie art. 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. nr 244, póź. 2080 z późn. zm.), w związku z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50 póź. 331, z późn. zm.) po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego, wszczętego na wniosek Związku (...) w W., uznał działanie (...) Sp z o.o. w K., polegające na stosowaniu w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednolitych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, poprzez bezzasadne różnicowanie stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych, na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, za nadużycie pozycji dominującej, o którym mowa w art. 8 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy i nakazał zaniechanie jej stosowania.

Na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1, w związku z art. 8 ust. 2 pkt 3, ustawy z dnia 15 grudnia 2000r o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r. Nr 244, póź. 2080 z późn. zm.) oraz w związku z 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2007 r. Nr 50 póź. 331, z późn. zm), Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nałożył na (...) w K. karę pieniężną w wysokości 19.156,00 zł płatną do budżetu państwa.

Na podstawie art. 90 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2005 r., nr 244, poz. 2080) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów Prezes nadał pkt I powyższej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Ponadto Prezes UOKiK zobowiązał (...) Sp. z o.o. do zwrotu na rzecz Związku (...) kosztów postępowania w wysokości 360 zł.

W uzasadnieniu decyzji Prezes wskazał, że (...) Sp. z o.o. świadczy usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego nadawcom publicznym i komercyjnym i jest głównym dostawcą tego typu usług na terytorium Polski.

W ocenie Prezesa UOKiK przedsiębiorca dopuścił się czynu określonego w art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 3) ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez stosowanie w podobnych warunkach z innymi kontrahentami niejednolitych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji. Prezes ustalił, że rynkiem właściwym, na którym ujawniła się praktyka przedsiębiorcy jest krajowy rynek usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej. Z geograficznego punktu widzenia rynek, na którym ujawniła się powyższa praktyka obejmuje terytorium całego kraju.

Ustalając, czy (...) zajmuje na rynku właściwym pozycję dominującą, Prezes UOKiK oparł się na trzech kryteriach, tj. udziału w rynku, barier wejścia na rynek oraz potencjalnej konkurencji. Prezes ustalił, że udział (...) w rynku naziemnej emisji programów radiowych i telewizyjnych mierzony wielkością przychodów z tej działalności wyniósł w 2005 r. 87,06 %. Ponadto z 527 stacji nadawczych sygnału programu telewizyjnego 459 obsługiwanych jest przez (...) natomiast z 811 stacji nadawczych sygnału programu radiowego 420 obsługiwanych jest przez Spółkę. Ustalono także, że Spółka posiada najsilniejszą pozycję w segmencie stacji największych mocy, gdzie obsługuje odpowiednio 102 ze 105 stacji telewizyjnych i 38 z 38 stacji radiowych. Prezes ustalił, że bariery wejścia na rynek są wysokie oraz, że na wyznaczonym uprzednio rynku brak jest potencjalnej konkurencji.

W wyniku przeprowadzonych analiz Prezes stwierdził, że (...) traktował w sposób różny nadawców komercyjnych i publicznych, z którymi zawierał umowy na świadczenie usługi emisji sygnału radiowo - telewizyjnego. Różnice w stosowanych stawkach wahały się w przedziale 25-35 % na korzyść podmiotów niepublicznych. Powyższe zachowanie, w ocenie Prezesa, powodowało dyskryminację nadawców publicznych. Zdaniem Prezesa, celem takiego zachowania przedsiębiorcy było przyciągnięcie do siebie nowych na rynku podmiotów niepublicznych, a tym samym uniemożliwienie powstania konkurencyjnej wobec jego oferty podmiotów trzecich, która mogła by przyciągać nowe podmioty niższymi niż oferowane przez (...) stawkami opłat. Jednocześnie z uwagi na pewność w utrzymaniu kontrahentów publicznych, (...) nie obawiał się stosować wobec nich stawek zawyżonych i generować ich kosztem istotnej część zysków, które umożliwiały stosowanie niższych stawek wobec podmiotów niepublicznych.

Od decyzji odwołanie wniosła (...) Sp. z o.o. Zaskarżając ją w całości wniosła o:

- zmianę zaskarżonej decyzji i stwierdzenie niestosowania przez (...) zarzucanej spółce praktyki, mającej polegać na nadużyciu pozycji dominującej przez różnicowanie stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, względnie
- o uchylene zaskarżonej decyzji,

względnie, z ostrożności procesowej, o:

- zmianę pkt II Decyzji i zmniejszenie nałożonej na Odwołującego się kary,

a także:

- o zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego na rzecz odwołującego się, wg norm przepisanych,

ponadto o dopuszczenie wskazanych w odwołaniu dowodów i przeprowadzenie rozprawy.

Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów powódka zarzuciła naruszenie:

1. art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15 grudnia 2000 r. przez jego niewłaściwe zastosowanie oraz błędną wykładnię i w konsekwencji nieprawidłowe wyznaczenie rynku relewantnego w sprawie, a w szczególności:

- a. przyjęcie, że decydującą rolę przy wyznaczeniu rynku relewantnego produktowo odgrywa substytucyjność podaży,
- b. przyjęcie, że wyznaczenie rynku relewantnego może nastąpić na podstawie innych niż wskazane w ustawie kryteriów, jeżeli ich zastosowanie prowadzi do ograniczenia postępowania dowodowego i w konsekwencji:
- c. przyjęcie, że usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych wchodzi w skład jednego rynku właściwego,
- d. przyjęcie, że usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w sieciach kablowych oraz przez transmisję satelitarną nie stanowią substytutu dla transmisji w sieciach naziemnych,
- e. przyjęcie, że usługi transmisji programów radiowych świadczone przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy oraz transmisji programów telewizyjnych świadczonej przy użyciu nadajników małej, średniej i dużej mocy należą do jednego rynku produktowego,
- f. przyjęcie, że nie istnieje potrzeba wyodrębniania rynków lokalnych w zakresie usług transmisji programów radiowych lub telewizyjnych;

2. art. 8 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. przez jego zastosowanie oraz błędną wykładnię polegającą na przyjęciu, że stosowanie stawek różnych w wartościach bezwzględnych stanowi stosowanie niejednorodnych warunków umów stwarzających zróżnicowane warunki konkurencji;

3. art. 9 u.o.k.k. przez jego zastosowanie oraz przez nakazanie odwołującemu się zaniechania stosowania praktyki uznanej za nadużycie pozycji dominującej, mimo że praktyka poddana ocenie Prezesa UOKiK nie jest już stosowana i nie była stosowana w chwili wydawania zaskarżonej decyzji;

4. art. 24 ust. 1 w zw. z art. 25 ust. 2 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. w zw. z art. 192 ust. 1 ustawy Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. Nr 273, póź. 2703 ze zm.) w zw. z art. 1 ust. 1 i art. 3 u.o.k.k. przez wydanie decyzji w zakresie objętym kompetencją Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej;

5. dokonanie błędnych ustaleń faktycznych, polegających w szczególności na:

a. błędnym ustaleniu zakresu usług świadczonych przez odwołującego się nadawcom komercyjnym i nadawcom publicznym;

b. błędne ustalenie, że (...) zapewnia serwis nadajników niebędących jego własnością;

c. błędne ustalenie danych wyjściowych do analizy porównawczej wysokości stawek stosowanych przez (...);

6. art. 9 k.p.a. w zw. z art. 8 k.p.a. w zw. z art. 80 u.o.k.k. w zw. z przez:

a. brak umieszczenia w aktach postępowania antymonopolowego dokumentu złożonego przez biegłego (...) Sp. z o.o. w dniu 29 grudnia 2006 r. i odmowę dostępu odwołującego się do tego dokumentu;

b. odmowę udzielenia odwołującemu się dostępu do wyników przeprowadzonej przez Urząd w ramach postępowania analizy kosztów działalności Spółki przedłożonych w postępowaniu antymonopolowych cen stosowanych przez Uczestnika wynikających z przedłożonych umów, która stała się podstawą ustaleń przyjętych w zaskarżonej decyzji;

7. art. 7 k.p.a. i art. 77 k.p.a. w zw. z art. 80 u.o.k.k. w zw. z art. 233 k.p.c. przez niewyjaśnienie wszystkich istotnych elementów stanu faktycznego oraz błędną ocenę przeprowadzonych w sprawie dowodów, a w szczególności:

a. brak wyjaśnienia różnic w zakresie usług świadczonych przez odwołującego się nadawcom publicznym i komercyjnym;

b. przyjęcie błędnych danych stanowiących podstawę obliczeń porównujących wysokość opłat stosowanych przez (...) dla różnych odbiorców;

c. przyjęcie zbyt niskiego współczynnika odliczeń obrazującego wpływ własności nadajnika i systemu antenowego na wysokość opłaty;

8. art. 1 ust. 1 w zw. z art. 9 u.o.k.k. w zw. z art. 105 § 1 k.p.a. przez wydanie decyzji stwierdzającej stosowanie praktyki ograniczającej konkurencję i nakazującej zaprzestanie jej stosowania mimo braku interesu publicznego we wszczęciu i prowadzeniu postępowania zakończonego zaskarżoną decyzją;

9. art. 90 u.o.k.k. przez jego zastosowanie mimo braku przesłanek przewidzianych w ustawie, tj. ochrony konkurencji lub ważnego interesu konsumentów;

10. art. 90 u.o.k.k. w zw. z art. 9 u.o.k.k. przez nakazanie zaniechanie praktyki, w sytuacji, kiedy zarzucona (...) praktyka nie jest stosowana i nie była już stosowana w chwili wydania decyzji;

11. art. 90 u.o.k.k. w zw. z art. 156 § 1 pkt 1 k.p.a. przez nakazanie zaniechanie stosowania praktyki nieoznaczonej w decyzji, przez co decyzja ma w sposób trwały charakter niewykonalny;

12. art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k.k. przez nałożenie na Odwołującego się kary nieproporcjonalnie wysokiej w stosunku do przychodów spółki, stopnia zawinienia oraz wpływu kwestionowanej praktyki na rynek.

W dniu 19 października 2009 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydał wyrok sygn. akt XVII AmA 66/08, w którym uchylił zaskarżoną decyzję oraz zasądził od Skarbu Państwa – Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) Sp. z o.o. w K. kwotę 1.360 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

W ocenie Sądu Prezes UOKiK dokonując ustalenia, że powód nadużywa pozycji dominującej na rynku właściwym stosując w podobnych umowach z różnymi podmiotami niejednolitych warunków umów, stwarzając tym samym tym podmiotom zróżnicowane warunki konkurencji, dokonał błędnego ustalenia w zakresie wyznaczenia rynku właściwego. Sąd Okręgowy wskazał, że w rozpatrywanej sprawie nabywcami usługi emisji programów radiowych i telewizyjnych są nadawcy takich programów, mający prawo do ich rozpowszechniania. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji prawo do rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych przysługuje jednostkom publicznej radiofonii i telewizji oraz osobom, które posiadają koncesję na taką działalność. Koncesja określa w szczególności przedmiot działalności objętej koncesją, sposób rozpowszechniania programu, rodzaj programu i czas jego rozpowszechniania oraz dla rozpowszechniania rozsiwczego naziemnego – lokalizację stacji, wysokość zawieszenia anteny, moc nadajnika i maksymalną moc promieniowania, charakterystykę promieniowania anteny, częstotliwość, polaryzację. Sąd Okręgowy skonstatował więc, że dla nadawcy – jako nabywcy usługi emisji programów radiowych i telewizyjnych - substytutami są jedynie usługi odpowiadające parametrom określonym w koncesji. Dlatego – w ocenie Sądu - określenie „rynek usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej” obejmuje zbiór rynków właściwych, wyodrębnianych w oparciu o rodzaj emisji, moc nadajnika i maksymalną moc promieniowania anteny, rodzaj programu, który może być nadawany. Wobec tego, że rynek właściwy został określony przez Prezesa UOKiK w sposób nieprawidłowy, brak było podstaw do dokonywania ustaleń, czy powód zajmuje pozycję dominującą. Jednocześnie Sąd I instancji nie znalazł podstaw do wydania wyroku reformującego rozstrzygnięcie administracyjne, ponieważ – w jego ocenie - postępowanie to nie zostało wyczerpane w zakresie nadużywania pozycji dominującej, a także błędne określenie rynku właściwego powodowało, że wydana decyzja jest przedwczesna, a więc brak było podstaw do jej wydania.

Od powyższego wyroku apelację złożyli pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz zainteresowany Związek (...).

Prezes UOKiK w apelacji zarzucił Sądowi Okręgowemu:

naruszenie przepisów prawa materialnego, a to:

1. art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm.) przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji nieprawidłowe przyjęcie, że krajowy rynek świadczenia usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej faktycznie nie istnieje oraz nieprawidłowe określenie rynku właściwego w sprawie jako zbioru rynków właściwych wyodrębnionych w oparciu o rodzaj emisji, moc nadajnika i maksymalną moc promieniowania anteny i rodzaj programu, polegające na:

- błędnym uznaniu, że decydującą rolę przy wyznaczeniu rynku właściwego ma w niniejszej sprawie substytucyjność popytu determinowana treścią koncesji otrzymywanych przez nadawców;
- przyjęciu jako podstawowych kryteriów przy określaniu rynku właściwego niektórych parametrów wynikających z przepisów o koncesji z pominięciem pozostałych także tam wskazanych parametrów, bez wyjaśniania przyczyn takiego rozróżnienia;
- błędne uznanie, że nadajniki małej, średniej i dużej mocy nie należą do jednego rynku właściwego;
- braku jednoznacznego określenia wymiaru geograficznego rynku właściwego;
- błędnym uznaniu, że substytucyjność podaży/popytu może występować tylko i wyłącznie w sytuacji zupełnej i absolutnej zamienności produkcji towarów (świadczenia usług) lub zmianie zachowań odbiorców;
- braku uwzględnienia przy określaniu rynku właściwego substytucyjności podaży, wbrew orzecznictwu wspólnotowemu i krajowemu oraz braku wyjaśnienia przyczyn takiego pominięcia;

2. art. 8 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k. poprzez jego niezastosowanie skutkujące brakiem orzeczenia o karze pieniężnej.

3. art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k. i k. poprzez jego niezastosowanie skutkujące brakiem orzeczenia o karze pieniężnej;

Pozwany zarzucił również naruszenie przepisów prawa procesowego, które mogło mieć istotny wpływ na wynik sprawy:

1. art. 227 k.p.c.

- poprzez nieustalenie w sprawie wszystkich istotnych faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy polegające na ustaleniu jedynie faktów bezspornych w sprawie i zaniechaniu dalszych ustaleń faktycznych, co spowodowało że kryteria, w oparciu o które został następnie określony przez Sąd rynek właściwy, nie znajdują odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy;
- poprzez nieustalenie w sprawie wszystkich istotnych faktów mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy polegające na ustaleniu jedynie faktów bezspornych w sprawie i zaniechaniu dalszych ustaleń, co spowodowało że uznanie rynku wyznaczonego w Decyzji za faktycznie nieistniejący nie znajduje odzwierciedlenia w stanie faktycznym sprawy.

2. art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważania zebranego w sprawie materiału dowodowego polegające na pominięciu znacznej jego części i przyjęciu błędnych (w znaczeniu niepełnych/niewystarczających) ustaleń faktycznych polegających na:

- braku analizy okoliczności dotyczących strony podaźowej rynku, tj. warunków świadczenia usług przez operatorów sieci nadawczych i bezpodstawne uznanie, że dla określenia rynku wyznaczonego w Decyzji okoliczności te nie mają znaczenia;
- braku analizy okoliczności uzasadniających krajowy charakter rynku właściwego wyznaczonego w Decyzji;
- błędnym przyjęciem, że rynek wyznaczony w Decyzji faktycznie nie istnieje;
- w zw. z art. 229 k.p.c. poprzez błędne przyjęcie za udowodnionego faktu nie przyznanego przez pozwanego, tj. twierdzeń pozwanego w przedmiocie uznania, że nie wszystkie urządzenia nadawcze mogą w dowolny sposób i bez większych nakładów dostosowywać się do wszelkich parametrów podczas, gdy pozwany wskazując na tę okoliczność, wyraźnie podkreślał, iż nie przesądza to o braku substytucyjności podaży i poprzez uznanie wbrew prawdom logiki, że powyższa okoliczność nie ma miejsca.

3. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania podstawy faktycznej oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku polegające na:

- braku wyjaśnienia podstawy faktycznej rozstrzygnięcia w zakresie uznania za istotne dla określenia rynku właściwego niektórych kryteriów wynikających z przepisów o koncesji, tj. rodzaju emisji, mocy nadajnika i maksymalnej mocy promieniowania anteny oraz rodzaju programów;
- brak wskazania dowodów, w oparciu o które Sąd doszedł do przyjęcia odmiennej od wskazanej w Decyzji koncepcji rynku właściwego w sprawie i nie uwzględnił rynku wyznaczonego w Decyzji uznając go za faktycznie nieistniejący;
- braku wyjaśnienia podstawy prawnej w zakresie wszystkich elementów dotyczących rynku właściwego poprzez niewyjaśnienie lub pominięcie: roli substytucyjności podaży przy wyznaczeniu rynku właściwego, doboru kryteriów, w oparciu o które Sąd określił rynek właściwy w sprawie oraz wymiaru geograficznego rynku właściwego;

4. art. 479 (31a) § 1 i 3 k.p.c.

- poprzez uchylenie Decyzji Prezesa UOKiK i nie orzeczenie co do istoty sprawy;
- poprzez błędne uznanie, że przyjęcie innego rynku właściwego przez Sąd I instancji prowadzi do konieczności uchylenia Decyzji;
- poprzez błędne uznanie przez Sąd I instancji braku wyczerpania drogi postępowania administracyjnego i w konsekwencji uchylenie Decyzji,
- poprzez błędne uznanie, że wydana przez Prezesa UOKiK Decyzja była przedwczesna i brak było podstaw do jej wydania, co powodowało jej uchylenie.

Wobec powyższych zarzutów Prezes wniósł o:

1. zmianę zaskarżonego wyroku w całości i oddalenie odwołania, ewentualnie o
2. uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania przez Sąd I instancji, oraz w każdym wypadku o
3. zasądzenie kosztów postępowania wg. norm przepisanych. Zainteresowany - Związek (...), w swojej apelacji zarzucił Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów zarzucił:

I. naruszenie przepisów prawa materialnego:

- art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, któremu obecnie odpowiada art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów - poprzez błędną wykładnię i w konsekwencji nieprawidłowe uznanie, że krajowy rynek świadczenia usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej faktycznie nie istnieje oraz przez wadliwe określenie rynku relewantnego w aspekcie terytorialnym (geograficznym) oraz produktowym,
- art. 8 ust. 2 pkt 3 Ustawy - poprzez jego niezastosowanie, co ma decydujący wpływ na rozstrzygnięcie istoty sprawy.

II. naruszenie przepisów prawa procesowego, mogących mieć istotny wpływ na wynik sprawy:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez błędne ustalenie, że postępowanie administracyjne nie zostało wyczerpane, w konsekwencji naruszenie art. 81 ust. 1 Ustawy i art. 479 ind. 28 § 1 pkt. 1 k.p.c. poprzez uznanie, że wydanie wyroku reformującego jest niedopuszczalne;
- art. 386 § 4 k.p.c. w zw. z art. 13 § 2 k.p.c. w zw. z art. 479 ind. 32a § 3 zdanie pierwsze k.p.c. poprzez uchylenie decyzji w warunkach kiedy nie mamy do czynienia z nierozpoznaniem sprawy przez Organ bądź też koniecznością przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości;
- art. 328 § 2 k.p.c, art. 233 § 1 k.p.c, art. 277 k.p.c - poprzez nie wyjaśnienie w uzasadnieniu faktów, które Sąd Okręgowy uznał za udowodnione oraz dowodów i przyczyn, na których się oparł uchylając decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr (...) z dnia 25.10.2007 r., zaniechanie zebrania w sprawie wszelkich istotnych faktów, mogących mieć znaczenie dla sprawy, a co za tym idzie nieustaleniu stanu faktycznego, brak wszechstronnego rozważenia zebranego w toku postępowania administracyjnego materiału dowodowego i niepoczynienie przez Sąd Okręgowy - działający jako sąd pierwszoinstancyjny własnych ustaleń oraz niewyjaśnienie istotnych dla sprawy okoliczności dotyczących definicji rynku właściwego w tym przede wszystkim ustaleniu błędnej definicji rynku.

Wobec powyższych zarzutów, zainteresowany wniósł o:

- zmianę zaskarżonego wyroku w całości, poprzez oddalenie w całości odwołania (...) od decyzji Prezesa UOKiK z dnia 25.10.2007 r., sygn. Nr (...);
- ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania;
- zasądzenie na rzecz zainteresowanego zwrotu kosztów postępowania za wszystkie instancje, w tym kosztów zastępstwa procesowego wg norm przepisanych, z uwzględnieniem dużego stopnia zawikłłości sprawy.

W dniu 13 maja 2010 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny wydał wyrok sygn. akt VIA Ca 126/10, w którym uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Warszawie – Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Apelacyjny wskazał, że celem postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest merytoryczne rozstrzygnięcie sporu, powstałego po wydaniu decyzji przez Prezesa UOKiK. Dokonując rozstrzygnięcia sporu SOKiK musi wydać zawsze orzeczenie merytoryczne, w którym może oddalić odwołanie lub uwzględnić je i zaskarżoną decyzję uchylić albo zmienić w całości lub w części i orzec co do istoty sprawy. W rozpatrywanym przypadku Prezes UOKiK stwierdził w zaskarżonej decyzji stosowanie przez powoda praktyki naruszającej konkurencję poprzez nadużywanie pozycji dominującej. Warunkiem koniecznym do dokonania takiego ustalenia musi być posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym, koniecznym jest więc każdorazowo wyznaczenie rynku właściwego. W zaskarżonej decyzji Prezes UOKiK dokonał ustaleń w zakresie rynku właściwego, które doprowadziły go do stwierdzenia, że powódka nadużywa swojej dominującej pozycji. Sąd pierwszej instancji oceniając, że rynek właściwy przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej decyzji nie został ustalony prawidłowo, jednocześnie nie dokonał w tym przedmiocie własnych ustaleń, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy. Wobec powyższego Sąd Apelacyjny stwierdził, że ustalenia Sądu pierwszej instancji w zakresie wadliwości określenia przez Prezesa UOKiK rynku właściwego, nakładają na Sąd obowiązek dokonania własnych ustaleń i określenia tego rynku – czego w niniejszej sprawie nie uczyniono.

Po ponownym rozpoznaniu sprawy Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

(...) Sp. z o.o. jest spółką grupy kapitałowej (...) S.A. i wiodącym operatorem naziemnej sieci radiowo – telewizyjnej w Polsce. Spółka świadczy usługi w zakresie: analogowej i cyfrowej emisji naziemnej oraz transmisji sygnałów telewizyjnych i radiofonicznych. (...) prowadzi także działalność w zakresie projektowania, instalacji i doradztwa technicznego w systemach radiodifuzyjnych i radiotelekomunikacyjnych oraz wynajmu infrastruktury na potrzeby nadawców i operatorów. Powód świadczy usługi emisji sygnału radiowego i telewizyjnego zarówno nadawcom publicznym jak i komercyjnym i jest głównym dostawcą tego typu usług na terytorium Polski.

Powód z kontrahentami korzystającymi z jego usług zawiera umowy w przeważającej części na czas określony (z reguły do ostatniego dnia obowiązywania koncesji nadawcy), co przesądza, że stosunki handlowe stron mają zasadniczo charakter długoterminowy. Wysokość opłat za świadczone przez powoda usługi skalkulowane są z uwzględnieniem szeregu czynników kosztowych i obliczane są dla poszczególnych stacji nadawczych. Powód stosuje dwa sposoby kalkulowania opłat: 1. sposób kalkulacji oparty o wskazany w umowach algorytm, 2. ryczałtowo (w tych przypadkach umowa nie zawiera wskazania w jaki sposób doszło do wyliczenia opłaty).

Wszyscy nadawcy publiczni oraz więksi komercyjni nadawcy radiowi rozliczają się z (...) w oparciu o stawki obliczone na podstawie algorytmu. Pozostali nadawcy uiszczają opłaty ryczałtowo. Zmienne wchodzące w skład stosowanego przez powoda algorytmu dotyczą m. in. mocy promieniowania nadajnika, właściwości nadajnika, pokrycia ludnościowego – tj. do liczby potencjalnych odbiorców sygnału z danego obiektu, ceny kilowata mocy promieniowanej, itd.



W tych okolicznościach Sąd Okręgowy wskazał, że dla rozstrzygnięcia przedmiotowego sporu właściwe są przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 15 grudnia 2000r, gdyż w myśl przepisów przejściowych ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów z 16 lutego 2007r do spraw wszczętych na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów i nie zakończonych, stosuje się przepisy dotychczasowe.

W myśl powołanej ustawy podstawę prawną dla postawionego powodowi zarzutu nadużywania pozycji dominującej stanowi przepis art. 8 ust 2 pkt 3 u.o.k.k., zgodnie z którym zakazane nadużycie pozycji dominującej na rynku właściwym polegać może na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji.

Istotne z punktu widzenia tak postawionego zarzutu jest, zdaniem Sądu Okręgowego, ustalenie w pierwszej kolejności czy przedsiębiorca ma pozycję dominującą na rynku właściwym, co z kolei wymusza ustalenie rynku właściwego, i czy pozycji tej nadużywa w sposób opisany w powołanym przepisie, a także czy nadużywanie tej pozycji stwarza osobom trzecim zróżnicowane warunki konkurencji.

Sąd pierwszej instancji wskazał, że odrębny tryb postępowania, w jakim rozpoznawane są sprawy o ochronę konkurencji w sądach powszechnych, nie zmienia ogólnych zasad procesowych dotyczących rozkładu ciężaru dowodu wynikających zasadniczo z treści art. 6 k.c. i kontradiktoryjności procesu. Wobec tego Sąd podzielił zapatrywanie powoda, że to na organie ochrony konkurencji, który wydał zaskarżoną decyzję spoczywa ciężar dowodu co do wykazania antykonkurencyjnego zachowania adresata decyzji, w tym także wszystkich okoliczności, które doprowadziły do takiej oceny zachowania przedsiębiorcy. Zatem również jego pozycja dominująca i rynek właściwy, który determinuje ustalenie pozycji przedsiębiorcy na nim stanowią także ten element, który musi wykazać organ. Specyficzny tryb postępowania w sprawie z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów zasadza się na założeniu, że organ w toku postępowania administracyjnego gromadzi dowody na poparcie swoich twierdzeń, zaś strona odwołująca się czyli powód, w procesie zwalcza te dowody przedstawiając sądowi inne dowody, które zmierzają do obalenia twierdzeń organu.

Jeśli zaś powód wykaże w toku procesu, że zaprezentowane przez organ dowody nie pozwalają na konkluzję taką jak w decyzji, to rzeczą sądu nie jest zastąpienie organu i przeprowadzenie postępowania od początku a jedynie ocena legalności decyzji i w zależności od przewidzianych prawem możliwości bądź zmiana decyzji, bądź też uchylenie jej. W sytuacji natomiast, gdy organ stosownych dowodów nie dostarczył i decyzja nie znajduje odzwierciedlenia w zgromadzonym materiale dowodowym, na odwołującym się nie spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodu przeciwnego w tym przypadku dowodu, że nie nadużywa pozycji dominującej.

Sąd Okręgowy podkreślił, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego akceptowana jest powyższa koncepcja, choć myśl ta prezentowana była w poszczególnych orzeczeniach fragmentarycznie. Sąd przywołał wyrok z 17 marca 2010r w sprawie III SK 40/09, w którym Sąd Najwyższy wyraźnie wskazał, że ciężar dowodu prawidłowego zdefiniowania rynku właściwego spoczywa na Prezisie UOKiK, który w tym celu powinien wykorzystać przede wszystkim instrumenty dostępne w toku postępowania administracyjnego.

Sąd Okręgowy podniósł również, że Sąd Najwyższy wskazuje, że weryfikacja sądowa decyzji organów ochrony konkurencji i regulacji dotyczących nałożenia kary na przedsiębiorcę powinna odbywać się z uwzględnieniem standardów obowiązujących w prawie karnym ze względu na konieczność zapewnienia skuteczności w polskim porządku prawnym Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (tak SN w wyroku z 14.04.2010r w sprawie III SK 1/10, z dnia 1.06.2010 w sprawie III SK 5/10, z 21.09.2010 w sprawie III SK 8/10, z 21.10.2010 w sprawie III SK 7/10, z dnia 10.11.2010 w sprawie III SK 27/08, z dnia 21.04.2011 w sprawie III SK 45/10 opublikowane w systemie LEX). Stanowisko to także prezentowane jest w orzecznictwie Sądu Apelacyjnego w Warszawie, który m.in. w wyroku z 4 lipca 2012 r. w sprawie VI ACa 202/12 wyraził pogląd, że postępowania z zakresu prawa konkurencji, w których nakładane są kary pieniężne, są postępowaniami karnymi, przynajmniej w rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i zarówno na organie antymonopolowym jak i na sądach rozpoznających odwołania od jego decyzji spoczywa obowiązek zapewnienia bardzo wysokiego standardu ochrony praw przedsiębiorców, którym

zarzuca się naruszenie przepisów ustawy. W tym kontekście zatem należy analizować rozkładu ciężaru dowodu, w tym podstawowego dowodu, jakim jest nadużywanie pozycji dominującej poprzez stosowanie niejednorodnych warunków umów czy też ustalenia rynku właściwego.

Oceniając prawidłowość ustalenia przez Prezesa UOKiK rynku właściwego, Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że prezentowana w uzasadnieniu decyzji teoria podaźowej substytucyjności produktów nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa krajowego.

Zasadniczo w myśl art. 4 pkt 8 u.o.k.k. pod pojęciem rynku właściwego rozumie się 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. Choć definicja rynku właściwego jest dość jednoznaczna i ewidentnie wskazuje, że substytucyjność towarów odnosi się do popytu, to jednak w doktrynie dość powszechnie pojawiają się zdania, że decydująca w tym względzie może być substytucyjność podaży. Substytucyjność podaźowa jako element służący do wyznaczenia produktowego rynku właściwego pojawia się także w orzecznictwie europejskim i z tej racji sądy krajowe również winny ją uwzględnić.

Niemniej jednak zdaniem Sądu Okręgowego analiza strony podaźowej nie może odbywać się z pominięciem „optyki klientów przedsiębiorcy”. Na taką tylko dopuszczalność zastosowania substytucyjności podaży dla ustalenia rynku właściwego wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z 2 lutego 2011 r. wydanym w sprawie III SK 18/10, która dotyczyła powoda, a której rozstrzygnięcie także zasadzało się na ustaleniu rynku właściwego na jakim działa powód.

Sąd podkreślił, że w sprawie niniejszej brak substytucyjności popytu w odniesieniu do usługi transmisji sygnału radiowego i telewizyjnego nie budził zastrzeżeń również po stronie Prezesa UOKiK, na co wskazują twierdzenia zawarte na stronie 39 uzasadnienia decyzji. Nadawcy radiowi bowiem nie są zainteresowani emisją sygnału telewizyjnego i odwrotnie. Skoro więc z punktu widzenia nadawców tj. od strony popytowej rynku nie istnieje substytucyjność, gdyż emisja radiowa i telewizyjna nie są usługami wymiennymi, a także z punktu widzenia ostatecznych odbiorców brak jest substytucyjności tych usług, to ta optyka zdaniem Sądu Okręgowego nie pozwala także na uznanie substytucyjności podaży.

Wskazując na substytucyjność usług emisji sygnału radiowego i telewizyjnego od strony podaźowej Prezes UOKiK odnosił się i odwoływał się do faktu, że oba te sygnały są często emitowane z tych samych obiektów nadawczych i korzystają z szeregu wspólnych elementów infrastrukturalnych (zasilanie, obsługa). Na ten aspekt substytucyjności Prezes wskazywał także przy analizie kosztów wpływających na cenę usługi emisji, wskazując, że nadawcy coraz częściej decydują się na zakup własnych urządzeń emisyjnych i dosyłowych, wykupując w istocie u dostawcy jedynie dostęp do masztu i jego obsługę oraz obsługę zainstalowanych urządzeń stanowiących własność nadawcy. Powyższy argument w ocenie Sądu Okręgowego nie przemawia również za istnieniem substytucyjności podaży pomiędzy naziemną emisją sygnału radiowego i telewizyjnego, gdyż dotyczy zupełnie innego jeszcze rynku – rynku udostępniania obiektów nadawczych. Jak wyjaśnił biegły sądowy koszt przejścia ze świadczenia usług emisji sygnału programu radiowego na telewizyjny na tym samym obiekcie nadawczym stanowi znaczną barierę ekonomiczną, gdyż wiąże się z nakładem w postaci zakupu urządzenia transmisyjnego i przebudową elementów infrastrukturalnych takich jak zasilanie i klimatyzacja. Bariere stanowić może też wysokość masztu, która może nie kwalifikować go do montażu urządzeń do emisji innego sygnału niż dotychczas emitowany. Ta bariera znacznych kosztów związanych ze zmianą świadczenia jednej usługi na drugą stanowi o braku substytucyjności podaży.

Jeśli więc Prezes UOKiK substytucyjność podaźową widzi w posiadaniu masztów, to rynkiem właściwym nie powinien być rynek emisji sygnałów radiowych i telewizyjnych ale rynkiem udostępniania obiektów nadawczych. Jednak zdaniem Sądu pierwszej instancji ze względu na zróżnicowane zainteresowanie nadawców zakresem usług związanych z emisją programów należałoby wydzielić rynek pod względem popytowym tj. rynek emisji sygnału telewizyjnego i rynek emisji sygnału radiowego. I takie też ustalenia w zakresie rynku właściwego stały się podstawą dla Sądu Okręgowego dla dalszych analiz dotyczących nadużywania pozycji dominującej na tak zdefiniowanych rynkach.

Sąd wskazał, że ustalając, czy (...) zajmuje na rynku właściwym pozycję dominującą, Prezes UOKiK oparł się na trzech kryteriach, tj. udziale w rynku, barierze wejścia na rynek oraz potencjalnej konkurencji. Prezes ustalił, że udział (...) w rynku naziemnej emisji programów radiowych i telewizyjnych mierzony wielkością przychodów z tej działalności wyniósł w 2005 r. 87,06 %. Ponadto z 527 stacji nadawczych sygnału programu telewizyjnego 459 obsługiwanych jest przez (...) natomiast z 811 stacji nadawczych sygnału programu radiowego 420 obsługiwanych jest przez Spółkę. Ustalono także, że Spółka posiada najsilniejszą pozycję w segmencie stacji największych mocy, gdzie obsługuje odpowiednio 102 ze 105 stacji telewizyjnych i 38 z 38 stacji radiowych. Prezes ustalił, że bariery wejścia na rynek są wysokie oraz, że na wyznaczonym uprzednio rynku brak jest potencjalnej konkurencji.

Z powyższego wynika, że w toku postępowania przed Prezesem UOKiK nie został spełniony wstępny warunek zastosowania zakazu nadużywania pozycji dominującej, jakim jest prawidłowe wyznaczenie rynku właściwego, na którym ujawniają się lub mogą się ujawnić antykonkurencyjne zachowania powoda, skoro rynek ten został wyznaczony błędnie.

Skoro więc nie da się dokonać w ramach postępowania sądowego ustaleń koniecznych dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej na innym rynku niż zdefiniowany i zanalizowany przez Prezesa UOKiK rynek właściwy, to zdaniem Sądu Okręgowego konieczne jest uchylenie decyzji. Jak wynika bowiem z orzecznictwa Sądu Najwyższego (m.in. postanowienie z 11.08.1999r I CKN, 351/99) Sąd uchyla decyzję, gdy konstatuje brak podstaw do jej wydania, np. na skutek nie występowania praktyk monopolistycznych, błędnie stwierdzonych przez Urząd w zaskarżonej decyzji. Zdaniem Sądu Okręgowego w sprawie niniejszej zachodził brak podstaw do wydania decyzji, gdyż wobec ustalenia przez Sąd, że rynek w ujęciu produktowym powinien być ustalony inaczej niż to uczynił Prezes, brak jest dowodów, które powinien przedstawić organ, a które wskazywałyby, że powód zajmuje pozycję dominującą na dwóch rynkach tj. rynku usług transmisji programów radiowych i rynku usług transmisji programów telewizyjnych i pozycji tej nadużywa.

W ocenie Sądu Okręgowego nawet, jeśli przyjąć, że zgromadzone w postępowaniu przed Prezesem UOKiK dane pozwalają na przyjęcie, że na każdym ze zdefiniowanych rynków powód posiada pozycję dominującą na co wskazywałaby liczba posiadanych stacji nadawczych sygnału programu telewizyjnego i stacji nadawczych sygnału radiowego oraz, że posiada możliwość zapobiegania skutecznej konkurencji na tych rynkach właściwych, to brak jest podstaw do przyjęcia, że działania powoda na tak zdefiniowanych rynkach wskazują na nadużywanie pozycji dominującej.

Sąd podzielił stanowisko powoda, że interpretacja przepisu art. 8 ust pkt 3 u.o.k.k. nie może prowadzić do konkluzji, że podmiot posiadający pozycję dominującą na danym rynku nie ma możliwości różnicowania cen wobec swoich kontrahentów. W szczególności właściwe jest założenie, że możliwe jest różnicowanie cen swoich towarów lub usług adekwatnie do kosztów ponoszonych na zróżnicowanych rynkach lokalnych, czy też uwzględniania sytuacji konkurencyjnej na rynkach lokalnych czy regionalnych. Wydaje się, że zgodne z zasadą ekonomicznej racjonalności działania przedsiębiorcy jest różnicowanie cen na poszczególnych rynkach lokalnych z uwagi na istniejącą na nich konkurencję i różne koszty (w tym regionalnie zróżnicowane koszty utrzymania infrastruktury, poziomu wynagrodzeń). Również rzeczą powszechnie znaną na gruncie ekonomii jest, że nie wszystkie kontrakty danego przedsiębiorcy muszą być równie rentowne. Zasadniczo więc z samego faktu różnicowania cen nie można wywieść wniosku o nadużywanie pozycji dominującej. Należy precyzyjnie określić rentowność poszczególnych kontraktów, przy czym oczywistym jest, że podstawowym jednak kryterium uzasadniającym stosowanie różnych cen nawet przez dominanta na rynku jest zakres i jakość oferowanych towarów i świadczonych usług.

Sąd Okręgowy podkreślił, że w sprawie niniejszej niewątpliwie powód stosował różne ceny ale też różne były warunki świadczenia usługi. I tak np. w odniesieniu do niektórych nadawców radiowych ( Radio (...) oraz Radio (...)) stosował zmniejszenie opłaty z uwagi na fakt, że w skład stacji nadawczej wchodził nadajnik będący własnością nadawcy czy też antena była własnością nadawcy, zainstalowanie satelitarnej stacji odbiorczej, zainstalowanie kodera (...). Różnicowanie cen wynikało także z zapewniania nadajnika radiowego w niektórych stacjach nadawczych.

Zdaniem Sądu Okręgowego stawianie przez Prezesa UOKiK zarzutu stosowania w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów i bezzasadnego różnicowania stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego pomija całkowicie okoliczności podnoszone przez powoda a dotyczące zróżnicowania jakości i zakresu świadczeń w stosunkach z poszczególnymi kontrahentami. W odniesieniu do każdej umowy konieczne jest bowiem porównanie szczegółowych kosztów związanych ze świadczeniem usługi, zakresu tej usługi i jej jakości i odniesienie ich do ceny wynikającej z umowy. Dopiero porównanie tak precyzyjnie ustalonych parametrów pozwoli na ustalenie czy stosowanie zróżnicowanych cen jest wynikiem nadużywania pozycji dominującej czy też jest wynikiem ponoszenia zróżnicowanych kosztów i świadczenia różnych zakresów usług.

Tymczasem dokonane przez organ porównanie opiera się na dowolnych założeniach i przybliżeniach, pomimo, że zbadanie tych kwestii wymaga wiedzy specjalistycznej (np. ustalenie samodzielnie przez UOKiK współczynnika odliczeń obrazującego wpływ własności nadajnika i systemu antenowego na wysokość opłaty). Zdaniem Sądu jedynie biegły sądowy jest właściwy do analitycznego porównania poszczególnych warunków umów i weryfikacji technicznych różnic w świadczonych na podstawie umów usługach. Jednak Prezes UOKiK w sprawie niniejszej nie odwołał się do takiej wiedzy specjalistycznej, chociaż również taką potrzebę widział w toku postępowania. Prezes dopuścił dowód z opinii biegłego, następnie pominął go i nie włączył do akt postępowania i samodzielnie dokonał ustaleń opierając się w dużej mierze na szacowaniu i dowolnych, bo nie zweryfikowanych przez specjalistę założeniach.

Zawilłość i złożoność powyższych kwestii wymagała zdaniem Sądu powołania przez Prezesa UOKiK dowodu z opinii biegłego, gdyż Prezes UOKiK nawet, jeśli dysponuje doświadczonymi w danej dziedzinie pracownikami, to w myśl art. 49 ustawy o.k. i k. w sprawach wymagających wiadomości specjalnych powinien wezwać biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii, czy to na etapie postępowania administracyjnego czy też postępowania sądowego.

Fakt, że postępowanie w sprawie niniejszej ma charakter sprawy publicznej nie oznacza, że organ może samodzielnie kwestie te rozstrzygać bez udziału biegłego, w szczególności dlatego, że przyjęcie takiej koncepcji skutkowałoby obowiązkiem strony odwołującej się przeprowadzenia dowodu przeciwnego, łączącego się ze znacznymi kosztami. W związku z tym, że postępowanie toczące się przed Sądem ma charakter kontradyktoryjny, Sąd Okręgowy nie widział także możliwości, aby dowody zmierzające w kierunku ustalenia, że powód nadużywa pozycji dominującej dopuszczać z urzędu, gdyż wówczas proces miałby charakter inkwizycyjny. Sąd przejąłby wówczas rolę oskarżyciela i sędziego, co w sprawie w której należy stosować standardy prawa karnego z racji nakładanych na podmiot kar jest niedopuszczalne. Zdaniem Sądu Okręgowego nie było również zasadne dopuszczenie dowodu z opinii biegłego zgłoszonego przez powoda, który zmierzał do wykazania, że nie nadużywał on pozycji dominującej, gdyż zdaniem Sądu dowód ten mógłby być przeprowadzony przez Sąd dopiero w sytuacji, gdy zarzucana powodowi praktyka zostałaby udowodniona przez Prezesa UOKiK, co jednak w sprawie niniejszej z powodów przedstawionych wyżej nie miało miejsca. Odwołując się do analogii z procesem karnym należy stwierdzić, że to najpierw oskarżyciel musi udowodnić zarzucany czyn, w tym wypadku, że różnicowanie stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego jest bezzasadne i stanowi jedynie wyraz nadużywania pozycji dominującej, a dopiero wówczas oskarżony broniąc się przed takim zarzutem musi dowieść swej niewinności. Przerzucenie ciężaru dowodu w takiej sytuacji na odwołującego się stanowiłoby pogwałcenie podstawowej zasady prawa karnego, które w ramach zachowania standardów ochrony praw człowieka należy stosować – zasady domniemania niewinności a wręcz prowadziłoby do usankcjonowania obowiązku samooskarżania się.

W tym stanie rzeczy Sąd Okręgowy doszedł do przekonania, że Prezes UOKiK nie udowodnił stawianych powodowi zarzutów gdyż brak analizy kosztów i szczególnych warunków indywidualnych umów, dokonanych przez specjalistę w danej dziedzinie, które pozwalałyby na przyjęcie, że zróżnicowanie stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego jest bezzasadne i wynika wyłącznie z nadużywania pozycji dominującej.

W tej sytuacji Sąd rozważał dwie możliwości. Pierwszą była możliwość stwierdzenia, że skoro Prezes UOKiK nie dostarczył dowodów nadużywania pozycji dominującej to celowa byłaby zmiana decyzji i orzeczeniu o nie stwierdzeniu, że powód stosuje praktykę monopolistyczną. Druga z możliwości, zastosowana przez Sąd w niniejszej sprawie, zmierzała w gruncie rzeczy do umożliwienia Prezesowi ponownego zbadania i dokładnej analizy praktyki

powoda. Stanowisko Sądu w tej kwestii podyktowane było właśnie publicznym charakterem sprawy i koniecznością dążenia do wszechstronnego wyjaśnienia sprawy, w szczególności ustalenia czy powód nadużywa pozycji dominującej na rynku właściwym.

Apelacje od powyższego wyroku wywiedli powód, pozwany i zainteresowany.

Powód zaskarżył wyrok w części tj. w zakresie punktu pierwszego. Zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 4793<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. przez jego błędne zastosowanie polegające na uchyleniu zaskarżonej przez powoda decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sytuacji, gdy poczynione przez sąd ustalenia nakazywały zmianę zaskarżonej decyzji w całości i orzeczenie co do istoty sprawy przez stwierdzenie niestosowania przez powoda zarzucanej mu praktyki nadużywania pozycji dominującej.

Powód wniósł o zmianę zaskarżonego orzeczenia i zmianę decyzji pozwanego z 27.10.2007 r. nr (...) przez orzeczenie niestwierdzenia stosowania przez powoda praktyki nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej przez stosowanie w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, co polegać miało na bezzasadnym różnicowaniu stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego i telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych i telewizyjnych, ewentualnie o jego zmianę i zmianę decyzji pozwanego z 27.10.2007 r. nr (...) przez orzeczenie niestwierdzenia stosowania przez powoda praktyki nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów radiowych w naziemnej sieci nadawczej przez stosowanie w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, co polegać miało na bezzasadnym różnicowaniu stawek za usługi emisji sygnału programu radiowego dla poszczególnych nadawców radiowych oraz niestwierdzenia stosowania przez powoda praktyki nadużywania pozycji dominującej na krajowym rynku usług emisji programów telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej przez stosowanie w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych warunków umów stwarzających tym kontrahentom korzystniejsze warunki konkurencji, co polegać miało na bezzasadnym różnicowaniu stawek za usługi emisji sygnału programu telewizyjnego dla poszczególnych nadawców radiowych.

Pozwany zaskarżył orzeczenie Sądu Okręgowego w całości. Sądowi Okręgowemu zarzucił naruszenie prawa materialnego:

- art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie i w konsekwencji uznanie, że ze strony pozwanego doszło do nieprawidłowego wyznaczenia jako rynku właściwego w sprawie krajowego rynku usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej polegające na: błędnym uznaniu, że decydującą rolę przy wyznaczeniu rynku właściwego ma w niniejszej sprawie substytucyjność popytu, błędnym uznaniu, że brak substytucji popytowej usług transmisji sygnału radiowego i sygnału telewizyjnego nie pozwala na ustalenie istnienia substytucji podażowej ww. usług, błędnym przyjęciu, że brak jest substytucji podażowej usług sygnału radiowego i telewizyjnego, a w konsekwencji nieprawidłowe określenie jako rynków właściwych w sprawie rynku emisji sygnału telewizyjnego i rynku emisji sygnału radiowego i brak jednoznacznego określenia wymiaru geograficznego rynku właściwego,

- art. 8 ust. 2 pkt 3 u.o.k. i k. poprzez jego niezastosowanie skutkujące brakiem rozstrzygnięcia istoty sprawy,

- art. 101 ust. 1 pkt 1 u.o.k. i k. poprzez jego niezastosowanie skutkujące brakiem orzeczenia o karze pieniężnej.

Pozwany zarzucił również Sądowi Okręgowemu naruszenie przepisów prawa procesowego mające wpływ na rozstrzygnięcie:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

a) brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego oraz pominięcie znacznej jego części i przyjęcie błędnych w znaczeniu niepełnych/niewystarczających) ustaleń faktycznych polegających na braku analizy okoliczności dotyczących strony podaźowej rynku, tj. warunków świadczenia usług przez operatorów sieci nadawczych i bezpodstawne uznanie, że brak jest substytucyjności podaźowej usług emisji sygnału radiowego i telewizyjnego oraz przyjęciu, że pozwany dopuścił dowód z opinii biegłego, a następnie pominął go i nie włączył do akt postępowania;

b) dowolną ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i w konsekwencji przyjęcie, że w ramach postępowania sądowego, na podstawie zebranego materiału dowodowego nie jest możliwe dokonanie ustaleń koniecznych dla stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej na rynku innym niż zdefiniowany i analizowany przez Prezesa UOKiK;

c) dowolną ocenę zebranego w sprawie materiału dowodowego tj. opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki i telekomunikacji poprzez przyjęcie, że biegły tej specjalności posiada wiedzę specjalną, która umożliwia mu dokonanie oceny poziomu kosztów, jakie ponieść musi operator sieci naziemnej przy przejściu ze świadczenia usług emisji programu radiowego na telewizyjny, a w konsekwencji uznanie opinii biegłego w przedmiocie przedstawienia sposobów i różnic technicznych w świadczeniu usług transmisji programów radiowych i telewizyjnych za dowód istnienia znacznej bariery ekonomicznej ww. zmiany przedmiotu działalności, co decyduje o braku substytucyjności podaźowej świadczonych przez powoda usług;

d) wybiórczą ocenę zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, w tym pominięcie sieciowego charakteru świadczonych przez powoda usług emisji i w konsekwencji przyjęcie, że fakt, że nadawcy niejednokrotnie decydują się na zakup własnych urządzeń emisyjnych i dosyłowych nie przemawia za istnieniem substytucyjności podaźowej usług naziemnej emisji sygnałów radiowych i telewizyjnych jako, że dotyczy innego rynku tj. rynku udostępniania obiektów nadawczych;

- art. 278 § 1 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. i 232 k.p.c. poprzez zaniechanie powołania biegłego sądowego pomimo uznania przez sąd pierwszej instancji, że przeprowadzenie tego rodzaju dowodu niezbędne jest dla ustalenia faktów mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy tj. analizy kosztów i warunków poszczególnych umów powoda, a to na skutek błędnego przyjęcia, że przedmiotowy dowód zmierzałby w kierunku ustalenia, że powód nadużywa pozycji dominującej, pomimo, że tego rodzaju dowód pozwoliłby na ustalenie okoliczności obiektywnych, tj. czy ze strony powoda doszło do różnicowania stawek za świadczone usługi;

- art. 233 k.p.c. w zw. z art. 232 i 278 § 1 k.p.c. poprzez uznanie, że dokonane przez Prezesa UOKiK porównanie stawek pobieranych przez powoda z tytułu świadczonych usług emisji radiowej i telewizyjnej od nadawców publicznych i komercyjnych opiera się na dowolnych założeniach i przybliżeniach pomimo, że ocena przedmiotowej kwestii wymagała posiadania wiadomości specjalnych co oznacza, że dla jej dokonania przez sąd niezbędne było powołanie biegłego sądowego;

- art. 232 zd. 2 k.p.c. w zw. z art. 316 k.p.c. poprzez jego błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie polegające na przyjęciu, że niedopuszczalne jest w kontradiktoryjnym postępowaniu cywilnym toczącym się na skutek złożenia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, dopuszczenie dowodu nie wskazanego przez strony;

- art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania podstawy faktycznej oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku, a także niedokonanie własnych ustaleń w zakresie określenia rynku właściwego i stwierdzenia pozycji dominującej polegające na: braku wskazania dowodów, w oparciu o które Sąd doszedł do przyjęcia odmiennej od wskazanej w decyzji koncepcji rynku właściwego w sprawie oraz braku wyjaśnienia podstawy prawnej w zakresie wszystkich elementów dotyczących rynku właściwego poprzez niewyjaśnienie kryteriów, w oparciu o które Sąd określił rynek właściwy w sprawie oraz pominięcie wymiaru geograficznego rynku właściwego;

- art. 479<sup>31a</sup> § 1 i 3 k.p.c. poprzez uchylenie decyzji Prezesa UOKiK i nie orzeczenie co do istoty sprawy, poprzez błędne uznanie, że przyjęcie przez Sąd innego rynku właściwego prowadzi do konieczności uchylenia decyzji, przez błędne uznanie przez sąd, że zgromadzony w sprawie materiał dowodowy nie pozwala na wydanie rozstrzygnięcia merytorycznego.

W konkluzji apelacji pozwany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania, ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania.

Zainteresowany Związek (...) zaskarżył wyroku w całości. Sądowi Okręgowemu zarzucił naruszenie prawa materialnego:

- art. 4 pkt 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji niewłaściwe przyjęcie, że rynek świadczenia usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej nie istnieje, pominięcie substytucji podażowej występującej na rynku świadczenia usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, a w konsekwencji wadliwe określenie rynku relewantnego, jako odrębnych rynków usług emisji programów radiowych oraz usług emisji programów telewizyjnych z pominięciem zasadniczej części tego rynku w postaci infrastruktury nadawczej.

Ponadto zainteresowany zarzucił Sądowi Okręgowemu naruszenie prawa procesowego:

- art. 233 § 1 k.p.c. poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego wyrażający się w pominięciu znaczącej jego części i w konsekwencji przyjęciu błędnych ustaleń faktycznych polegających na braku wszechstronnej analizy okoliczności podażowych rynku w postaci warunków świadczenia usług przez operatorów sieci nadawczych i uznanie, że okoliczności te nie mają dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy znaczenia, braku analizy kosztów stworzenia i utrzymania elementu infrastruktury przesądzającej o możliwości świadczenia usług emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej w postaci obiektów nadawczych i błędne przyjęcie, że same koszty przebudowy zasilania, klimatyzacji oraz urządzenia transmisyjnego dla danego rodzaju sygnału uzasadniają rozróżnienie rynków relewantnych.

W konkluzji apelacji zainteresowany wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku i oddalenie odwołania w całości ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu do ponownego rozpoznania.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

***Wszystkie apelacje pozbawione są uzasadnionych podstaw prawnych i jako takie podlegają oddaleniu.***

Stosownie do treści art. 4 ust. 8 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów przez rynek właściwy rozumie się 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. Dla wyodrębnienia rynku właściwego produktowo podstawowe znaczenie ma przede wszystkim punkt widzenia nabywcy danego dobra (tzw. substytucyjność popytowa), jakkolwiek w praktyce organów antymonopolowych oraz Komisji Europejskiej bierze się jednak pod uwagę także i punkt widzenia sprzedawcy tj. substytucyjność podażową. W tym kontekście do jednego rynku (relewantnego) Komisja kwalifikuje także te towary, które z punktu widzenia konsumentów nie są wprawdzie wymienne (substytucyjne) z innymi towarami, lecz na które producenci (sprzedawcy) stosunkowo szybko są w stanie przestawić swoją produkcję.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w wyroku z dnia 6 grudnia 2000 r. w sprawie XVII Ama 101/99 wskazał, że rynek telewizji kablowej od strony podażowej tworzą zarówno operatorzy tradycyjnej telewizji kablowej jak i operatorzy telewizji satelitarnej (platformy cyfrowe). Ich oferta jest z punktu widzenia konsumenta w pełni substytucyjna. Stanowisko jednak wyrażone w tym orzeczeniu nie może mieć zastosowania w przedmiotowej

sprawie. Świadczenie bowiem usług transmisji sygnału radiowego i usług transmisji sygnału telewizyjnego są zgoła odmiennymi produktami oferowanymi przez powódkę. Odbiorca zainteresowany transmisją sygnału telewizyjnego nie jest zainteresowany transmisją sygnału radiowego i odwrotnie, zatem z jego punktu widzenia produkty te nie są substytutami, choć nie jest wykluczone, że jeden przedsiębiorca może być zainteresowany transmisją obu sygnałów. Niemniej jednak Sąd Apelacyjny, podobnie jak Sąd Okręgowy stoi na stanowisku, że pomiędzy tymi produktami nie zachodzi stosunek substytucyjności.

W praktyce podstawowe znaczenie dla wyznaczenia rynku właściwego relewantnego produktowo ma kryterium "przeznaczenia" (zastosowania) danego towaru. Towary, które nadają się do takiego samego zastosowania i które z tego powodu są przez konsumentów (lub innych odbiorców) traktowane jako wymienne, należy zakwalifikować do tego samego rynku. Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, że zasadniczym kryterium wyznaczania właściwego rynku produktowego jest traktowanie przez konsumenta bądź innego odbiorcę produktów jako substytutów.

Na brak podstaw do ustalenia przez pozwanego jako właściwego rynku substytucyjności podaźowej wskazuje ponadto treść sformułowanego przez Prezesa UOKiK zarzutu dotyczącego stosowania przez powódkę zróżnicowanych stawek w podobnych umowach z nadawcami publicznymi i komercyjnymi sygnałów radiowych i telewizyjnych.

Pozwany ustalając, że stosowanie przez powódkę zróżnicowanych stawek w podobnych umowach prowadziło do dyskryminowania nadawców publicznych, podkreślił, że celem zachowania powódki było przyciągnięcie do siebie nowych na rynku podmiotów niepublicznych, a tym samym uniemożliwienie powstania konkurencyjnej wobec jej oferty podmiotów trzecich, które mogłyby przyciągać nowe podmioty niższymi niż oferowane przez powódkę stawkami opłat. Tymczasem pozwany zarzuca Sądowi Okręgowemu naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez jego niezastosowanie, podczas, gdy przepis ten stanowi, że nadużywanie pozycji dominującej polega między innymi na stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających **tym osobom** zróżnicowane warunki konkurencji. Zatem nie odnosi się do potencjalnych konkurentów powódki, a do podmiotów zainteresowanych odbiorem emitowanego przez powódkę sygnału radiowego i telewizyjnego.

Powyższe również przemawia za błędnym ustaleniem przez pozwanego rynku właściwego.

Odnosnie do zarzutu naruszenia przez Sąd Okręgowy art. 233 § 1 k.p.c. poprzez przyjęcie, że pozwany dopuścił dowód z opinii biegłego, a następnie pominął go i nie włączył do akt postępowania wskazać należy, że, jak wynika z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd przede wszystkim podkreślił, że dla porównania poszczególnych warunków umów i weryfikacji technicznych różnic w świadczonych na podstawie umów usługach konieczna jest wiedza specjalistyczna, co przemawiało za odwołaniem się przez pozwanego do opinii biegłego. Sąd podkreślił, że pozwany widział taką potrzebę, skoro dopuścił dowód z opinii biegłego. Zatem nie jest przedmiotem zarzutu pod adresem pozwanego to, że po przeprowadzeniu opinii następnie pominął jej treść przy dokonywaniu ustaleń stanowiących podstawę decyzji, a to, że widząc potrzebę odwołania się do opinii biegłego Prezes UOKiK samodzielnie dokonał ustaleń opierając się szacowaniu i dowolnych, ponieważ nie zweryfikowanych przez specjalistę założeniach. Okoliczność zatem, że pozwany pominął dowód, ponieważ poprzedzone to było postanowieniem o uchyleniu postanowienia w przedmiocie dopuszczenia dowodu z opinii biegłego, pozostaje bez znaczenia w sprawie. Podkreślić należy jedynie, że pozwany dopuszczając dowód z opinii biegłego chciał skorzystać z wiedzy specjalisty, a uchylenie postanowienia o jego dopuszczeniu podyktowane było jedynie tym, że złożony dokument nie spełniał wymogów opinii.

Nie można zatem uznać za zasadny zarzut naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisu art. 233 § 1 k.p.c. w zakresie, w jakim pozwany zarzuca Sądowi Okręgowemu brak wszechstronnej oceny zebranego w sprawie materiału dowodowego.

Odnosnie do zarzutu dowolności oceny materiału dowodowego wskazać należy, że, w ocenie Sądu Apelacyjnego, Sąd Okręgowy nie przekroczył granic swobodnej oceny materiału dowodowego. Przekonująca jest argumentacja tego Sądu zawarta w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku, w której Sąd pierwszej instancji uznał, że fakt decydowania się niejednokrotnie przez nadawców na zakup własnych urządzeń emisyjnych i dosyłowych, wykupując tym



samym u dostawcy jedynie dostęp do masztu, jego obsługę oraz obsługę zainstalowanych urządzeń stanowiących własność nadawcy, nie przemawia za istnieniem substytucyjności podaży, ponieważ dotyczy innego jeszcze rynku – udostępniania obiektów nadawczych.

Podkreślenia wymaga, że dla dokonania oceny, czy i w jaki sposób przedsiębiorca wykorzystuje swoją dominującą pozycję na rynku, niezbędne jest określenie rynku właściwego w sposób ścisły. Jak podkreśla się w orzecznictwie rynek ten dotyczy wszystkich towarów 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. Rynek właściwy określa płaszczyznę współzawodnictwa konkurujących ze sobą podmiotów. Najistotniejszym aspektem rynku właściwego, jest poziom produktowy tego rynku, który polega na takim wyodrębnieniu towarów, by możliwe było odróżnienie tych towarów od innych w sposób wykluczający możliwość ich dowolnej zamiany. Tworzą go zatem towary, które mogą być z perspektywy nabywców i bez szkody dla nich zastępowane. Wyodrębnienie towarów w powyższy sposób następuje w oparciu o ich szczególne właściwości, jak m.in. przeznaczenie, funkcje użytkowe, cenę, jakość. Przy wyznaczaniu rynku produktowego należy stosować wąskie kryteria podziału, by ustalić właściwą, precyzyjną płaszczyznę współzawodnictwa, a także zapewnić funkcjonowanie prawnych instrumentów ochrony wolnej konkurencji przez umożliwienie rzetelnego wyznaczenia poziomu ewentualnej rynkowej dominacji podmiotów funkcjonujących na rynku. Zbyt szerokie definiowanie rynku produktowego mogłoby pozbawić znaczenia przyznaną przez prawo antymonopolowe ochronę konkurencji (tak Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 28 listopada 2008 r., XVII Ama 107/07).

Rynek pod względem przedmiotowym tworzą więc towary, które, z punktu widzenia nabywcy, charakteryzują się bliską substytucyjnością (vide wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 26 października 1994 r., XVII Amr 24/94, Wokanda 1995, nr 8, s. 55). Podobnie rynek relewantny asortymentowo definiuje ETS, uznając za taki rynek obejmujący produkty, które ze względu na ich właściwość szczególnie nadają się do zaspokojenia zapotrzebowania w sposób ciągły i są jedynie w ograniczonym zakresie wymienne z innymi wyrobami (sprawa 31/80, (...), Zb. Orz. 1980, s. 3765). Dlatego też w ocenie Sądu Apelacyjnego nie jest zasadny zarzut, że sąd pierwszej instancji dokonał wybiórczej oceny materiału dowodowego w zakresie, w jakim uznał, że fakt zakupu przez nadawców własnych urządzeń emisyjnych i dosyłowych dotyczy innego rynku tj. rynku udostępniania obiektów nadawczych.

Jak wyżej podniesiono możliwe jest wyznaczenie rynku właściwego jako rynku towarów, które z punktu widzenia konsumentów nie są wprawdzie substytucyjne z innymi towarami, lecz na które producenci (sprzedawcy stosunkowo szybko są w stanie przestawić swoją produkcję.

Z opinii biegłego sądowego wynika natomiast, że koszt przejścia ze świadczenia usług emisji sygnału radiowego na telewizyjny na tym samym obiekcie nadawczym stanowi znaczną barierę ekonomiczną, gdyż wiąże się z nakładem w postaci zakupu urządzenia transmisyjnego i przebudową elementów infrastrukturalnych takich jak zasilanie i klimatyzacja. Bariere stanowić może również wysokość masztu, która może nie kwalifikować go do montażu urządzeń do emisji innego sygnału niż dotychczas emitowany. Bariera ta stanowi o braku substytucyjności podaży, bowiem brak jest możliwości stosunkowo szybkiego przestawienia na emisję innego niż dotychczas emitowanego sygnału.

Wbrew stanowisku pozwanego zaprezentowanemu w apelacji, opinia biegłego sądowego nie dawała podstaw do stwierdzenia nadużycia pozycji dominującej powódki na innym niż określony przez Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów rynku.

W ocenie Sądu nie są zasadne twierdzenia pozwanego odnośnie do naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów postępowania co do działania sądu z urzędu w zakresie postępowania dowodowego podkreślenia wymaga, jak słusznie wskazał na to Sąd Okręgowy, postępowanie z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Na stronach tego postępowania spoczywa obowiązek przedstawiania dowodów na potwierdzenie prezentowanych stanowisk.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 marca 2010 r. w sprawie III SK 40/09 stwierdził, że z uwagi na specyfikę postępowania w sprawach ochrony konkurencji, ustalenia w przedmiocie określenia rynku właściwego należą do

Sądu Okręgowego oraz Sądu Apelacyjnego, zaś ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Prezesie Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który w tym celu powinien wykorzystać - przede wszystkim - instrumenty dostępne w toku postępowania administracyjnego (wyjaśniającego i właściwego). Wobec tego nie można zasadnie czynić Sądowi Okręgowemu zarzut braku działania tego sądu z urzędu i zaniechanie dopuszczenia z urzędu dowodu z opinii biegłego. W związku z tym, że to na pozwanym spoczywał obowiązek wykazania istnienia określonego rynku, na którym przedsiębiorca wykorzystuje swoją pozycję dominującą. Należy zgodzić się z sądem pierwszej instancji, który wskazał, że dopuszczanie przez sąd z urzędu dowodów mających na celu określenie rynku właściwego zmierzałoby do zastąpienia strony zainteresowanej zapadnięciem postulowanego przez nią rozstrzygnięcia, w podejmowaniu inicjatywy dowodowej.

Z tych względów nie są zasadne zarzuty naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa procesowego – art. 227 k.p.c., 278 § 1 k.p.c., 232 k.p.c., 233 § 1 k.p.c.

Nie okazał się również trafny zarzut naruszenia przez sąd pierwszej instancji art. 328 § 2 k.p.c. W ocenie Sądu Apelacyjnego uzasadnienie zaskarżonego orzeczenia nie zawiera braków, jak również nie jest obarczone wadliwościami uniemożliwiającymi instancyjną kontrolę zaskarżonego wyroku, a dopiero takie uchybienia pisemnych motywów orzeczenia mogą stanowić podstawę skutecznego zarzutu naruszenia art. 328 § 2 k.p.c.

Nie można również zgodzić się ze stanowiskiem pozwanego, że w sprawie naruszony został przez Sąd Okręgowy przepis art. 479 ind. 31a § 1 i 3 k.p.c. Uchylenie decyzji oznacza, że decyzja nie znajduje dostatecznych podstaw prawnych, a potrzeba przeprowadzenia nowego postępowania i wydania nowej decyzji pozostawiona jest uznaniu Urzędu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r., III CRN 120/91, OSNC 1992, nr 5, poz. 87). W wyroku z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09 (Lex nr 794890), Sąd Najwyższy podkreślił, że: "Uchylenie decyzji w całości powinno nastąpić wówczas, gdy wydanie jej nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego, jak również wtedy, gdy została ona skierowana do podmiotu niebędącego stroną w sprawie, a także gdy dotyczy sprawy już poprzednio rozstrzygniętej inną decyzją ostateczną. Podstawą do uchylenia decyzji Prezesa Urzędu jest także potrzeba dokonania w całości niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń".

W związku z powyższym należy zgodzić się, że w realiach przedmiotowej sprawy istniały podstawy do uchylenia zaskarżonej decyzji, wydana ona bowiem została bez ustalenia przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwestii fundamentalnej dla jej wydania, mianowicie rynku właściwego. Natomiast prawidłowe zdefiniowanie rynku właściwego przesądza o wszczęciu i o wynikach postępowania antymonopolowego. Przedwczesność wydania przez pozwanego decyzji w warunkach braku ustalenia co do rynku właściwego, zdaniem Sądu Apelacyjnego świadczy o bezpodstawności zarzutu stawianego w apelacji powódki.

W okolicznościach wyżej wskazanych, skoro nie jest możliwe dokonanie ustaleń w zakresie wykorzystywania przez powódkę jej pozycji dominującej wobec błędnego ustalenia przez pozwanego rynku właściwego, a nadto niemożnością dokonania takich ustaleń przez sąd wobec braku dostatecznego materiału, za niezasadne należało uznać podniesione w apelacji zarzuty naruszenia przez Sąd Okręgowy przepisów prawa materialnego art. 8 ust. 2 pkt 3 oraz 101 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez ich niezastosowanie, co zdaniem pozwanego skutkowało brakiem rozpoznania istoty sprawy.

Odnośnie do apelacji zainteresowanego wskazać trzeba, że podnoszone są w niej takie same zarzuty, jakie podnosi w swojej apelacji pozwany, stąd też apelację tę należy uznać za niezasadną. Ubocznie jedynie należy wskazać, że zainteresowany mimo podnoszenia, że Sąd Okręgowy pominął znaczną część materiału dowodowego, nie wskazuje, jakiego materiału zarzut ten dotyczy.

***Mając powyższe na uwadze Sąd Apelacyjny na podstawie art. 385 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania apelacyjnego rozstrzygnięto na podstawie art. 108 § 1 k.p.c. w zw. z art. 100 k.p.c.***