

*Sygn. akt VI ACa 1626/15*

## WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

*Dnia 10 marca 2017 r.*

*Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:*

*Przewodniczący – Sędzia SA Mariusz Łodko*

*Sędziowie: SA Marek Kolasiński (spr.)*

*SO del. Paweł Iwaniuk*

*Protokolant: Katarzyna Łopacińska*

*po rozpoznaniu w dniu 10 marca 2017 roku w Warszawie*

*na rozprawie*

*sprawy z powództwa (...) sp. z o.o. w W.*

*przeciwko Prezesowi Urzędu Komunikacji Elektronicznej*

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

*na skutek apelacji pozwanego*

*od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie-Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

*z dnia 3 lipca 2015 r.*

*sygn. akt XVII AmT 1/15*

- 1. zmienia zaskarżony wyrok w punkcie pierwszym częściowo, w ten sposób, że oddala odwołanie w zakresie dotyczącym punktu VI decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej z dnia 12 października 2010 r., (...);*
- 2. oddala apelację w pozostałym zakresie;*
- 3. zasądza od Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej na rzecz (...) sp. z o.o. w W. kwotę 270 zł (dwieście siedemdziesiąt złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.*

*Sygn. akt VI ACa 1626/15*

## UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 12 października 2010 roku (sygn. (...)), na podstawie art. 24 pkt 1 i 2 lit. b i c w związku z art. 22 ust. 1, art. 34 ust. 1 i ust. 2, art. 36, art. 40, art. 42 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.; dalej: PT) oraz art. 104 § 1 k.p.a. i w związku art. 206 ust. 1 PT Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (dalej: Prezes UKE, pozwany):

I. określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym;

II. ustalił, że na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej;

III. wyznaczył (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. jako przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym;

IV. utrzymał nałożone decyzją z dnia 9 listopada 2006 r. (sygn. (...)) na (...) Sp. z o.o. w K. następujące obowiązki regulacyjne w zakresie niezbędnym do zapewnienia przez Spółkę dostępu do infrastruktury, służącej do świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym:

1. obowiązek, o którym mowa w art. 36 PT, polegający na równym traktowaniu przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, w szczególności przez oferowanie jednakowych warunków w porównywalnych okolicznościach, a także oferowaniu usług oraz udostępnianiu informacji na warunkach nie gorszych od stosowanych w ramach własnego przedsiębiorstwa lub w stosunkach z podmiotami zależnymi, w szczególności w zakresie opłat za wykorzystywanie infrastruktury telekomunikacyjnej, linii światłowodowych oraz radiolinii należących do (...) Sp. z o.o. w K. w celu uniknięcia dyskryminacji w zakresie warunków świadczonych usług, opłat oraz jakości usług;

2. obowiązek, o którym mowa w art. 40 PT, polegający na ustalaniu opłat z tytułu dostępu telekomunikacyjnego w celu świadczenia dostępu telekomunikacyjnego w oparciu o ponoszone koszty przez (...) Sp. z o.o. w K. i przedstawienia Prezesowi UKE uzasadnienia ich wysokości;

3. obowiązek, o którym mowa w art. 42 PT. Zakres oferty ramowej o dostępie telekomunikacyjnym, jaka ma być stosowana przez (...) Sp. z o.o. w K., ma być zgodny z załącznikiem nr 2, stanowiącym integralną część decyzji;

V. zmienił opisany niżej obowiązek regulacyjny, nałożony na (...) Sp. z o.o. w K. decyzją z dnia 9 listopada 2006 r. (sygn. (...)), o którym mowa w art. 34 ust. 1 i ust. 2 PT, nadając mu następujące brzmienie: obowiązek uwzględniania uzasadnionych wniosków przedsiębiorców telekomunikacyjnych o zapewnienie im dostępu telekomunikacyjnego, w tym użytkowania elementów infrastruktury, sieci oraz udogodnień towarzyszących, polegający w szczególności na:

- zapewnieniu określonych elementów sieci telekomunikacyjnej, w tym linii i łączy, systemów transmisyjnych oraz urządzeń telekomunikacyjnych, a także innych zasobów, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną;
- zapewnieniu infrastruktury telekomunikacyjnej, w tym masztów, słupów, wież lub innych urządzeń technicznych w celu umieszczenia, montażu i podłączenia na obiektach (...) Sp. z o.o. w K. sprzętu przedsiębiorcy telekomunikacyjnego, chcącego współkorzystać z infrastruktury (...) Sp. z o.o. w K.;
- zapewnieniu kolokacji, polegającej na udostępnianiu przestrzeni fizycznej oraz innych form wspólnego korzystania z budynków;
- zapewnieniu udogodnień towarzyszących usłudze transmisji radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostępu do budynków i infrastruktury telekomunikacyjnej;

- prowadzeniu w dobrej wierze negocjacji w sprawie dostępu telekomunikacyjnego oraz utrzymaniu uprzednio ustanowionego dostępu telekomunikacyjnego do określonych sieci telekomunikacyjnych, urządzeń lub udogodnień towarzyszących;

VI. uchylił nałożony na (...) Sp. z o.o. w K. decyzją z dnia 9 listopada 2006 r. (sygn. (...)) obowiązek, o którym mowa w art. 38 PT, polegający na prowadzeniu rachunkowości regulacyjnej w sposób umożliwiający identyfikację przepływów transferów wewnętrznych związanych z działalnością w zakresie dostępu telekomunikacyjnego, zgodnie z przepisami art. 49-54 PT i odpowiednimi aktami wykonawczymi w celu opłat lub stosowania innych rodzajów dyskryminacji cenowej;

VII. stwierdził, że niniejsza decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu, stosownie do art. 206 ust. 2 i 2aa PT.

Powód (...) Sp. z o.o. w K. wniósł odwołanie od powyższej decyzji, zaskarżając ją w całości.

Przedmiotowej decyzji zarzucono:

I. obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 15 i art. 16 PT, poprzez nieprawidłowe przeprowadzenie postępowania konsultacyjnego, co skutkuje, na zasadzie art. 156 ust. 1 pkt 2 k.p.a., obarceniem decyzji wadą nieważności;

II. obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 7 i 77 k.p.a. w związku z nieprawidłowo przeprowadzonym postępowaniem dowodowym i niedokładnym wyjaśnieniem stanu faktycznego, a także obrazę art. 78 k.p.a. w związku z wydaniem w dniu 27 lipca 2010 r. postanowienia o odmowie przeprowadzenia żądanego dowodu, czego skutkiem było dokonanie błędnych ustaleń w sprawie, a tym samym obraza przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 pkt 1 PT w zw. z art. 21 PT oraz art. 22 ust. 1 pkt 1 PT;

III. obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 107 § 3 k.p.a. w związku z nieprawidłowym uzasadnieniem decyzji, gdyż organ nie odniósł się w ogóle, bądź odniósł się jedynie ogólnikowo do twierdzeń i argumentów strony (powoda) przedstawianych w stanowiskach składanych w trakcie postępowania, w szczególności organ nie wskazał przyczyn, z powodu których odmówił wiarygodności i mocy dowodowej stanowiskom strony (powoda), co stanowi też obrazę przepisów art. 8 k.p.a. i art. 11 k.p.a., nakazujących prowadzić postępowanie w taki sposób, aby pogłębiać zaufanie obywateli do organów państwa i wyjaśnić stronom zasadność przesłanek, którymi kierują się organy przy załatwieniu sprawy;

IV. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 22 i 24 PT w związku z brzmieniem art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 5-0, poz. 331 z późn. zm.; dalej: uokik) przez:

1. błędne określenie rynku właściwego wskutek uznania, iż usługi transmisji programów telewizyjnych w sieciach kablowych oraz poprzez transmisję satelitarną nie stanowią substytutu dla transmisji w sieciach naziemnych;
2. błędne określenie rynku właściwego wskutek włączenia do zakresu rynku produktowego usługi dosyłu;
3. przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego, polegające na stwierdzeniu, iż usługi transmisji programów radiofonicznych i telewizyjnych wchodzą w skład jednego rynku właściwego;
4. przyjęcie błędnej definicji rynku właściwego, polegające na stwierdzeniu, iż 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;
5. nieprawidłowe poddanie regulacji ex ante transmisji naziemnych programów telewizyjnych i radiowych w technologii cyfrowej;
6. poczynienie błędnych ustaleń w trakcie przeprowadzania tzw. testu trzech kryteriów, co doprowadziło do błędnego określenia rynku właściwego podlegającego regulacji ex ante;

V. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 22 ust.1 pkt 1 PT w związku z brzmieniem art. 19 ust. 3 PT oraz art. 4 pkt 9 uokik w związku z brzmieniem art. 24 pkt 1 PT, poprzez oparcie się w skarżonej decyzji na nieobowiązującym w chwili wydawania decyzji zaleceniu Komisji Europejskiej z 11 lutego 2003 r. (nr (...)) w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji ex ante;

VI. obrazę przepisów prawa materialnego, tj. art. 24 pkt 2 PT oraz właściwych przepisów wspólnotowych, poprzez nałożenie na powoda obowiązków regulacyjnych z pominięciem zasady proporcjonalności i adekwatności;

VII. obrazę przepisów prawa procesowego, tj. art. 107 k.p.a. w zw. z art. 24 pkt 2 PT, poprzez brak uzasadnienia proporcjonalności i adekwatności dla nakładanych na powoda obowiązków wskazanych w treści decyzji regulacyjnej.

Wskazując na powyższe powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji w całości oraz o zasądzenie na swoją rzecz kosztów procesu według norm przepisanych.

Po ostatecznym sprecyzowaniu odwołania, w piśmie procesowym datowanym na dzień 18 lutego 2011 r., powód wniósł o uchylenie zaskarżonej decyzji za wyjątkiem jej punktu szóstego.

Pozwany Prezes UKE w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości oraz o zasądzenie od powoda na swoją rzecz kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Wyrokiem z dnia 3 lipca 2015 roku Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w punkcie pierwszym sentencji uchylił zaskarżoną decyzję w całości; zaś w punkcie drugim sentencji zasądził od Prezesa UKE na rzecz powoda kwotę 377 złotych tytułem zwrotu kosztów procesu.

Powyższe rozstrzygnięcia Sąd Okręgowy oparł na następujących ustaleniach faktycznych:

W dniu 30 października 2009 r., po przeprowadzeniu analizy rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym, Prezes UKE zawiadomił (...) Sp. z o.o. o wszczęciu postępowania w sprawie: określenia rynku właściwego; ustalenia, czy na rynku właściwym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorcy telekomunikacyjni zajmujący kolektywną pozycję znaczącą; wyznaczenia przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą w przypadku stwierdzenia, że na rynku właściwym nie występuje skuteczna konkurencja oraz nałożenia na tego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą obowiązków regulacyjnych oraz utrzymania, zmiany albo uchylenia obowiązków regulacyjnych, nałożonych na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej lub przedsiębiorców telekomunikacyjnych zajmujących kolektywną pozycję znaczącą przed przeprowadzeniem analizy rynku.

W dniach od 1 do 31 marca 2010 r. Prezes UKE przeprowadził postępowanie konsultacyjne, dotyczące projektu decyzji w sprawie określenia rynku właściwego, jako krajowego rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych, w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym; ustalenia, że na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym występuje przedsiębiorca telekomunikacyjny o znaczącej pozycji rynkowej; wyznaczenia (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K., jako przedsiębiorcy telekomunikacyjnego o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym oraz utrzymania, zmiany, nałożenia i zniesienia obowiązków regulacyjnych.

W ramach przedmiotowego postępowania swoje stanowisko wobec projektu decyzji Prezesa UKE przedstawiły następujące podmioty: (...), (...) S.A., (...) Sp. z o.o., Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz (...). Prezes UKE przedstawił swój komentarz do uwag i opinii, które wpłynęły w trakcie postępowania konsultacyjnego.

W dniu 1 marca 2010 r. Prezes UKE notyfikował projekt ww. decyzji Komisji Europejskiej, która zarejestrowała notyfikację pod numerem (...). W dniu 12 marca 2010 r. Komisja Europejska przesłała zapytanie o dodatkowe informacje dotyczące przedmiotowej decyzji, na które Prezes UKE odpowiedział w dniu 17 marca 2010 r. W piśmie z dnia 31 marca 2010 r. Komisja przekazała swoje uwagi do projektu decyzji.

W dniu 24 maja 2010 r., w związku z zakończeniem postępowania konsultacyjnego, Prezes UKE przekazał Prezesowi UOKiK projekt decyzji w niniejszej sprawie, o czym zawiadomiono Spółkę (...). Następnie, w postanowieniu z 8 czerwca 2010 r. Prezes UOKiK uznał, iż:

a) zasadne jest stwierdzenie, iż (...) posiada pozycję znaczącą na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym;

b) zasadne jest utrzymanie nałożonych na (...) decyzją z dnia 9 listopada 2006 r., sygn. (...), obowiązków regulacyjnych;

c) zasadna jest zmiana obowiązku regulacyjnego, określonego w art. 34 PT, nałożonego na (...) decyzją z dnia 9 listopada 2006 r., sygn. (...);

d) zasadne jest uchylene obowiązku regulacyjnego, określonego w art. 38 PT, nałożonego na T. E. decyzją z dnia 9 listopada 2006 r., sygn. (...). Po przeprowadzeniu analizy rynku właściwego, Prezes UOKiK ustalił m.in., że:

- udział przedsiębiorcy w rynku kształtuje się na wysokim poziomie;
- na analizowanym rynku właściwym mamy do czynienia z brakiem technicznej i ekonomicznej zasadności budowy alternatywnej infrastruktury telekomunikacyjnej;
- nie istnieje przewaga technologiczna Spółki na rynku;
- rynek charakteryzuje się brakiem równoważącej siły nabywczej;
- Spółka posiada łatwy dostęp do rynków kapitałowych bądź zasobów finansowych;
- Spółka korzysta z ekonomii skali i zakresu;
- Spółka jest przedsiębiorcą zintegrowanym poziomo;
- rynek charakteryzuje brak potencjalnej istotnej konkurencji;
- nie istnieją bariery dla dalszego rozwoju rynku oraz dalszego rozwoju Spółki;
- istnieją bariery wejścia na rynek właściwy (zarówno ekonomiczne, jak i prawne).

Dnia 12 października 2010 r. Prezes UKE wydał decyzję, która została zaskarżona w niniejszym postępowaniu sądowym.

W dniu 22 grudnia 2011 r. Sąd Rejonowy (...) zarejestrował połączenie spółek (...) Sp. z o.o. w K. i (...) Sp. z o.o. w W.. Połączenie to nastąpiło w trybie art. 516 § 6 k.s.h., na podstawie uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników (...) Sp. z o.o. z 17 listopada 2011 r. (...) Sp. z o.o. wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki (...).

Na podstawie uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników (...) Sp. z o.o. z 13 czerwca 2014 r. doszło do połączenia spółek (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. w trybie art. 516 § 6 k.s.h. Jednocześnie z przejęciem Spółki (...), (...) zmieniła firmę na (...) Sp. z o.o.

Wyrokiem z dnia 18 grudnia 2012 r., wydanym w sprawie o sygn. akt XVII AmA 172/10, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uchylił decyzję Prezesa UOKiK z 25 października 2007 r. (nr (...)), na podstawie której uznano

działalnie (...) Sp. z o.o. w K., polegające na stosowaniu w podobnych umowach z innymi kontrahentami niejednorodnych 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 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów i nakazał zaniechanie jej stosowania. Oceniając prawidłowość ustalenia przez Prezesa UOKiK rynku właściwego, SOKiK uznał, że prezentowana przez organ teoria podaźowej substytucyjności produktów nie znajduje uzasadnienia w przepisach prawa krajowego. Sąd ten zakwestionował określenie rynku właściwego jako rynku emisji programów radiowych i telewizyjnych w naziemnej sieci nadawczej, wobec braku substytucyjności popytu w odniesieniu do usługi transmisji sygnału radiowego i telewizyjnego. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku, nadawcy radiowi nie są bowiem zainteresowani emisją sygnału telewizyjnego i odwrotnie. Zdaniem Sądu, skoro z punktu widzenia nadawców, tj. od strony popytowej rynku nie istnieje substytucyjność, gdyż emisja radiowa i telewizyjna nie są usługami wymiennymi, a z punktu widzenia ostatecznych odbiorców brak jest substytucyjności tych usług, to ta optyka nie pozwala na uznanie substytucyjności podaży. Powyższy wyrok został utrzymany w mocy, na skutek oddalenia apelacji wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie o sygn. akt VI ACa 1260/13.

W oparciu o powyższe ustalenia faktyczne zdaniem Sądu Okręgowego odwołanie, stanowiące przedmiot niniejszej sprawy, zasługiwało na uwzględnienie.

Przede wszystkim jako trafny Sąd pierwszej instancji ocenił zarzut naruszenia przez Prezesa UKE art. 22 i 24 PT, poprzez błędne określenie rynku właściwego.

Sąd Okręgowy zważył, iż zgodnie z art. 23 ust. 1 pkt 1 PT rynek właściwy Prezes UKE określa, mając na uwadze poziom rozwoju krajowego rynku produktów i usług telekomunikacyjnych, zgodnie z prawem konkurencji. Stosownie zaś z legalną definicją, zawartą w art. 4 pkt 9 uokik, rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez 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.

Sąd pierwszej instancji podniósł, iż w zaskarżonej decyzji, a ściślej w jej punkcie pierwszym, Prezes UKE określił rynek właściwy jako krajowy rynek świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym. Tymczasem – jak argumentował Sąd Okręgowy - prawomocnym wyrokiem Sądu Okręgowego w W., w sprawie o sygn. XVII AmA 172/10, została uchylona decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 25 października 2007 r., nr (...), dotycząca powodowej Spółki, z uwagi na błędne określenie rynku, tj. uznanie, że usługi emisji (transmisji) programów radiowych, jak i programów telewizyjnych wchodzi w skład tego samego rynku właściwego. Sąd Okręgowy orzekający w niniejszej sprawie w pełni podzielił przy tym pogląd Sądu Apelacyjnego w W., wyrażony w wyroku w sprawie VI ACa 1260/13, że usługi transmisji radiowej i telewizyjnej nie są substytutami; nie nadają się do tego samego zastosowania; nie są traktowane przez konsumentów jako wymienne i w związku z tym nie należą do tego samego rynku.

Zdaniem Sądu pierwszej instancji błędne określenie rynku przez Prezesa UKE skutkowało w konsekwencji nieuzasadnionym ustaleniem, że na tym rynku powód posiada pozycję dominującą oraz błędnym wyznaczeniem go jako przedsiębiorcy o znaczącej pozycji rynkowej na krajowym rynku świadczenia usługi transmisji programów radiofonicznych lub telewizyjnych, czego dalszą konsekwencją – jak zaznaczył Sąd Okręgowy - było również utrzymanie, bądź zmiana nałożonych na niego obowiązków regulacyjnych.

Sąd pierwszej instancji zważył jednocześnie, iż powyższy zarzut strony powodowej był zasadny również z uwagi na włączenie do zakresu rynku produktowego usługi dosyłu, co zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego przedstawionym w wyroku z dnia 2 lutego 2011 r., III SK 18/10, było nieprawidłowe z uwagi na pominięcie analizy

substytucyjności towarów, oparcie się jedynie na okoliczności częstego sprzedawania tej usługi „w pakiecie” z usługą transmisji programów radiofonicznych lub radiowych.

Powyższe wady zaskarżonej decyzji zdaniem Sądu Okręgowego nie mogły zostać na kanwie niniejszej sprawy konwalidowane w postępowaniu sądowym. Sąd pierwszej instancji stwierdził bowiem, że sąd nie posiada danych i środków pozwalających na ewentualną korektę decyzji poprzez określenie rynku właściwego i ocenę, czy powód posiada na nim pozycję dominującą. Dodatkowo Sąd Okręgowy miał tu na uwadze, że zaskarżona decyzja utrzymuje i zmienia obowiązki regulacyjne, nałożone decyzją Prezesa UKE z dnia 9 listopada 2006r., sygn. (...), która prawomocnym wyrokiem Sądu Apelacyjnego w W. z dnia 14 października 2011 r., w sprawie o sygn. VI ACa 750/11, została uchylona. Sąd pierwszej instancji zważył, iż wadliwość decyzji pierwotnej przesądza również o wadliwości decyzji następczej oraz o niemożności ewentualnej oceny prawidłowości decyzji w oderwaniu od pierwotnych obowiązków regulacyjnych.

Z tych względów na mocy art. 479<sup>64</sup> § 2 k.p.c. Sąd Okręgowy uchylił zaskarżoną decyzję.

Rozstrzygnięcie o kosztach procesu Sąd pierwszej instancji oparł na podstawie art. 98 § 1 i 3 k.p.c.

Apelację od powyższego wyroku wywiódł pozwany, zaskarżając go w całości.

Przedmiotowemu orzeczeniu skarżący zarzucił:

I. naruszenie przepisów postępowania, które mogło mieć wpływ na wynik sprawy:

1. art. 479<sup>64</sup> § 1 k.p.c. poprzez uchylenie decyzji Prezesa UKE i nie orzeczenie co do istoty sprawy w wyniku błędnego uznania, że wady zaskarżonej decyzji nie mogą być konwalidowane w postępowaniu sądowym z uwagi na to, że Sąd nie posiada danych i środków, pozwalających na ewentualną korektę decyzji poprzez określenie rynku właściwego i ocenę, czy powód posiada na nim pozycję dominującą;
2. art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 22 PT poprzez brak wszechstronnego rozważenia zebranego w sprawie materiału dowodowego i wydanie rozstrzygnięcia jedynie w oparciu o wyroki, które nie stanowiły prejudykatu w niniejszej sprawie, co doprowadziło Sąd do uznania, że w zaskarżonej decyzji Prezes UKE błędnie określił rynek właściwy;
3. art. 328 § 2 k.p.c. poprzez brak wskazania podstawy faktycznej oraz niewyjaśnienie podstawy prawnej wyroku, a także niedokonanie własnych ustaleń w zakresie określenia rynku właściwego, polegające na: braku wskazania dowodów, w oparciu o które Sąd doszedł do przyjęcia odmiennej od wskazanej w decyzji koncepcji rynku właściwego w sprawie oraz braku wyjaśnienia podstawy prawnej w zakresie wszystkich elementów dotyczących rynku właściwego oraz poprzez niewyjaśnienie kryteriów, w oparciu o które Sąd określił rynek właściwy;

II. naruszenie przepisu prawa materialnego, tj. art. 24 PT, poprzez uznanie, że prawomocne uchylenie decyzji Prezesa UKE z dnia 9 listopada 2006 roku, nr (...), przesądza o wadliwości decyzji Prezesa UKE zaskarżonej w niniejszym postępowaniu.

Wskazując na powyższe skarżący wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku w całości poprzez oddalenie odwołania; ewentualnie o uchylenie zaskarżonego wyroku w całości i przekazanie sprawy Sądowi pierwszej instancji do ponownego rozpoznania. Jednocześnie skarżący wniósł o zasądzenie na swoją rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych.

Powód w odpowiedzi na apelację wniósł o jej oddalenie oraz o zasądzenie od pozwanego na swoją rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

**Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.**

Apelacja zasługuje na uwzględnienie jedynie w części dotyczącej punktu VI zaskarżonej decyzji Prezesa UKE. W pozostałym zakresie rozstrzygnięcie Sądu I instancji okazało się trafne, choć z przyczyn innych niż wskazane w jego uzasadnieniu.

W sferze relewantnej dla niniejszego orzeczenia, Sąd I instancji prawidłowo ustalił stan faktyczny, a jego ustalenia Sąd Apelacyjny przyjął za własne.

Węzłowe znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy ma zagadnienie dopuszczalności poddania sfery działalności gospodarczej objętej przedmiotową decyzją regulacją sektorową typu *ex ante*.

W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji wskazano, że „zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt. 1 PT analiza rynków właściwych następuje z uwzględnieniem uwarunkowań krajowych oraz w największym możliwym stopniu zaleceń i wytycznych Komisji” (k. 12).

W decyzji podniesiono, że rynek transmisji sygnału radiofonicznego lub telewizyjnego w celu dostarczania treści radiofonicznych lub telewizyjnych użytkownikom końcowym nie został wymieniony w Zaleceniu z 2007 i w związku z tym, „w celu określenia, czy powinien on być regulowany *ex ante*” (k. 17) należało przeprowadzić tzw. test trzech kryteriów. S. Piątek wskazuje, że „jeżeli regulator krajowy decyduje się na określenie innego rynku niż wymieniony w zaleceniu to powinien się upewnić, że spełnione zostały trzy kryteria wymienione w zaleceniu (tzw. test trzech kryteriów)”. Autor ten podkreśla też, że „test trzech kryteriów stanowi podstawę określania rynków przez Komisję w zaleceniu, a także powinien być stosowany przez krajowego regulatora, jeżeli określa on dla potrzeb regulacji wyprzedzającej rynki nie ujęte w zaleceniu” (Art. 22 Prawo telekomunikacyjne Piątek 2013, wyd. 3/Piątek, Legalis”)

W myśl punktu 2 Zalecenia Komisji z dnia 17 grudnia 2007 r. w sprawie właściwych rynków produktów i usług w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* zgodnie z dyrektywą 2002/21/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wspólnych ram regulacyjnych sieci i usług łączności elektronicznej ( (...)), określając rynki inne niż wymienione z załączniku, krajowe organy regulacyjne powinny upewnić się, że spełnione zostały następujące trzy kryteria łączne: a) obecność wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku. Mogą to być bariery o charakterze strukturalnym, prawnym lub regulacyjnym; b) struktura rynku nie podąża w stronę efektywnej konkurencji w odpowiednim horyzoncie czasowym. Zastosowanie tego kryterium wymaga zbadania stanu konkurencji w sytuacji istnienia barier w dostępie do rynku; c) samo prawo konkurencji nie jest wystarczające, by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe.

Odnośnie trzeciego z ze wskazanych kryteriów, w motywie (...)Zalecenia stwierdzono, że decyzja o uznaniu rynku za podlegający regulacji *ex ante* powinna być także uzależniona od oceny, czy prawo konkurencji w wystarczającym stopniu zajmuje się nieprawidłowościami rynkowymi wynikającymi ze spełnienia dwóch pierwszych kryteriów. Interwencje ze sfery prawa konkurencji z pewnością nie będą wystarczające, jeżeli przywrócenie równowagi na rynku po wystąpieniu nieprawidłowości wymaga podjęcia rozbudowanych środków korygujących lub kiedy niezbędne są częste i/lub szybkie interwencje.

Na szczególną uwagę zasługuje motyw (...)Zalecenia. W jego myśl, zastosowanie powyższych trzech kryteriów powinno ograniczyć liczbę rynków w sektorze łączności elektronicznej podlegających regulacji *ex ante* i w ten sposób przyczynić się do osiągnięcia celu ram regulacyjnych polegającego na stopniowym znoszeniu sektorowych regulacji *ex ante* w miarę wzrostu konkurencji na rynku. Kryteria te stosuje się łącznie, aby niespełnienie jednego z nich oznaczało, że rynek nie podlega regulacji *ex ante*.

Zaleceniu towarzyszy nota wyjaśniająca ( (...) – dalej Nota wyjaśniająca). Wskazano w niej, że regulacja *ex ante* może zostać uznana za właściwe dopełnienie prawa konkurencji wówczas, gdy zastosowanie prawa konkurencji nie umożliwia uporania się z mankamentami rynku. Przykładowo wskazano, że takie przypadki występują wówczas, gdy obowiązki regulacyjne, które są niezbędne do zaradzenia wadom rynków nie mogą być nałożone na podstawie prawa konkurencji (np. obowiązek zapewnienia dostępu w szczególnych okolicznościach



lub obowiązek określonego prowadzenia księgowości), gdy obowiązki wiążące się z interwencją zmierzającą do zaradzenia niedoskonałościom rynku są rozległe (np. prowadzenia szczegółowej księgowości na potrzeby regulacyjne, analizy kosztów, monitoringu warunków i przesłanek obejmujących parametry techniczne i tp.), gdy niezbędna jest częsta i czasochłonna interwencja, gdy potrzeba ograniczenia zakresu niepewności prawnej ma charakter pierwszoplanowy (np. multi-okresowa kontrola cen). W nocie podkreślono, że dokonując oceny efektywności prawa konkurencji i regulacji sektorowej, nie należy uwzględniać różnic zasobów, których wykorzystanie jest niezbędnych do zaradzenia określonym problemom w ramach instrumentów objętych tymi rodzajami interwencji publicznoprawnej w funkcjonowanie rynków. (...) (s. 10-11].

W myśl motywy (...)Dyrektywy ramowej 2002/21WE, ważne jest, by ustanowione uprzednio obowiązki prawne były nakładane w razie braku efektywnej konkurencji, tj. na rynkach, gdzie działa jedno lub więcej przedsiębiorstw o znaczącej pozycji rynkowej oraz w razie, gdy środki podejmowane na mocy przepisów wspólnotowego (unijnego) lub krajowego prawa konkurencji okazały się niewystarczające dla rozwiązania problemu.

Prezes UKE, broniąc tezy o „niewystarczalności prawa konkurencji” stwierdził, że w niniejszej sprawie bariery wejścia „negatywnie wpływają na możliwości stworzenia lub rozbudowy infrastruktury przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy chcą wejść na ten rynek telekomunikacyjny” (k. 25).

Wskazany wywód Prezesa UKE nie umożliwia identyfikacji problemu, którego rozwiązaniu miałoby służyć poddanie przedmiotowej sfery życia gospodarczego regulacji ex ante. Za taki nie może być uznany samo stwierdzenie, że bariery wejścia „negatywnie wpływają na możliwości stworzenia lub rozbudowy infrastruktury przez przedsiębiorców telekomunikacyjnych, którzy chcą wejść na ten rynek telekomunikacyjny”. Prawdliwość analogiczna do opisanej przez Prezesa UKE dotyczy wszystkich rynków o wysokich barierach wejścia, a większość z nich nie jest poddana regulacji ex ante. Nie można zatem zasadnie utrzymywać, iż występowanie opisanego przez organ regulacyjny oddziaływania barier wejścia na inwestycje infrastrukturalne w sferze stosunków gospodarczych, których dotyczy zaskarżona decyzja uzasadnia stwierdzenie, że zastosowanie prawa konkurencji nie umożliwia realizacji celów interwencji publicznej w funkcjonowanie mechanizmów rynkowych. Warto też zauważyć, iż w Zaleceniu obecność wysokich i trwałych barier w dostępie do rynku uznano za element analityczny odrębny od ustalenia, iż samo prawo konkurencji nie jest wystarczające, by usunąć konkretne nieprawidłowości rynkowe. Nie byłoby zatem uprawnione przyjęcie, że o nieskuteczności zastosowania prawa konkurencji przesądza istnienie wysokich barier wejścia na rynek. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby do wniosku, że część punktu 2 Zalecenia jest zbędna, co jest nie do przyjęcia z punktu rudymenarnych zasad wykładni.

Naturalnym skutkiem wskazanego braku uzasadnienia rozstrzygnięcia organu regulacyjnego jest to, że w oparciu o przedstawione w nim ustalenia nie można stwierdzić tego, że zastosowanie prawa konkurencji w obrębie stosunków gospodarczych nią objętych byłoby niewystarczające. Brak identyfikacji problemu, którego rozwiązaniu służyć ma dany rodzaj interwencji publicznej w funkcjonowanie rynku uniemożliwia dokonanie oceny tego, czy może on być skuteczny w jego realizacji. Efektywność prawa konkurencji i regulacji sektorowych w realizacji celów publicznych jest zagadnieniem bardzo złożonym i różni się w zależności od konkretnych okoliczności faktycznych (por. M. Stoyanova-Sieber, *Public v. Private Enforcement in Electronic Communication Sector*, *European Competition Journal* 2009, vol. 5, nr 3, s. 723-725). Stosując test trzech kryteriów ogólne założenia teoretyczne należy zestawić z konkretną sytuacją gospodarczą. Decyzja Prezesa URE nie spełnia tego wymagania.

Wadliwość decyzji Prezesa UKE w analizowanym zakresie zwiększa dodatkowo sposób dowodzenia przez organ regulacyjny tezy o nieefektywności prawa konkurencji na przedmiotowej płaszczyźnie.

Organ regulacyjny utrzymuje, że „narzędzia, którymi na mocy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów posługuje się Prezes UOKiK nie są wystarczające, by w sposób ciągły monitorować rynek telekomunikacyjny, w tym rynek będący przedmiotem niniejszej analizy.” W uzasadnieniu zaskarżonej decyzji podniesiono, że „Prezes UOKiK nie prowadzi bieżącej i regularnej analizy rynku telekomunikacyjnego, do której na mocy ustawy Prawo telekomunikacyjne zobowiązany jest z kolei Prezes UKE. Przykładowo Prezes UKE zbiera dane i informacje na

temat rynków telekomunikacyjnych przy wykorzystaniu specjalistycznych formularzy, którymi nie dysponuje Prezes UOKiK” (k. 25).

Art. 31 Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowi, że do zakresu działania Prezesa Urzędu należy m.in. sprawowanie kontroli przestrzegania przez przedsiębiorców przepisów ustawy. Organ ten dysponuje bogatym instrumentarium umożliwiającym mu gromadzenie informacji o sytuacji na rynku. Nie ma też żadnych przeszkód ku temu, by Prezes UOKiK współpracował z Prezesem UKE na płaszczyźnie gromadzenia informacji i ich analizy. Podkreślić należy, że przedstawiony fragment Noty wyjaśniającej uniemożliwia uznanie wygody działania organów administracyjnych za wystarczające uzasadnienie dla objęcia danego rynku regulacją *ex ante*. Wskazany argument Prezesa URE jest więc chybiony.

Prezes UKE upatruje uzasadnienia dla stosowaniu regulacji *ex ante* w przedmiotowej sferze również w tym, że „Prezes UOKiK nie może bezpośrednio wpływać na wysokość cen (nakładając obowiązki kontroli cen na operatorów telekomunikacyjnych), nie posiada też narzędzi umożliwiających wpływ na warunki współpracy międzyoperatorskiej” (k 25).

W zaskarżonej decyzji nie wskazano na przyczyny, które mają uzasadniać niezbędność bezpośredniego wpływania przez organy publiczne na poziom cen. Do daleko idącej ostrożności w kwestionowaniu efektywności zastosowania prawa konkurencji na analizowanej płaszczyźnie skłania w szczególności fakt, iż odmowa udostępnienia infrastruktury o węzłowym znaczeniu gospodarczym może stanowić naruszenie prawa konkurencji (sytuacje takie niekiedy kojarzy się ze stosowaniem doktryny *essential facilities*). Dorobek judykatury w tej kwestii jest bardzo bogaty (por. m.in. orzeczenia unijne w sprawach O. B. [1999] (...), M. [1995] (...)).

Mankamentem decyzji jest też to, że Prezes UKE, dokonując oceny efektywności prawa konkurencji w sferze stosunków gospodarczych objętych zaskarżoną decyzją, nadmiernie ograniczył analizę zakresu kompetencji decyzyjnych Prezesa UOKiK. Organ regulacyjny nie odniósł się też do zagadnień egzekwowania prawa konkurencji przez Komisję Europejską oraz jego egzekwowania na drodze prywatnej.

Uzasadnienia dla tezy, iż w obrębie stosunków gospodarczych, których dotyczy decyzja niewystarczające jest stosowanie prawa konkurencji nie dostarcza również analiza przedstawiona w podpunkcie „3.2.3. Trendy cenowe” Decyzji. Prezes UKE stwierdza w niej, że „najniższe ceny usług transmisji sygnałów radiofonicznych lub telewizyjnych ze stacji nadawczych małej oraz średniej mocy oferował (...). Natomiast ceny oferowane przez Spółkę za świadczenie usługi transmisji sygnałów radiofonicznych lub telewizyjnych ze stacji nadawczych dużej mocy były najwyższe w całym badanym okresie, czyli w latach 2006-2008. Oznacza to, że (...) na obszarach działania innych operatorów telekomunikacyjnych zaniża ceny, w obawie przed stratą klientów, a nierentowna sprzedaż usług transmisji sygnałów radiofonicznych lub telewizyjnych ze stacji nadawczych małej i średniej mocy rekompensuje stosowaniem wysokich cen w przypadku usług transmisji sygnałów radiofonicznych lub telewizyjnych ze stacji nadawczych dużej mocy, świadczonych praktycznie tylko przez tego operatora”(k. 23).

Wydów Prezesa UKE jest fragmentaryczny i nie został poparty precyzyjnymi ustaleniami. Uniemożliwia to wyciągnięcie na jego podstawie wniosków przydatnych dla oceny zasadności spełnienia trzeciego z elementów testu sformułowanego w Zaleceniu. Prezes UKE nie wyjaśnił, jak rozumie pojęcie „nierentowności”, nie wskazał, czy przedmiotowa polityka cenowa (...) była kwestionowana przez niego lub przez Prezesa UOKiK, ani tego, czy jest ona zgodna z prawem konkurencji. Jeżeli wskazana polityka cenowa (...) nie odpowiada charakterystyce cenowego nadużycia pozycji dominującej, obniżanie przez wskazanego przedsiębiorcę cen na usługi, w odpowiedzi na zagrożenie ze strony rzeczywistych lub potencjalnych konkurentów, nie powinno budzić zastrzeżeń. Jeżeli natomiast w niniejszym przypadku mamy do czynienia z cenowym nadużyciem pozycji dominującej, to musiałyby by wystąpić jakieś szczególne okoliczności np. bardzo częste powtarzanie się nieprawidłowości, które poważnie szkodzą realizacji interesu publicznego, by uzasadnić regulację *ex ante*. W typowych przypadkach zastosowanie prawa konkurencji jest bowiem skutecznym remedium na cenowe nadużycie pozycji dominującej, nawet wówczas, gdy rynek charakteryzuje się wysokimi barierami wejścia.

Dokonując wykładni wskazanych regulacji uwzględnić należy to, że jednym z podstawowych celów relewantnych dyrektyw była deregulacja rynku telekomunikacyjnego (...). Na potrzebę zachowania dużej ostrożności w stosowaniu wykładni skutkującej objęciem danej sfery stosunków gospodarczych regulacją ex ante wskazuje też powołany wcześniej motyw (...)Zalecenia. Do identycznego wniosku prowadzi uwzględnienie stanowiska piśmiennictwa. Tak w szczególności, badając test trzech kryteriów, G. K. stwierdza, że regulacja ex ante jest uzasadniona tylko na tych obszarach sieci, na których w braku interwencji regulacyjnej występowało by ryzyko systematycznego nadużywania siły rynkowej (...)

Prezes UKE nie wykazał, że stosunki gospodarcze objęte zaskarżoną decyzją powinny podlegać regulacji typu ex ante. Na uwagę zasługuje to, że stanowisko Prezesa UKE idzie nie tylko wbrew prawu telekomunikacyjnemu Unii Europejskiej, ale również godzi w reguły ochrony praw podstawowych. Objęcie danej sfery stosunków gospodarczych regulacją typu ex ante oznacza ograniczenie prawa własności, swobody gospodarczej i swobody umów. Nie może być ono akceptowane, jeżeli nie znajduje uzasadnienia w potrzebie realizacji innych wartości. Analiza argumentacji przedstawionej przez Prezesa UKE nie prowadzi do wniosku, że w badanym przypadku takie uzasadnienie występuje.

Organ regulacyjny nie wykazał, że dopuszczalne jest poddanie sfery działalności gospodarczej, objętej zaskarżoną decyzją, regulacją sektorową typu ex ante. Przesądza to o konieczności uchylecia wskazanej decyzji, poza jej punktem VI, w którym uchylono nałożony na (...) Sp. z o.o., decyzją z 9 listopada 2006 r. (sygn. (...)), obowiązek o którym mowa w art. 38 Prawa telekomunikacyjnego. Nawet bowiem, gdyby uznać zarzuty podniesione w apelacji za zasadne, nie można byłoby przyjąć, że ich uwzględnienie prowadzi do wniosku o zasadności uwzględnienia wniosków apelacji w szerszym zakresie.

Mając na uwadze powyższe, a w szczególności to, że zaskarżony wyrok odpowiada prawu – Sąd Apelacyjny na podstawie art. 386 § 1 k.p.c. orzekł jak w sentencji wyroku. O kosztach postępowania rozstrzygając na podstawie art. 98 § 1 i 3, art. 99 k.p.c., 100 k.p.c. oraz 108 k.p.c.