

Sygn. akt XVII AmA 56/10

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 11 marca 2011 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w następującym składzie:

Przewodniczący: Sędzia SO Witold Rękosiewicz

Protokolant: Piotr Grzywacz

po rozpoznaniu w dniu 11 marca 2011 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) sp. z o.o. z/s w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

zainteresowany: (...) sp. z o.o. z/s w K.

o ochronę konkurencji

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 12 czerwca 2006 r. nr (...)

I Umarza postępowanie odwoławcze w stosunku do (...) sp. z o.o. z/s w K.

II Uchyla zaskarżoną decyzję w punkcie I.1.

III Zmienia zaskarżoną decyzję w punkcie III w ten sposób, że w miejsce kary pieniężnej w wysokości 1972 600 zł nakłada na (...) sp. z o.o. z/s w W. karę pieniężną w wysokości 510 000 zł /pięćset dziesięć tysięcy/.

IV Oddala odwołanie w pozostałej części

V Zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) sp. z o.o. z/s w W. kwotę 1000 /jeden tysiąc/ tytułem zwrotu części uiszczonych opłat sądowej.

VI Zasądza od (...) sp. z o.o. z/s w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 600 zł /sześćset/ tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

VII Znosi wzajemnie między stronami pozostałe koszty zastępstwa procesowego.

SSO Witold Rękosiewicz

Sygn. akt XVII AmA 56/10

## UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes, UOKiK, pozwany) po przeprowadzeniu wszczętego na wniosek (...) sp. z o.o. z/s w K. ( (...), zainteresowany) postępowania antymonopolowego przeciwko (...) sp. z o.o. z/s w W. ( (...), powód) wydał w dniu 12.06.2006r. decyzję nr (...). W wydanej na podstawie art. 9 ustawy z dn.

15.12.2000r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2005r., nr 244, poz. 2080) decyzji Prezes UOKiK uznał za ograniczające konkurencję praktyki (...) polegające na nadużywaniu pozycji dominującej na krajowym rynku sportowej prasy codziennej poprzez:

1. stosowanie na terenie województwa (...) nieuczciwych cen (...) co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie (...),
2. przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji przez stosowanie na terenie województwa (...) ceny detalicznej dziennika (...) w wysokości 1 zł, gdy na pozostałym obszarze kraju cena ta jest wyższa i zróżnicowana w zależności od dnia tygodnia, w celu eliminacji z rynku jedyne konkurenta – (...) wydawcy dziennika (...), co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie (...)
3. podział rynku według kryteriów terytorialnych polegający na stosowaniu na obszarze województwa (...) ceny detalicznej (...) w wysokości znacznie niższej niż stosowana w sprzedaży tego tytułu na innych obszarach Polski, co jest niezgodne z art. 8 ust. 2 pkt 8 ustawy o ochronie (...)
4. i nakazał zaniechanie stosowania tych praktyk

Z tytułu naruszenia zakazu określonego w art. 8 ust. 2 pkt 1, 5 i 8 Ustawy o ochronie (...) na (...) została nałożona kara pieniężna w wysokości 1972 600 zł. Ponadto (...) zostało obciążone kosztami przeprowadzonego postępowania antymonopolowego.

Decyzji w pkt I nadano rygor natychmiastowej wykonalności.

(...) sp. z o.o. w złożonym odwołaniu zaskarżyła decyzję Prezesa UOKiK w całości zarzucając jej naruszenie:

- 1) art. 90 w związku z art. 8 oraz art. 9 ustawy o ochronie i art. 107 kpa poprzez nadanie zaskarżonej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności wbrew przesłankom ustawowym, jak również poprzez nadanie rygoru decyzji, której sentencja jest sformułowana w sposób wadliwy z uwagi na użycie nieprecyzyjnych i niejednoznacznych sformułowań co uniemożliwia jej wykonanie i uzasadnia uchylene nadanego decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności,
- 2) art. 8 oraz art. 9 ustawy o ochronie w zw. z art. 107 kpa poprzez nieprecyzyjne i niejednoznaczne sformułowanie sentencji decyzji, co skutkuje nieważnością decyzji i uzasadnia jej uchylene na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc,
- 3) art. 66 ustawy o ochronie oraz art. 10 kpa poprzez częściowo odmienne sformułowanie sentencji postanowienia nr 1 z dn. 14.09.2005r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego oraz sentencji decyzji, co skutkuje nieważnością decyzji i uzasadnia jej uchylene na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc,
- 4) art. 11a ustawy o ochronie (...) w zw. z art. 104 kpa poprzez nierozstrzygnięcie w sentencji decyzji w przedmiocie wniosku złożonego przez (...) w toku postępowania antymonopolowego, co skutkuje nieważnością decyzji i uzasadnia jej uchylene na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc
- 5) art. 66 ustawy o ochronie (...) oraz art. 10 kpa poprzez pozbawienie (...) możliwości wypowiedzenia się co do całości materiału zgromadzonego w toku postępowania antymonopolowego co skutkuje nieważnością decyzji i uzasadnia jej uchylene na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc.
- 6) art. 4 pkt 8 i 9 ustawy o ochronie (...) w zw. z art. 8 i 9 tej ustawy poprzez błędne zdefiniowanie rynku właściwego w sprawie oraz błędne przyjęcia, że (...) posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, co uzasadnia uchylene decyzji na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc.

7) art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie (...) poprzez błędne przyjęcie, że (...) dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję w postaci stosowania na terenie województwa (...) nieuczciwych cen (...), co uzasadnia uchylenie decyzji na podstawie art. art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc.

8) art. 8 ust. 1 pkt 5 ustawy o ochronie (...) poprzez błędne przyjęcie, że spółka dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję w postaci przeciwdziałania powstaniu warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji poprzez stosowanie na terenie województwa (...) ceny detalicznej dziennika (...) w wysokości 1zł, podczas gdy na pozostałym obszarze kraju cena ta była wyższa i zróżnicowana w zależności od dnia tygodnia, w celu eliminacji z rynku jedyne konkurenta, wydawcy dziennika (...), co uzasadnia uchylenie decyzji,

9) art. 8 ust. 1 pkt 8 ustawy o ochronie (...) przez błędne przyjęcie, iż (...) dopuściła się praktyki ograniczającej konkurencję poprzez podział rynku według kryteriów terytorialnych, polegający na stosowaniu na obszarze województwa (...) ceny detalicznej sprzedaży (...) w wysokości znacznie niższej niż stosowana w sprzedaży tego tytułu na innych obszarach Polski co uzasadnia uchylenie decyzji,

10) art. 104 ustawy o ochronie (...) oraz art. 6 i 8 kpa poprzez nałożenie na (...) niewspółmiernie wysokiej kary

W oparciu o powyższe zarzuty powód wniósł o uchylenie ewentualnie zmianę zaskarżonej decyzji. Powód wniósł także o uchylenie rygoru natychmiastowej wykonalności i zasądzenie kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołania powód wskazał, że nadanie decyzji w pkt I rygoru natychmiastowej wykonalności bez wykazania, iż spełnione zostały przesłanki określone w art. 90 ustawy o ochronie (...) świadczy o naruszeniu przez Prezesa UOKiK tego przepisu.

W ocenie powoda sentencja zaskarżonej decyzji została sformułowana zbyt ogólnikowo co utrudnia określenie zakresu faktycznego obowiązku nałożonego decyzją na powoda i stanowi naruszenie art. 8 i 9 ustawy o ochronie (...) w zw. z art. 107 kpa. Ponadto zarzucił, że istnieje różnica pomiędzy treścią sentencji zaskarżonej decyzji a postanowieniem z dn. 14.09.2005r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego co prowadzi do przekroczenia granic wniosku o wszczęcie postępowania oraz zarzutów sformułowanych w postanowieniu i stanowi naruszenie art. 66 ustawy o ochronie i art. 10 kpa. Jednocześnie z tej przyczyny powód był pozbawiony możliwości obrony swoich praw, ponieważ dopiero w zaskarżonej decyzji została określona treść postawionych mu zarzutów.

W ocenie powoda Prezes UOKiK poprzez nieuwzględnienie złożonego przez (...) w trybie art. 11 a ustawy o ochronie (...) wniosku i nie wydanie w tym zakresie stosownej decyzji naruszył art. 104 kpa, ponieważ wniosek nie został formalnie oddalony mimo, że organ administracji zobowiązany jest do załatwienia sprawy poprzez wydanie decyzji. Powód podkreślił, że również w sentencji zaskarżonej decyzji pozwany nie zawarł rozstrzygnięcia w zakresie złożonego wniosku, co było sprzeczne z linią orzecniczą NSA i naruszało art. 11a ustawy o ochronie (...) w związku z art. 7, 8 i 9 kpa oraz stanowi jedną z przesłanek nieważności decyzji administracyjnej. Zaniechanie wydania decyzji w sprawie złożonego przez (...) wniosku pozbawiło jednocześnie powoda możliwości wypowiedzenia się co do całości materiału zgromadzonego w toku postępowania antymonopolowego. Powód wskazał, że bez rozstrzygnięcia przez pozwanego wniosku (...) opartego na art 11a ustawy o ochronie (...) trudno było mu przedstawić stanowisko końcowe w sprawie. Prezes UOKiK uznał jednak zachowanie powoda za rezygnację z przysługującego (...) uprawnienia mimo, że uchybienie, którego dopuścił się organ antymonopolowy nie dawało do tego podstaw.

Zarzuty naruszenia art. 4 pkt 8 i 9 w związku z art. 8 i 9 ustawy o ochronie (...) powód uzasadnił wskazując, że Prezes UOKiK błędnie wyznaczył rynek właściwy w prowadzonym postępowaniu. Skutkiem tego było błędne przyjęcie, że (...) posiada na rynku pozycję dominującą. Powód zarzucił również Prezesowi UOKiK przeprowadzenie powierzchownej analizy rynku nie mającej oparcia w rzetelnych badaniach rynkowych.

W efekcie zdaniem powoda Prezes UOKiK błędnie określił relacje między prasą ogólnoinformacyjną a prasą sportową. Pomiął okoliczność, że codzienna prasa sportowa musi się liczyć z konkurencją ze strony dzienników

ogólnoinformacyjnych, które rozszerzają ilość stron zawierających informacje sportowe oraz wprowadzają dodatki sportowe. Powód wskazał na systematyczny odpływ czytelników do prasy ogólnoinformacyjnej. Podał przykłady konkurencyjnych w tym zakresie dzienników.

Powód stwierdził również, że Prezes UOKiK błędnie ocenił wpływ, jaki miało obniżenie ceny (...) na sprzedaż tej gazety oraz na sprzedaż (...).

Podniósł także, iż w przeprowadzonej analizie rynku powiązanego Prezes UOKiK nie uwzględnił rynku reklamowego oraz specyfiki polskiego rynku prasowego, który jest jeszcze w fazie kształtowania się więc panująca na nim sytuacja jest bardzo dynamiczna. Zdaniem powoda Prezes UOKiK błędnie ocenił rynek prasy sportowej jako bardzo statyczny. Nie uwzględnił też presji na uczestników tego rynku ze strony potencjalnych konkurentów. Powód nie zgodził się też ze stanowiskiem pozwanego, iż określony w sprawie rynek w aspekcie geograficznym ma zasięg ogólnokrajowy.

Z tego względu według powoda Prezes UOKiK błędnie w swoich rozważaniach odniósł się do sytuacji na rynku ogólnokrajowym. Powód podkreślał specyfikę rynku (...), na którą nakłada się specyficzna sytuacja konkurencyjna na tym obszarze co uzasadnia postrzeganie tego rynku jako odrębnego rynku geograficznego. Określony w sprawie rynek właściwy powinien być w związku z tym ograniczony do obszaru (...).

Dopuszczenie się przez pozwanego wskazanych uchybień doprowadziło według powoda do błędnego uznania, iż (...) posiada na rynku właściwym pozycję dominującą.

Powód wywodził ponadto, że podmiot, który nie posiada pozycji dominującej nie może dopuścić się stosowania praktyk antykonkurencyjnych. Zasadny jest więc zarzut naruszenia art. 8 ust 2 pkt 1 ustawy o ochronie poprzez stosowanie na terenie województwa (...) cen nieuczciwych.

Podobnie ocenił powód twierdzenia pozwanego dotyczące naruszenia art. 8 ust. 1 pkt 5 i 8 ustawy o ochronie.

Zarzucił również Prezesowi UOKiK nieuwzględnienie przy wydawaniu decyzji ustawowych kryteriów określenia wysokości nałożonej decyzją kary pieniężnej, która została zdaniem powoda ustalona na poziomie wygórowanym. Dodał, że przychody uzyskane ze sprzedaży (...) stanowią zaledwie 1% ogółu przychodów (...).

Ustalając wysokość kary pieniężnej Prezes UOKiK nie uwzględnił tej okoliczności i wyliczył karę od całego przychodu uzyskiwanego przez powoda.

Prezes UOKiK w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Przedstawione w odwołaniu zarzuty powoda Prezes UOKiK ocenił jako niezasługujące na uwzględnienie. Podtrzymał stanowisko, iż nadanie zaskarżonej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności w pkt I było zasadne z uwagi na stosowanie przez (...) praktyk ograniczających konkurencję.

Zdaniem pozwanego w decyzji wykazano jednoznacznie, że (...) stosowała na terenie województwa (...) nieuczciwą cenę (...) w celu wyeliminowania konkurencji, przy czym powód nie udowodnił żadnych innych przyczyn uzasadniających tak znaczne obniżenie ceny tylko na wydzielonym obszarze kraju, co łączyło się zarazem z podziałem rynku.

Porównując treść postanowienia z dn. 14.09.2005r. o wszczęciu postępowania antymonopolowego z treścią pkt I.2. decyzji Prezes UOKiK stwierdził, że nie istnieje zasadnicza zmiana pomiędzy treścią postawionego (...) zarzutu oraz istotą domniemanej praktyki powoda.

W świetle przedstawionych argumentów Prezes UOKiK nie zgodził się z zarzutami powoda dotyczącymi naruszenia art. 8 i 9 ustawy o ochronie (...) w zw z art. 107 kpa oraz art. 66 ustawy o ochronie (...) w zw art. 10 kpa.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 11a ustawy o ochronie (...) pozwany wskazał, że zgodnie z treścią w/w przepisu organ antymonopolowy ma prawo wyboru sposobu postępowania. W przypadku nieuwzględnienia wniosku złożonego zgodnie z art. 11a ustawy o ochronie (...) motywy takiego rozstrzygnięcia przedstawiane są w decyzji kończącej postępowanie. Wobec tego zarzut naruszenia art. 11a ustawy antymonopolowej Prezes UOKiK uznał za niezasadny.

Nie zgodził się również z zarzutami pozbawienia powodowej spółki możliwości wypowiedzenia się co do całości zgromadzonego w postępowaniu antymonopolowym materiału. Zaznaczył, że powód miał zapewnioną możliwość czynnego udziału w postępowaniu antymonopolowym.

Zdaniem pozwanego również zarzuty naruszenia art. 4 pkt 8 i 9 oraz art. 8 ustawy o ochronie nie zasługują na uwzględnienie. Pozwany podtrzymał stanowisko o prawidłowym wyznaczeniu w sprawie jako rynku właściwego całego terytorium kraju. Zaznaczył, że okoliczność, iż jeden z tytułów prasy sportowej ukazuje się tylko na części terytorium Polski nie wyklucza możliwości jego kolportowania na pozostałym terenie.

Prezes UOKiK wskazał, że w zaskarżonej decyzji zostało ustalone, jaki był udział (...) i (...) w rynku właściwym przed wprowadzeniem obniżonej ceny (...) w czerwcu 2005r. Na skutek działań podjętych przez (...) udział tego podmiotu w określonym w sprawie rynku właściwym umocnił się. Zdaniem pozwanego okoliczność posiadania przez (...) na rynku prasy sportowej pozycji dominującej nie budzi wątpliwości. W okresie analizowanym zaskarżoną decyzją dysproporcja między udziałami powoda i zainteresowanego w rynku rosła i dopiero powrót (...) do poprzedniej ceny zatrzymał tą reakcję. W ocenie Prezesa UOKiK przedstawione okoliczności stanowią dostateczny dowód, że działania podejmowane przez (...) miały niekorzystny wpływ na pozycję (...) na rynku. Obniżenie ceny (...) do 1 zł na terenie województwa (...) wskazuje zdaniem Prezesa UOKiK na chęć wyeliminowania z rynku jedyne konkurenta. Świadczy również o podziale rynku poprzez wyodrębnienie z rynku krajowego terenu województwa (...) i stworzeniu na tym obszarze innych, niż na pozostałym terenie, warunków sprzedaży.

Odnośnie nałożenia na (...) szczególnie wysokiej kary pieniężnej Prezes UOKiK wskazał, że przy ustalaniu kary działał w granicach określonych przepisami ustawowymi. Za podstawę jej wymiaru przyjął cały osiągnięty przez powoda przychód a ustalona w decyzji kara mieści się w granicach ustawowych. Z tego względu również zarzut naruszenia art. 104 ustawy o ochronie (...) i art. 6 i 8 kpa nie zasługuje na uwzględnienie.

Zainteresowany (...) wniósł o oddalenie odwołania w całości jako niezasadzone w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym oraz zasądzenie kosztów postępowania według norm przepisanych. Zarzuty odwołania zainteresowany ocenił jako chybione, nieprawidłowe i nie zasługujące na uwzględnienie.

W piśmie procesowym z dn. 29.05.2007r. powód podtrzymując dotychczasowe stanowisko skoncentrował się na zarzutach błędnego zdefiniowania w zaskarżonej decyzji rynku właściwego oraz błędnego sformułowania sentencji decyzji. Celem wsparcia dotychczasowej argumentacji odnoszącej się do pierwszego z wymienionych zarzutów powód przedstawił dwa opracowania dotyczące prasy sportowej w Polsce, świadczące o trafności podnoszonego w odwołaniu zarzutu.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów po rozpoznaniu sprawy wydał w dniu 24.07.2007r. wyrok oddalający odwołanie. W następstwie przeprowadzonego w sprawie postępowania apelacyjnego i kasacyjnego wyrok ten został uchylony a sprawa została przekazana do ponownego rozpoznania Sądowi OKiK.

Rozpoznając ponownie sprawę Sad OKiK ustalił następujący stan faktyczny:

(...) i (...) są przedsiębiorcami działającymi w branży wydawniczej. Obie spółki w ramach prowadzonej działalności wydają dwa dzienniki o tematyce sportowej tj (...) i (...). Obydwa tytuły ukazują się od kilkadziesiąt lat i są powszechnie znane przez czytelników, ponieważ są jedynymi dziennikami sportowymi możliwymi do nabycia na terytorium całego kraju. Mimo, iż (...) nie jest kolportowany na terenie województw (...) i (...) istnieje jednak możliwość zaprenumerowania tego tytułu na terenie całego kraju. Z informacji znajdujących się w aktach administracyjnych, zgodnych z informacjami posiadanymi przez Związek (...) wynika, że udział przedsiębiorców

wydających (...) i (...) w krajowym rynku sportowej prasy codziennej (rynku właściwym) w okresie od lipca 2004r. do grudnia 2005r. nie był równy.

Informacje te zostały przedstawione w zawartych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji na str. 12 tabelach obrazujących wielkość nakładu i kolportażu obu dzienników na terenie całego kraju.

(...) i (...) byli jedynymi występującymi na danym rynku przedsiębiorcami ale udział (...) był kilkakrotnie wyższy od udziału (...).

Według ustaleń Prezesa UOKiK w okresie od stycznia do grudnia 2005r. udziały (...) i (...) w rynku właściwym wynosiły odpowiednio 87% i 13% (k. 20 zaskarżonej decyzji).

Również wielkość sprzedaży obu tytułów na terenie poszczególnych województw była zróżnicowana. (...) na terenie prawie całego kraju, z wyjątkiem województwa (...) był sprzedawany w ilościach przekraczających tysiąc lub kilka tysięcy egzemplarzy. Natomiast sprzedaż (...) była wysoka jedynie na terenie województwa (...). Nieznacznie przekroczyła też nakład 1000 egzemplarzy na terenie województwa (...). Na pozostałym terenie kraju sprzedaż (...) była znikoma. Z przedstawionego w zaskarżonej decyzji zestawienia wynika, że w analizowanym okresie całkowita sprzedaż (...) na terenie kraju z wyłączeniem województwa (...) była kilkakrotnie niższa niż sprzedaż w tym województwie. Na terenie województwa (...) było realizowane około 82% całej sprzedaży dziennika (...).

Informacje te zostały przedstawione w zawartych w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji na str 12 tabelach obrazujących wielkość nakładu i kolportażu obu dzienników na terenie całego kraju.

W dniu 31.08.2000r. powód i zainteresowany zawarli umowę licencyjną, w myśl której (...) przysługiwało prawo do wydawania dziennika (...) i do znaku towarowego. Ogół praw i obowiązków wydawniczych związanych z wydawaniem (...) pozostał jednak przy (...).

W listopadzie 2004r. spółka (...) wycofała kolportaż (...) z województwa (...) a następnie podjęła decyzję o całkowitym zawieszeniu wydawania dziennika (...) na terenie całego kraju. W następstwie decyzji (...) od dnia 11.03.2005r. łącząca obu przedsiębiorców umowa licencyjna została rozwiązana. Spółka (...) rozpoczęła samodzielne wydawanie dziennika (...).

Wydawca (...) opublikował również w dniu 11.03.2005r. w tym dzienniku komunikat dla czytelników informujący o zaprzestaniu wydawania (...). Ogłosił także konkurs promujący sprzedaż (...) w zamian za (...).

Dziennik (...) był sprzedawany na terenie całego kraju po stałej cenie, której wysokość we wtorki, środy, czwartki i soboty wynosiła 1, 80 zł. Tylko wydania poniedziałkowe i piątkowe sprzedawano drożej – odpowiednio za 2zł i 2, 20 zł. Wynikało to z większej obszerności gazety zawierającej w tych dniach zwiększoną ilość informacji.

Od dnia 23.07.2005r. wydawca (...) wprowadził na terenie województwa (...) nową, obniżoną do poziomu 1zł we wszystkie dni tygodnia cenę tego dziennika. (k. 1392 akt adm.). Cena w wysokości 1 zł była stosowna przez (...) do dnia 16.01.2006r. kiedy to na mocy decyzji Prezesa UOKiK z dn. 3.01.2006r. nr (...) (prawomocnej) przedsiębiorca został zobowiązany do ponownego stosowania na terenie województwa (...) ceny (...) nie niższej 1,80zł. W tym czasie cena (...) pozostawała na poziomie 2zł (k. 1417 akt adm.). Porównanie informacji dotyczących wielkości sprzedaży obu dzienników na terenie województwa (...) w okresie od lipca do grudnia 2004 i 2005r. wskazuje, że po wprowadzeniu w lipcu 2005r. niższej ceny (...) sprzedaż tego dziennika w stosunku do analogicznych miesięcy roku 2004 wyraźnie wzrosła. Jednocześnie na terenie województwa (...) pojawił się zauważalny spadek sprzedaży (...) w stosunku do drugiej połowy roku poprzedniego.

W piśmie z dn. 7.02.2006r. (...) podała, że jej szacunkowy przychód osiągnięty w 2005 r. wynosił (...). Natomiast w uzasadnieniu odwołania powód oświadczył, że przychody z wydawania (...) w 2005r. stanowiły 53,9% całego

przychodu (...) uzyskanego w tym roku. Z prostego wyliczenia wynika, że przychód powoda ze sprzedaży w 2005r. (...) wyniósł (...) (tj. nieco więcej niż podano w odwołaniu).

Na podstawie zebranych informacji Prezes UOKiK wydał w dniu 12.06.2006r. zaskarżoną decyzję.

W piśmie procesowym z dn. 1.03.2011 r. pozwany podtrzymał stanowisko procesowe zawarte w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał, iż okoliczność, że jeden z konkurujących tytułów ukazywał się tylko na części terytorium kraju nie wykluczało możliwości jego kolportowania na pozostałym terenie. Podkreślił, że zawartość merytoryczna obu gazet była porównywalna a oba dzienniki dostarczały czytelnikom takich samych informacji. Stwierdził, że nie znajduje potwierdzenia teza, iż dziennik (...) zawierał głównie informacje o charakterze regionalnym dotyczące sportu (...). Pozwany dodał, że region (...) był bardzo ważnym rynkiem dla powoda o czym świadczy znajdujący się na pierwszej stronie (...) anons „ (...) sport-codziennie”. W ocenie pozwanego przedstawione okoliczności świadczą, że określenie w sprawie jako rynku właściwego krajowego rynku sportowej prasy codziennej było prawidłowe i naturalne ograniczenie tego rynku stanowiła bariera językowa.

Pozwany poinformował jednocześnie, że (...) sp. z o.o. uległa likwidacji i na podstawie postanowienia sądu z dn. 22.10.2010r. wykreślona z Krajowego Rejestru Sądowego. Pozwany przedstawił odpis postanowienia oraz odpis pełny z rejestru przedsiębiorców dotyczący zainteresowanego. Ponadto na podstawie informacji pochodzących ze Związku (...) pozwany podał, iż od dnia 4.11.2010r. wydawcą dzienników (...) i (...) jest A. P. sp.z sp.z o.o. w W. obecnie (...) sp. z o.o.

W piśmie procesowym z dn. 8.03.2011r. powód ustosunkował się do pisma pozwanego z dn. 1.03.2011 r. Wniósł o oddalenie zgłoszonych w piśmie przez Prezesa UOKiK wniosków dowodowych z uwagi na treść art. 479<sup>12</sup> kpc. Powód podtrzymał dotychczasowe stanowisko w sprawie.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył co następuje:

W złożonym odwołaniu powód przedstawił zarzuty dotyczące naruszenia przez Prezesa UOKiK przy wydawaniu zaskarżonej decyzji przepisów procesowych oraz przepisów prawa materialnego.

Jak zauważył Sąd Najwyższy w dotyczącym sprawy uzasadnieniu swojego wyroku z dn. 19.08.2009r., postępowanie przed Sądem OKiK jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym, ponieważ wniesienie odwołania wszczyna dopiero kontradiktoryjne postępowanie cywilne. Wcześniejsze przeprowadzenie postępowania administracyjnego jest z punktu widzenia przepisów procedury cywilnej jedynie warunkiem dopuszczającym zbadanie sprawy przez Sąd OKiK.

Skoro więc sąd ma obowiązek rozpoznać sprawę od początku i władny jest wydać orzeczenie merytoryczne, ewentualne zarzuty dotyczące naruszenia w przeprowadzonym przez Prezesa UOKiK postępowaniu administracyjnym przepisów proceduralnych mogą być podstawą uchylecia zaskarżonej decyzji, jeżeli została ona wydana bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego, została skierowana do podmiotu nie będącego stroną w sprawie, dotyczyła sprawy już wcześniej rozstrzygniętej decyzją ostateczną ewentualnie do wydania wyroku konieczne jest dokonanie w całości niezbędnych dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleń (wyroki Sądu OKiK z dn. 11.11.2006r. sygn. akt XVII AmA 70/05 oraz z dn. 11.05.2007r. sygn. akt XVII AmA 96/06).

Zdaniem Sądu Okręgowego w rozpatrywanej sprawie żadna z powyższych okoliczności nie występuje.

W świetle powyższego podniesione przez powoda w odwołaniu zarzuty proceduralne, które w postępowaniu przed sądem administracyjnym, badającym legalność wydanej decyzji miałyby istotne znaczenie, w postępowaniu przed Sądem OKiK, rozpoznającym sprawę od początku, pozostają bez wpływu na merytoryczną ocenę zaskarżonej decyzji. Należy bowiem podkreślić, że wnosząc odwołanie powód ma możliwość ponownego przedstawienia swego stanowiska w sprawie, przy zastosowaniu zasad równości i kontradiktoryjności postępowania cywilnego. W tym stanie przedstawione w odwołaniu zarzuty dotyczące nadania rygoru natychmiastowej wykonalności decyzji, której sentencja została sformułowana wadliwie, nieprecyzyjnego i niejednoznacznego sformułowania sentencji decyzji,

częściowo odmiennego sformułowania postanowienia o wszczęciu postępowania antymonopolowego w stosunku do sentencji decyzji, nie rozstrzygnięcia w decyzji wniosku złożonego przez powoda w postępowaniu antymonopolowym na podstawie art. 11a ustawy o ochronie (...) oraz pozbawienia powoda możliwości wypowiedzenia się w toku postępowania antymonopolowego o całości zgromadzonego w postępowaniu administracyjnym materiału w ocenie Sądu Okręgowego nie uzasadniają wydania wyroku uchylającego zaskarżoną decyzję. Składając odwołanie powód zyskał bowiem możliwość wypowiedzenia się o całości zgromadzonego materiału, przedstawienia zarzutów i uzasadnienia swego stanowiska. Należy więc uznać, że ewentualne naruszenia proceduralne ulegną w drodze postępowania sądowego sanowaniu bez potrzeby ponownego przeprowadzenia postępowania antymonopolowego. Takie stanowisko wyraził Sąd Najwyższy w dotyczącym niniejszej sprawy wyroku, wskazując ponadto, że z przedstawionych wyżej przyczyn Sąd Okręgowy, rozpoznając sprawę nie ma potrzeby szczegółowego ustosunkowania się za każdym razem do zarzutów powoda o charakterze proceduralnym. Jednocześnie Sąd Najwyższy zgodził się z powodem, iż pkt I.1. decyzji został niewłaściwie, zbyt ogólnie sformułowany i zaznaczył, że jego brzmienie kontrastuje z punktami I.2. oraz I.3., w których zachowanie (...) zostało opisane precyzyjnie.

W ocenie Sądu Okręgowego nieprecyzyjne sformułowanie jednego z punktów sentencji nie przemawia jednak za uznaniem, że w sprawie brak było podstaw do nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności. Należy podkreślić, że przed wydaniem zaskarżonej decyzji została w prowadzonym postępowaniu antymonopolowym wydana decyzja tymczasowa, nakazująca powodowi powstrzymanie się od określonych działań. Wydanie decyzji (...) i związanej z nią decyzji (...) było poprzedzone przeprowadzeniem przez Prezesa UOKiK odpowiedniej analizy sytuacji, która w przypadku uprawdopodobnienia stosowania praktyk o charakterze antykonkurencyjnym uzasadnia wydanie decyzji tymczasowej na podstawie art. 88 ustawy o ochronie (...). Jednocześnie po wydaniu decyzji ostatecznej ustalenia poczynione przed wydaniem decyzji tymczasowej mogą być podstawą do nadania decyzji ostatecznej rygoru natychmiastowej wykonalności, aby uniknąć nieodwracalnych skutków będących następstwem zarzucanej praktyki antykonkurencyjnej. Wypada podkreślić, że wydane w sprawie decyzje tymczasowe były przedmiotem oceny Sądu OKiK, który wyrokiem z dn. 21.06.2006r. oddalił wniesione przez (...) odwołanie. Wyrok ten jest prawomocny co pociąga za sobą skutki prawne w postaci prawomocnego stwierdzenia przez Sąd określonego stanu prawnego. Jednocześnie na mocy art. 365 § 1 kpc orzeczenie to jest wiążące dla innych sądów i organów uczestniczących w postępowaniu.

Sąd Najwyższy wypowiedział się też w sprawie zarzucanego przez powoda naruszenia art. 11a ustawy o ochronie (...) wskazując, że:

- decyzja zobowiązująca nie jest wydawana w wyniku postępowania wszczynanego na wniosek przedsiębiorcy więc brak podstaw żeby wniosek przedsiębiorcy o wydanie takiej decyzji traktować jako wniosek o wszczęcie postępowania w sprawie wydania decyzji,
- wydanie decyzji zobowiązującej zależy od uznania Prezesa UOKiK,
- ustawa nie przewiduje możliwości wydania decyzji odmawiającej wydania decyzji zobowiązującej
- brak więc podstaw do zaskarżenia w sytuacji, gdy organ antymonopolowy nie ma obowiązku wydania decyzji odmawiającej uwzględnienia wniosku o wydanie decyzji zobowiązującej
- brak podstaw do akceptacji stanowiska powoda, iż Prezes UOKiK rozpoznaje wniosek o wydanie decyzji zobowiązującej i wydaje stosowną decyzję (zobowiązującą bądź odmowną). Wobec powyższego również nietrafny w ocenie Sądu OKiK jest zarzut naruszenia art. 66 ustawy o ochronie (...) i art. 10 kpa, ponieważ (...) mimo, że została poinformowana o prawie do zapoznania się ze zgromadzonym materiałem nie skorzystała z tej możliwości, uważając, iż Prezes UOKiK powinien wcześniej wydać w sprawie decyzję w przedmiocie wniosku powoda złożonego w trybie art. 11a ustawy. Natomiast zarzut wyrażony w pkt 3 odwołania należało, zdaniem Sądu Okręgowego, wobec wydania w sprawie decyzji ostatecznej uznać za nie mający wpływu na treść wyroku. Odnośnie zarzutu błędnego określenia w sprawie rynku właściwego pod względem produktowym i geograficznym i zajmowanej na tym rynku przez powoda pozycji również wypada się powołać na wyrażone w tym zakresie stanowisko Sądu Najwyższego. Wynika z niego,



że w celu określenia w sprawie rynku właściwego należy z rynku środków masowego przekazu wyodrębnić rynek prasowy a w tym rynek prasy codziennej. Ten rynek można podzielić na rynek prasy ogólnoinformacyjnej, finansowej i sportowej. Jednak, jak uznał Sąd Najwyższy, dziennik ogólnoinformacyjny nie może być substytutem dziennika sportowego, ponieważ ten ostatni nie jest uzupełniany o informacje niesportowe z kraju i świata. Tymczasem analiza znajdujących się w aktach administracyjnych egzemplarzy dzienników i dodatków do gazet wskazuje, że ich treść koncentruje się na jednej dziedzinie czyli na sporcie. Zawarte w (...) i (...) informacje dotyczą wydarzeń sportowych krajowych i zagranicznych. W obu dziennikach znajdują się wyniki cotygodniowych meczy ligowych piłki nożnej w Polsce a także w najważniejszych i najciekawszych dla kibiców ligach europejskich. Obydwa dzienniki przedstawiają również aktualne informacje krajowe i zagraniczne dotyczące innych dyscyplin sportowych oraz opinie, komentarze, oceny i przewidywania na temat osiągnięć naszych czołowych zawodników w zagranicznych lub krajowych klubach piłkarskich. Piłka nożna jako dyscyplina najbardziej popularna wśród kibiców całego kraju zajmuje w obu dziennikach najwięcej miejsca. Zrozumiałe zdaniem Sądu jest, że kibice jednej drużyny będą żywo zainteresowani informacjami o osiągnięciach jej rywali, terminach spotkań, planach i możliwościach zmiany składu a nawet tzw „układach tabeli”, które mogą przynieść sukces ich drużynie. Informacje sportowe w obu dziennikach nie są jednak uzupełniane informacjami z innych dziedzin życia codziennego. Oznacza to, że (...) i (...) nie można uznać za dzienniki ogólnoinformacyjne a zarazem nawet rozbudowany dodatek sportowy dziennika ogólnoinformacyjnego nie uczyni z niego substytutu dziennika sportowego

Powyższe okoliczności w powiązaniu z faktem, że oprócz informacji ogólnopolskich, każdy z dzienników zawierał też wiadomości dotyczące sportu (...) o czym świadczy dobrze widoczna informacja celowo przez wydawcę umieszczona na pierwszej stronie (...) (k. 1392 i 1431 akt adm.) i możliwością nabycia obu dzienników praktycznie na terenie całego kraju za pośrednictwem (...) S.A. co wynika z tzw stopki redakcyjnej (k. 1399odwr. i 1430 akt adm.) świadczą, w ocenie Sądu Okręgowego, że (...) i (...) są dziennikami sportowymi o zasięgu ogólnokrajowym.

Przemawia to za uznaniem, że powód i zainteresowany jako wydawcy tych dzienników są przedsiębiorcami działającymi na terenie całego kraju w branży prasy sportowej. Oznacza to jednocześnie, że Prezes UOKiK określając w sprawie rynek właściwy jako krajowy rynek sportowej prasy codziennej działał prawidłowo. Tak określony rynek spełnia cechy definicji zawartej w art. 4 pkt 8 ustawy o ochronie (...) jako dotyczący towarów zaspokajających te same potrzeby nabywców w porównywalnych warunkach cenowych, jakościowych i barierach dostępności na tym samym obszarze. W zakresie rynku geograficznego, należy dodać, że o zasięgu tego rynku nie decyduje nasilenie konkurencji na danym terenie ale samo jej istnienie.

Na ten temat również w sprawie wypowiedział się Sąd Najwyższy, stwierdzając, że z punktu widzenia legalnej definicji i rynku właściwego można przyjąć, że rynkiem właściwym dla dzienników sportowych jest rynek obejmujący terytorium całej Polski, nawet jeżeli jeden z dzienników nie jest sprzedawany na terytorium całego kraju ponieważ jest to obszar, na którym warunki konkurencji między dziennikami sportowymi są zbliżone. Sąd Najwyższy dodał, że stwierdzona w sprawie znikoma sprzedaż (...) w innych województwach nie przesądza o braku substytucyjności względem (...) z uwagi na krótki okres czasu, jaki upłynął od reaktywacji (...) jako dziennika samodzielnego.

W ocenie Sądu Okręgowego okoliczności sprawy nie wskazują, że wydawca (...) miał zamiar ograniczyć swoją działalność tylko do jednego województwa. Świadczy o tym szerokie spektrum zawartych w dzienniku informacji oraz istnienie możliwości jego zakupu za pośrednictwem punktów kolportażu lub w prenumeracie na terenie całego kraju.

W oparciu o zawarte w aktach administracyjnych informacje dotyczące nakładu obu dzienników Sąd Okręgowy stwierdził, że (...) jako jeden z dwóch uczestników krajowego rynku codziennej prasy sportowej zajmuje na tym rynku pozycję dominującą.

Również i ta ocena znajduje potwierdzenie w dotyczącym sprawy wyroku Sądu Najwyższego, który nie uznał za trafne przedstawionych przez powoda argumentów dotyczących presji ze strony innych środków masowego przekazu i spadku sprzedaży mimo wzrostu nakładów na reklamę.

Odnośnie zarzutu naruszenia zaskarżoną decyzją art. 8 ust. 2 pkt 5 i 8 ustawy o ochronie (...) podkreślić wypada, że drastyczne obniżenie ceny (...) nastąpiło po usamodzielnieniu się (...) i wystąpiło na najważniejszym dla konkurenta rynku. Celem takiego działania nie było więc badanie zachowań konsumentów lecz osłabienie lub wyeliminowanie z rynku jedyne konkurenta. Powód jako profesjonalista nie może twierdzić, że nie spodziewał się, iż jego działanie właśnie na terenie województwa (...) nie będzie uważane za świadome i celowe nadużywanie pozycji dominującej mające charakter antykonkurencyjny.

Gdyby nawet powód nie był świadomy, iż podejmowane przez niego działanie było niedozwolone to jednak okoliczność ta nie może w świetle przepisów prawa stanowić podstawy do uznania, że stosowana przez (...) praktyka nie stanowiła naruszenia zakazu ustawowego określonego w art. 8 ust. 2 pkt 5 i 8 ustawy o ochronie (...).

Obniżenie przez powoda ceny wydawanego dziennika w określonym czasie i na określonym terenie byłoby możliwe, gdyby skutki tego działania nie miały negatywnego wpływu na poziom występującej na danym rynku konkurencji poprzez osłabienie pozycji rynkowej zajmowanej na tym rynku przez jedyne konkurenta powoda. Podkreślić wypada, że cena (...) w wysokości 1zł. była aż o 50% niższa od obowiązującej w tym czasie na całym krajowym rynku a więc i na terenie województwa (...), ceny (...).

Argumenty powoda o dążeniu do poszerzenia bazy czytelniczej i pauperyzacji społeczeństwa nie zasługują na uwzględnienie choćby dlatego, że jak wskazał Sąd Najwyższy, w tym samym czasie na pozostałej części rynku cena (...) nie uległa obniżeniu i była o 80% wyższa niż na (...). Dokonany przez powoda podział rynku był zatem wyraźny i nieuzasadniony.

Na uwzględnienie zasługują jednak zarzuty powoda dotyczące stwierdzenia w zaskarżonej decyzji stosowania ceny nieuczciwej oraz naruszenia art. 104 ustawy o ochronie (...). Jak zauważył Sąd Najwyższy zastosowanie obniżonej ceny nieprawidłowo zostało uznane za naruszenie art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy o ochronie (...), ponieważ narzucenie ceny nieuczciwej może mieć miejsce jedynie w stosunku do partnerów handlowych podmiotu dominującego stosującego tę niedozwoloną praktykę. Nie można więc uznać, że stosowanie obniżonej ceny wywierające negatywny wpływ na konkurenta rynkowego było praktyką zakazaną, o której mowa w art. 8 ust. 2 pkt 1 ustawy co nie zmienia zdaniem Sądu oceny, że było przejawem nadużycia posiadanej przez (...) pozycji dominującej na określonym w sprawie rynku właściwym.

Oceniając zarzut naruszenia art. 104 ustawy o ochronie (...) Sąd Okręgowy wziął pod uwagę, że nałożona przez Prezesa UOKiK kara pieniężna została ustalona na podstawie całkowitej wysokości przychodu osiągniętego przez powoda bez uwzględnienia zasady ustalania kary w odniesieniu do przychodów pochodzących z działalności, której dotyczyła zakazana praktyka a ponadto w sposób proporcjonalny do stwierdzonych naruszeń.

Biorąc pod uwagę kryteria ustawowe służące do określenia wymiaru kary, rzeczywistą wartość przychodu uzyskanego przez powoda w 2005r. z wydawania (...) oraz przyjmując za podstawę wymiaru kary (...) wysokości kary maksymalnej i uwzględniając fakt, że powód zdaniem Sądu dopuścił się stosowania dwóch a nie trzech zarzucanych mu praktyk antykonkurencyjnych Sąd Okręgowy uznał za zasadne obniżenie nałożonej na powoda kary pieniężnej do kwoty nie przekraczającej (...) przychodu powoda osiągniętego w związku z wydawaniem (...) w 2005r.

Sąd oddalił złożone przez pozwanego w pkt 2 i 3 pisma procesowego z dn. 1.03.2011r. wnioski dowodowe jako sprekludowane. Nie oznaczało to jednak zdaniem Sądu, że zebrany w sprawie przed wydaniem zaskarżonej decyzji materiał nie pozwalał na przeprowadzenie analizy rynku krajowego, porównanie treści (...) i (...) oraz dostępności na rynku obu dzienników.

Stanowisko Sądu dotyczące możliwości przeprowadzania tej analizy na podstawie zgromadzonego materiału oparte było na wyrażonym w sprawie stanowisku Sądu Najwyższego powtórzonym przez Sąd Apelacyjny, które znalazło stosowny wyraz w uzasadnieniach wydawanych w sprawie wyroków. Gdyby zebrany materiał nie był w ocenie

Sądu Najwyższego wystarczający do przeprowadzenia przez Sąd analizy rynku, brak byłoby w uzasadnieniu Sądu Najwyższego wyraźnego wskazania do przeprowadzenia tej analizy.

Mając na uwadze przedstawione okoliczności Sąd Okręgowy orzekł jak w sentencji – art. 479<sup>31a</sup> § 3 kpc.

W stosunku do zainteresowanego, wobec stwierdzenia jego likwidacji postępowanie odwoławcze umorzono na podstawie art. 355 kpc.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 § 1 kpc w zw z art. 100 kpc.

SSO Witold Rękosiewicz