



Sygn. akt III SK 54/13

WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 maja 2014 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Maciej Pacuda (przewodniczący)

SSN Halina Kiriło (sprawozdawca)

SSN Roman Kuczyński

Protokolant Ewa Wolna

w sprawie z powództwa T. Spółki Akcyjnej w W. (obecnie O. S.A. w W.)
przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej,
po rozpoznaniu na rozprawie w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw
Publicznych w dniu 15 maja 2014 r.,
skarg kasacyjnych strony powodowej i strony pozwanej od wyroku Sądu
Apelacyjnego
z dnia 9 kwietnia 2013 r.,

- 1. oddała obie skargi kasacyjne;**
- 2. wzajemnie znosi między stronami koszty postępowania kasacyjnego.**

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Prezes Urzędu) decyzją z 20 grudnia 2007 r. DOK-98/2007 uznał praktykę stosowaną przez T. S.A. z/s (powód) na krajowym rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych, polegającą na dyskryminacyjnym degradowaniu ruchu IP przez podejmowanie działań skutkujących obniżeniem jakości lub uniemożliwieniem transmisji danych, za praktykę ograniczającą konkurencję w rozumieniu art. 8 ust. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. z 2005 r. Nr 244, poz. 2080 ze zm., dalej jako uokik) oraz art. 82 TWE i nakazał zaniechanie jej stosowania. Za stwierdzone naruszenie reguł konkurencji Prezes Urzędu nałożył na powoda karę pieniężną w wysokości 75.000.000 zł.

Powód zaskarżył decyzję Prezesa Urzędu odwołaniem. Sąd Okręgowy wyrokiem z 11 kwietnia 2011 r., zmienił zaskarżoną decyzję w ten sposób, że stwierdził zaniechanie stosowania praktyki z dniem 14 lipca 2006 r., obniżył nałożoną na powoda karę do kwoty 38.000.000 zł, oddalił odwołanie w pozostałym zakresie oraz rozstrzygnął o kosztach postępowania.

Sąd Okręgowy ustalił, że powód zarządza siecią Internet na poziomie lokalnym oraz sieciami drugiego poziomu i posiada własny system autonomiczny. Sieć powoda połączona jest z sieciami operatorów w zagranicznych dla celu wymiany ruchu wchodzącego i wychodzącego z sieci powoda. Wśród tych operatorów znajdują się F. oraz Te. Do wymiany ruchu z tymi operatorami w okresie od lutego 2004 r. do lipca 2006 r. służyły rutery brzegowe „war_tr3” oraz „war_tr4”. Ustalono, że w lutym 2004 r. zmieniono konfigurację ruterów brzegowych przez założenie filtrów zawierających dane podmiotów na listach „polish rejected prefixes” oraz „polish limited prefixes”. Gdyby podmioty umieszczone na tych listach przesyłały pochodzące od nich dane za pośrednictwem F. lub Te., to pakiety te byłyby odrzucane przy wartościach granicznych ustanowionych na bardzo niewielkiej szybkości ruchu. Obaj operatorzy zagraniczni złożyli do Prezesa Urzędu zawiadomienia dotyczące podejrzenia wprowadzenia ograniczeń ruchu sieciowego przez powoda. Filtry zdjęto z ruterów brzegowych z dniem 14 lipca 2006 r.

Sąd Okręgowy uznał, że powód posiada pozycję dominującą na rynku dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych.

Odnosząc się do pojęcia rynku właściwego Sąd Okręgowy stwierdził, że rynek ten został prawidłowo określony jako rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Nie uwzględniono argumentacji powoda opartej na dwóch dokumentach dotyczących rynku telekomunikacyjnego w Polsce w latach 2006-2009 oraz 2005-2008, ponieważ dotyczą one gospodarstw domowych, a dane pochodzą z ośrodka badania opinii publicznej, a nie Prezesa Urzędu. Dowód ten nie może być podstawą dla wyznaczenia rynku właściwego w niniejszej sprawie. Podstawą obliczeń dla Prezesa Urzędu były raporty publikowane przez Prezesa Urzędu w Biuletynie UKE, których treść jest znana Sądowi z urzędu, bez potrzeby prowadzenia dowodu w tym zakresie. Za nieprawidłowy uznano zarzut pominięcia możliwości łączenia się z siecią Internet przez telefon komórkowy. Powód nie przedstawił żadnego dowodu, na podstawie którego ustalony rynek właściwy miałby zostać rozszerzony o możliwość łączenia się z Internetem za pośrednictwem telefonu komórkowego. Sąd stwierdził, że telefonia mobilna nie stanowi segmentu rynku właściwego obejmującego świadczenie usług dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych.

Sąd uznał, że usługa dostępu do użytkowników końcowych Internetu jest usługą o charakterze hurtowym, w której stronami są operatorzy. Ruch IP między operatorami odbywa się za pomocą łączy szerokopasmowych, a dopiero w dalszej kolejności przekazywany jest między operatorem a użytkownikiem za pomocą łączy szeroko - lub wąskopasmowych.

Sąd ustalając stan faktyczny przyjął, że praktyka ograniczająca konkurencję rozpoczęła się w lutym 2004 r., a zakończona została w lipcu 2006 r. Powód przedstawił Prezesowi Urzędu obraz konfiguracji ruterów brzegowych bez założonych filtrów, a następnie płytę CD obrazującą konfigurację ruterów brzegowych. Zdaniem Sądu, były to dowody na zmianę konfiguracji ruterów. Sąd dopuścił dowód z opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki, który stwierdził jednoznacznie, że okresie od 14 lipca 2006 r. do 10 maja 2007 r. comiesięczny

zapis konfiguracji ruterów brzegowych autonomicznego systemu powoda świadczy, że nie było żadnego wywołania poleceń dyskryminujących degradowanie ruchu IP wychodzącego z sieci polskich alternatywnych operatorów telekomunikacyjnych i trafiających ostatecznie do polskich użytkowników. Na tej podstawie Sąd ustalił, że powód zaprzestał zarzucanej jej praktyki z dniem 14 lipca 2006 r., co uzasadniało zmianę decyzji Prezesa Urzędu w pkt I i II.

Sąd Okręgowy podzielił także zarzuty powoda co do naruszenia przepisów uokik przy ustalaniu wysokości wymierzonej kary pieniężnej. Zdaniem Sądu, powodowi można przypisać wysoki stopień winy o charakterze umyślnym z zamiarem ewentualnym oraz wysoką szkodliwość naruszenia. Jako okoliczność łagodząca, i to w stopniu znacznym, przyjęto zaprzestanie naruszeń spowodowane w głównej mierze decyzją Prezesa UKE z 10 lipca 2006 r. Prezes Urzędu uznał, jako wpływającą na wymiar kary, okoliczność niezaprzestania naruszeń w dniu wydania decyzji, podczas gdy Sąd ustalił, że praktyka została zaprzestana w dniu 14 lipca 2006 r. Musiało to wpłynąć na wysokość kary.

Powód i Prezes Urzędu zaskarżyli wyrok Sądu Okręgowego apelacjami.

Sąd Apelacyjny wyrokiem z 9 kwietnia 2013 r., oddalił obie apelacje.

Odnosząc się do apelacji powoda Sąd drugiej instancji nie podzielił zarzutów dotyczących naruszenia przepisów prawa procesowego stwierdzając, że treść raportów Prezesa UKE została przywołana przez Prezesa Urzędu w odpowiedzi na odwołanie. Dane wynikające z tych raportów nie stanowiły faktów znanych Sądowi z urzędu, które należało zakomunikować stronom i ujawnić w ten sposób w procesie. Raport Detaliczny rynek usług szerokopasmowego dostępu do Internetu został przywołany przez powódkę i dołączony do odwołania. Sąd Okręgowy wyjaśnił także, dlaczego nie przyjął danych z raportów The telecommunications market in Poland 2006-2009 oraz The telecommunications market in Poland 2005-2008, za przydatne do rozstrzygnięcia sprawy.

Sąd drugiej instancji uznał także za niezasadny zarzut naruszenia art. 6 k.c., art. 2 rozporządzenia Rady 1/2003 w związku z art. 8 ust. 1 i 2 pkt 5 uokik oraz art. 82 TWE. Z danych przedstawionych w zaskarżonej decyzji, jak również w odpowiedzi na odwołanie wynika, że w latach 2005-2007 udziały rynkowe powoda przekraczały znaczenie poziom 40% i kształtowały się na poziomie ok 55% i

wyższym (w oficjalnych raportach). W przywołanym przez powoda raporcie Prezesa Urzędu, udział powoda w rynku szerokopasmowego dostępu do Internetu kształtował się na poziomie 55%. Powód nie przedstawił żadnych dowodów, że jej udział został określony przez Prezesa Urzędu nieprawidłowo.

Proponowane przez powoda rozróżnienie rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu korzystających usługi szerokopasmowej od rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu korzystających z usługi wąskopasmowej nie ma zastosowanie w sprawie. Rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych jest rynkiem hurtowym, na którym do wymiany handlowej dochodzi między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Na tym poziomie fakt, z jakiego rodzaju dostępu do Internetu (wąskopasmowy, szerokopasmowy) korzysta użytkownik końcowych jest bez znaczenia. Jest jeden rynek dostępu oferowany na szczeblu hurtowym. Oddzielne rynki szeroko i wąskopasmowego Internetu funkcjonują na szczeblu detalicznym, gdy dochodzi do wymiany handlowej w relacji użytkownik końcowy - przedsiębiorca.

Sąd drugiej instancji nie podzielił także zarzutu naruszenia art. 8u st. 1 w związku z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik oraz art. 82 TWE w zakresie nadużycia pozycji dominującej. Nie istniała bowiem obiektywna przyczyna usprawiedliwiająca działanie dominanta. W ocenie powoda, przyczyną założenia filtrów była konieczność zabezpieczenia sieci przed nagłym obniżeniem jakości jej funkcjonowania na skutek nagłego obciążenia danej sieci nadmiernym wzrostem ruchu. Atak na sieć, jaki miał miejsce w dniu 13 lutego 2004 r., nie usprawiedliwia nakładania ograniczeń na przedsiębiorców, którzy z takim atakiem nie mieli nic wspólnego. Działania zapobiegawcze powinny być współmierne do poziomu występującego ryzyka, zaś konstrukcja zainstalowanych filtrów była nieproporcjonalna do istniejącego zagrożenia, co wynika z opinii biegłego oraz zeznań świadków.

Uznając stanowisko Sądu Okręgowego w zakresie ograniczenia konkurencji za zasadne, Sąd drugiej instancji wskazał, że usługi świadczone przez operatorów zagranicznych w zakresie dostępu do sieci powoda mogą być uznane za substytucyjne względem usług świadczonych przez powoda. Operatorzy

zagraniczni mogliby uzyskiwać dostęp do podmiotów przyłączonych do sieci powoda. Degradacja ruchu spowodowała, że dostęp ten faktycznie był możliwy jedynie przez łącza powoda. Usługi dwóch dotkniętych przedsiębiorców przestały być alternatywne dla usług powoda dla operatorów alternatywnych wpisanych na listy polish rejected prefixea oraz polish limited prefixes, co z kolei miało wpływ na handel między państwami członkowskimi.

Sąd Apelacyjny nie uwzględnił także zarzutu naruszenia art. 104 uokik. Podniesiony przez powoda zarzut niezastosowania przy ustalaniu wymiaru nałożonej kary pieniężnej kryterium wartości sprzedaży dóbr mających związek z naruszeniem przepisów, nie mógł odnieść skutku. Wytyczne Komisji Europejskiej, przywołane przez powoda, nie stanowią źródła prawa powszechnie obowiązującego i nie mogą wpływać na porządek prawny RP. Zgodnie z treścią art. 101 ust. 1 pkt 1 i 2 w związku z art. 4 pkt 15 uokik Prezes Urzędu może nałożyć karę pieniężną w wysokości nie większej niż 10% przychodu z całej działalności przedsiębiorcy, a nie tylko ze świadczenia usług na rynku właściwym.

Odnosząc się do apelacji Prezesa Urzędu, Sąd drugiej instancji wskazał, że jego zdaniem Sąd Okręgowy prawidłowo ocenił materiał dowodowy zgromadzony w sprawie. Biegły stwierdził jednoznacznie, że od dnia 14 lipca 2006 r. zapis ruterów brzegowych systemu TP wykazał, iż nie stosowano poleceń dyskryminujących degradację ruchu w sieci. Podnoszone przez Prezesa Urzędu dywagacje, że praktyka mogła być stosowana później, nie mają żadnego umocowania w zebranych materiale dowodowym. Sąd drugiej instancji wskazał także, że to Prezes Urzędu obciążał dowód udowodnienia zarzucanej powodowi praktyki. Art. 10 ust. 3 uokik nakłada ciężar dowodu zaniechania stosowania praktyki na przedsiębiorcę, co nie zwalnia Prezesa Urzędu z konieczności przestrzegania zasad określonych w części ogólnej k.p.a. W okolicznościach sprawy Prezes Urzędu otrzymał materiał dowodowy, który miał wykazać zaniechanie praktyki w lipcu 2006 r., jednak z dowodu tego nie skorzystał i przyjął samodzielne domniemanie, że powód nadal stosuje dyskryminacyjną degradację ruchu.

Sąd drugiej instancji nie uwzględnił także zarzutu naruszenia art. 104 uokik przez niezasadne pominięcie okresu stosowania przez powoda zarzucanej mu praktyki, niezasadne przyjęcie, że występowanie okoliczności łagodzącej w postaci

zaniechania wpływa na obniżenie kary pieniężnej o prawie 50% mimo potwierdzenia wysokiej szkodliwości czynu powoda oraz niezasadne przyjęcie, że zaniechanie praktyki przez powoda w wyniku decyzji Prezesa UKE stanowi okoliczność łagodzącą wpływającą na wymiar kary w stopniu znacznym.

Sąd drugiej instancji wskazał, że pierwszym kryterium wymiaru kary w art. 104 uokik jest okres naruszenia przepisów ustawy. Kryterium to powinno być wykładane szeroko. Za okres trwania należy uznać czas między dniem, w którym dany podmiot dopuścił się naruszenia, a dniem, w którym ustał stan naruszenia. Ustanie może być następstwem dobrowolnego działania przedsiębiorcy, może też być wymuszone przez stosowanie przez Prezesa Urzędu kar pieniężnych. Drugim kryterium jest stopień naruszenia przepisów ustawy, a zatem uwzględnienie rodzaju naruszenia oraz towarzyszących mu okoliczności. Ostatnim kryterium są okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy, przy czym art. 104 uokik nie wymaga, by uwzględnieni tego przypadku ograniczać do naruszenia tego samego bądź nawet podobnego przepisu ustawy. Tożsamość przedmiotowa nie jest warunkiem uznania, że doszło do recydywy antymonopolowej. Kryteria z art. 104 uokik nie stanowią katalogu zamkniętego, a w orzecznictwie sądowym wskazano na szereg dodatkowych kryteriów.

W ocenie Sądu Apelacyjnego, zmiana wysokości kary z 75.000.000 zł na 38.000.000 zł uzasadniona była wnioskami wynikającymi z ustaleń faktycznych. Wyniki postępowania wskazały na znacznie krótszy, niż ustalił to Prezes Urzędu, okres naruszenia – do lipca 2006 r. a nie do 20 grudnia 2007 r. Świadczy to o zmniejszeniu stopnia naruszenia przepisów uokik. Należało także uwzględnić zaniechanie stosowania praktyki przed wydaniem zaskarżonej decyzji. Kara w wysokości 75.000.000 zł była znacznie zawyżona dla osiągnięcia zakładanego celu.

Powód i Prezes Urzędu zaskarżyli wyrok Sądu Apelacyjnego skargami kasacyjnymi.

Powód zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie art. 104 uokik w związku z art. 101 ust. 1 i 2 uokik, przez błędną wykładnię i uznanie, że prawidłowe było wzięcie pod uwagę przy ustalaniu wymiaru kary pieniężnej wielkości całkowitego przychodu powoda, zamiast przychodu osiągniętego przez powoda ze

sprzedaży towarów mających związek z zarzuconym powodowi naruszeniem prawa, skutkiem czego nałożono na powoda karę rażąco wygórowaną; 2) art. 4 pkt 8 uokik w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik, przez błędne przyjęcie definicji rynku właściwego w części dotyczącej rynku produktowego, a w konsekwencji błędne przypisanie powodowi posiadania pozycji dominującej; 3) art. 6 k.c. w związku z art. 6 EKPC, przez przypisanie powodowi pozycji dominującej pomimo nieudowodnienia przez Prezesa Urzędu wielkości udziału w rynku powoda, co nastąpiło poprzez ustalenie tego udziału wyłącznie na podstawie twierdzeń Prezesa Urzędu opartych na raportach Prezesa UKE oraz Prezesa UOKiK, które nie zostały dołączone do materiału dowodowego sprawy oraz nie były znane Sądowi Apelacyjnemu z urzędu.

Prezes Urzędu zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie: 1/) art. 10 ust. 3 uokik przez przyjęcie, że po poinformowaniu przez przedsiębiorcę o zaniechaniu stosowania praktyki, Prezes Urzędu powinien wykazać, że praktyka jest nadal stosowana; 2) art. 104 uokik przez uznanie, że okres naruszenia przepisów ustawy ma dużo istotniejsze znaczenie przy wymiarze kary, niż pozostałe kryteria wymiaru kary; 3) art. 104 uokik przez uznanie, że kryterium mającym wpływ na obniżenie wymiaru kary jest zaniechanie bez względu na przyczynę zaniechania oraz bez względu na to, na którym etapie postępowania zaniechanie nastąpiło.

Powód oraz Prezes Urzędu w odpowiedziach na skargę kasacyjną drugiej strony wniesli o jej oddalenie i zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Obie skargi kasacyjne nie mają uzasadnionych podstaw.

Pierwszy zarzut skargi kasacyjnej powoda dotyczy przychodu, jaki powinien być brany pod uwagę przy ustalaniu wymiaru kary pieniężnej. W uzasadnieniu zaskarżonego wyroku porzeczono na odwołaniu do treści art. 104 uokik, zgodnie z którym górna granica kary pieniężnej wynosi 10% przychodu ogółem danego przedsiębiorcy. Argumentacja powoda zmierza zaś do zastąpienia przychodu ogółem przychodem ze sprzedaży towarów, których dotyczyła praktyka. W tym celu powód odwołuje się do Wytycznych Komisji w sprawie metody ustalania grzywien

nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003. W punkcie 5 Wytycznych Komisja przyjęła, że przy ustalaniu wysokości grzywien powinna oprzeć się na danych dotyczących wartości sprzedaży dóbr lub usług mających związek z naruszeniem przepisów unijnego prawa konkurencji. Powód podkreśla, że przepis art. 101 uokik z 2000 r. definiuje jedynie maksymalny poziom kary pieniężnej na poziomie 10% przychodu osiągniętego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Z kolei same kryteria wymiaru kary pieniężnej określał art. 104 uokik, przy czym czynił to w niewyczerpujący sposób. Zdaniem powoda, Prezes Urzędu nie ma całkowitej swobody przy ustalaniu wysokości kary, ponieważ ograniczony jest zasadą proporcjonalności wynikającą z art. 3 ust. 3 Konstytucji RP. Powoduje to, że niewłaściwe jest stanowisko Prezesa Urzędu, jakoby dawna uokik definiowała tylko przychód podatkowy i w konsekwencji w oparciu o przepisy prawa podatkowego nie jest możliwe ustalenie przychodów przedsiębiorcy z poszczególnych rodzajów działalności. Zdaniem powoda, skoro przepisy prawa podatkowego nakładają na podatnika obowiązek odpowiedniego dokumentowania sprzedaży, organ ma możliwość ustalenia wysokości przychodów osiąganych przez przedsiębiorcę z poszczególnych rodzajów działalności. Ograniczenie maksymalnego wymiaru kary pieniężnej do poziomu 10% całkowitego przychodu osiąganego przez przedsiębiorcę w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary nie oznacza, że wysokość kary pieniężnej może być ustala w oderwaniu od rzeczywistego zakresu naruszenia przepisów. Powód podnosi, że w zgodzie z art. 3 ust. 1 zd. 2 rozporządzenia 1/2003, w przypadku gdy krajowe organy konkurencji bądź sądy krajowe stosują krajowego prawo konkurencji do praktyk zakazanych przez art. 82 TWE, stosują również art. 82 TWE. Z powyższego powód wyprowadza założenie, zgodnie z którym kryteria ustalania wysokości kary pieniężnej za tego rodzaju naruszenia powinny być spójne z zasadami obowiązującymi w przypadku stosowania art. 82 TWE przez Komisję. Komisja także może nałożyć karę pieniężną do 10% całkowitego obrotu uzyskanego w poprzednim roku obrotowym. Jednakże w Wytycznych przyjęła kryterium przychodów z działalności objętej naruszeniem. W sytuacji, gdy w niniejszej sprawie stosowany jest równocześnie zakaz nadużywania pozycji dominującej z

prawa krajowego oraz prawa unijnego, niewłaściwe jest stosowanie zróżnicowanych zasad ustalania wysokości kary pieniężnej.

Powyższy zarzut skargi kasacyjnej powoda wraz z nawiązującym do niego zagadnieniem prawnym odnosi się do kwestii interakcji między unijnym a krajowym prawem ochrony konkurencji, a konkretnie oddziaływania treści aktów unijnego prawa miękkiego (soft law) oraz praktyki Komisji Europejskiej na stosowanie krajowego prawa ochrony konkurencji w tych sprawach, w których na mocy rozporządzenia 1/2003 uregulowania krajowe stosowane są równolegle z unijnymi.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że rozporządzenie Rady(WE) z 16 grudnia 2003 r. nr 1/2003 w sprawie wprowadzenia w życie reguł konkurencji ustanowionych w art. 81 i 82 Traktatu (Dz. Urz. UE L 2003, nr 1, s. 1), normując interakcje między krajowym a unijnym prawem ochrony konkurencji, nie reguluje tej problematyki. Z akapitu 8 preambuły rozporządzenia wynika, że cel w postaci zapewnienia skutecznego stosowania unijnych reguł konkurencji realizowany jest przez wprowadzenie obowiązku równoległego stosowania krajowych i unijnych reguł konkurencji, w przypadku stosowania krajowych reguł konkurencji do praktyk, które mogą wpływać na handel między państwami członkowskimi. Zamierzenie to realizowane jest przez art. 3 rozporządzenia 1/2003. Przepis ten odnosi się do stosowania samego zakazu z art. 101 lub 102 TFUE. Nie rozciąga się na stosowanie przepisów zawartych w rozporządzeniu 1/2003 dotyczących sankcji z tytułu naruszenia unijnych reguł konkurencji. Takiego wymogu nie wprowadza także art. 5 rozporządzenia. Przepis ten jedynie stanowi o upoważnieniu organów ochrony konkurencji państw członkowskich do wydawania decyzji nakładających kary pieniężne. W odniesieniu do sądów związania Wytycznymi Komisji nie da się wywieść z art. 16 rozporządzenia 1/2003.

Wniosku takiego nie można również wyprowadzić z Wytycznych w sprawie metody ustalania grzywien nakładanych na mocy art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003 (Dz. Urz. UE z 2006 r., C 210, s. 02). Z ich treści i celu wynika, że zawarte w nich zasady odnoszą się do Komisji i mogą być wiążące co najwyżej dla niej przy stosowaniu art. 23 ust. 2 lit. a) rozporządzenia 1/2003. Z kolei z wyroku TSUE z 13 grudnia 2012 r. w sprawie C-226/11 *Expedia* wynika jednoznacznie, że wytyczne sporządzane przez Komisję, jak również komunikaty

bądź obwieszczenia, nie są – co do zasady - wiążące dla organów ochrony konkurencji lub sądów państw członkowskich (pkt 27 i 29). Przemawia za tym dodatkowo publikacja Wytycznych w serii C *Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej*, która to seria, jak wskazuje się w orzecznictwie TSUE nie służy publikowaniu aktów prawnie wiążących (wyroki TSUE z 12 maja 2011 r. w sprawie C-410/09 *Polska Telefonia Cyfrowa*, pkt 35; z 13 grudnia 2012 r., w sprawie C-226/11 *Expedia*, pkt 30).

Na potrzebę uwzględniania przy ocenie proporcjonalności kary pieniężnej przychodów ze sprzedaży towarów na rynku, na którym dopuszczono się ograniczenia konkurencji (w przypadku aktywności na takim rynku) Sąd Najwyższy zwrócił uwagę w uzasadnieniach wyroków z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09 oraz z dnia 21 kwietnia 2011 r., III SK 45/10. Jak jednak wyjaśniono w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 4 marca 2014 r., III SK 34/13, powyższe zapatrywanie nie oznacza, że każda kara pieniężna w wysokości przekraczającej poziom przychodów uzyskiwanych ze sprzedaży towaru, którego dotyczy praktyka, jest nieproporcjonalna. Powyższa linia orzecznicza nie nakłada na Prezesa Urzędu obowiązku ustalania przychodu przedsiębiorcy ze sprzedaży towaru, którego dotyczy praktyka, którego naruszenie skutkowałoby koniecznością uchylecia decyzji, bądź orzeczenia Sądu. Orzecznictwo to daje przedsiębiorcy oraz sądom orzekającym w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa podstawę dla zmiany wysokości kary pieniężnej, gdy z okoliczności faktycznych sprawy będzie wynikało, że kara pieniężna mieszcząca się w granicach wyznaczonych przez art. 104 uokik jest jednak nieproporcjonalna z uwagi na skalę przychodu ze sprzedaży towarów, których dotyczy praktyka.

Skarga kasacyjna powoda nie ujawnia zaś argumentacji pozwalającej na stwierdzenie przez Sąd Najwyższy, w ramach postępowania kasacyjnego, że kara pieniężna w wysokości ustalonej wyrokiem Sądu pierwszej instancji, utrzymanego przez Sąd Apelacyjny, jest nieproporcjonalna w odniesieniu do uwzględnionych przez Sądy okoliczności rzutujących na wymiar kary.

Zarzut naruszenia art. 4 pkt 8 uokik w związku z art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik odnosi się do wadliwego ustalenia rynku właściwego. Podstaw dla jego sformułowania powód upatruje w poglądach Sądu Apelacyjnego, że rynkiem

właściwym jest krajowy rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu podłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Rynek ten dotyczy wymiany ruchu na poziomie hurtowym, to jest między sieciami telekomunikacyjnymi. Dlatego niezasadne było rozróżnienie rynku świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu szerokopasmowego oraz rynku dostępu do użytkowników końcowych Internetu wąskopasmowego.

W uzasadnieniu zarzutu powód podnosi, że definiując rynek w taki sposób pominięto użytkowników korzystających z dostępu do Internetu za pośrednictwem sieci ruchomych, które również są publicznymi sieciami telekomunikacyjnymi. W przypadku użytkowników tego rodzaju różnica w sposobie świadczenia usługi występuje tylko na poziomie detalicznym.

Odnosząc się do powyższego zarzutu należy na wstępie przypomnieć, że z dotychczasowego orzecznictwa Sądu Najwyższego wynika, iż wadliwe wyznaczenie rynku właściwego może prowadzić do uwzględnienia skargi kasacyjnej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., III SK 5/09).

W niniejszej sprawie w decyzji Prezesa Urzędu rynek właściwy zdefiniowano jako krajowy rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Rynek tego rodzaju został wskazany w sentencji decyzji Prezesa UOKiK, a motywy, jakimi się kierowano przy jego ustalaniu, przedstawiono w jej uzasadnieniu. Według organu ochrony konkurencji rynek ten obejmował co do zasady wszelkie środki uzyskania dostępu do odbiorców treści internetowych, w tym dostęp za pomocą usługi dial-up, stały dostęp do Internetu w stacjonarnej i ruchomej sieci publicznej, dostęp za pośrednictwem sieci telewizji kablowych oraz dostęp radiowy (pkt 252 uzasadnienia decyzji). Poza wyznaczonym w sprawie rynkiem właściwym Prezes Urzędu pozostawił dostęp do użytkowników końcowych nieprzyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych (pkt 257) oraz dostęp do użytkowników końcowych korzystających z Internetu za pomocą telefonu komórkowego (pkt 259), dostęp za pomocą przystawek telewizyjnych. Prezes Urzędu uznał, że powód zajmuje pozycję dominującą na rynku właściwym, ponieważ zapewnia dostęp do znacznej większości polskich użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych (pkt 272), przy udziale rynkowym

przekraczającym – niezależnie od przyjętego sposobu liczenia – 40%. Organ ochrony konkurencji odwołał się do własnego badania rynku przeprowadzonego w kwietniu 2005 r. (pkt 282), danych Prezesa UKE (pkt 285). Uwzględnił także użytkowników Internetu w sieci operatorów telefonii mobilnej (pkt 286).

Sąd Okręgowy uznał, że Prezes Urzędu prawidłowo określił rynek właściwy, jako rynek świadczenia usługi dostępu do użytkowników końcowych Internetu przyłączonych do publicznych sieci telekomunikacyjnych. Powód kwestionował w odwołaniu ustalenia Prezesa Urzędu w przedmiocie produktowego rynku właściwego w zakresie szerokopasmowego dostępu do Internetu, powołując się na dwa dokumenty, które według Sądu pierwszej instancji okazały się irrelewantne, gdyż dotyczyły gospodarstw domowych, a nie rynku hurtowego. Sąd Okręgowy nie uwzględnił tego dowodu. Wskazał ponadto, że podstawą dla ustalenia pozycji dominującej powoda było badanie całego rynku dostępu do Internetu, a nie jedynie dostępu szerokopasmowego.

Sąd Apelacyjny podtrzymał powyższą definicję rynku właściwego. Z uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie wynika, by wykluczył z jego zakresu produktowego dostęp do użytkowników Internetu korzystających z usług operatorów telefonii mobilnej (pomijając nie uwzględnionych przez Prezesa Urzędu i Sąd pierwszej instancji użytkowników Internetu mobilnego korzystających z sieci na telefonach komórkowych).

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 6 k.c. w związku z art. 6 EKPC, przez błędne zastosowanie polegające na przypisaniu powodowi pozycji dominującej na rynku właściwym pomimo nieudowodnienia przez Prezesa Urzędu wielkości udziału powoda w rynku, co nastąpiło przez ustalenie tego udziału wyłącznie na podstawie twierdzeń Prezesa Urzędu opartych na raportach Prezesa UKE oraz Prezesa Urzędu, które nie zostały załączone do materiału dowodowego sprawy oraz nie były znane Sądowi Apelacyjnemu z urzędu, Sąd Najwyższy stwierdza, że tak sformułowany zarzut naruszenia prawa materialnego jest niedopuszczalny. Powód w skardze kasacyjnej nie kwestionuje podstawy faktycznej i sposobu jej ustalenia przez Sąd drugiej instancji, nawet w tym ograniczonym zakresie, na jaki pozwala obowiązujący model postępowania kasacyjnego. W orzecznictwie Sądu Najwyższego dopuszcza się zaś powoływanie zarzutów

naruszenia prawa procesowego odnoszących się chociażby do wadliwego przeprowadzenia postępowania dowodowego (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 13 lipca 2012 r., III SK 44/11). Naruszenia przywołanych powyżej przepisów powód upatruje zaś w uchybieniach procesowych Sądu drugiej instancji, polegających na uwzględnieniu dokumentów, które nie zostały według twierdzeń powoda dopuszczone w sposób zgodny z regułami proceduralnymi na poczet materiału dowodowego. Tego rodzaju i tak uzasadniony zarzut, jak trafnie wskazano w odpowiedzi Prezesa Urzędu na skargę kasacyjną, nie może zostać uwzględniony przez Sąd Najwyższy, jako wadliwie skonstruowany.

Skarga kasacyjna Prezesa Urzędu również nie ma uzasadnionych podstaw.

Sąd Najwyższy nie znajduje podstaw dla uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 10 ust. 3 uokik. Prezes Urzędu upatruje zasadności tego zarzutu w uznaniu przez Sąd Apelacyjny, że to jego obciążał ciężar udowodnienia zarzucanej powodowi praktyki, ponieważ art. 10 ust. 3 uokik nie zwalnia Prezesa Urzędu z przestrzegania zasad określonych w części ogólnej k.p.a., w szczególności zaś art. 7 k.p.a. statuującego obowiązek zbierania całego materiału dowodowego. W konsekwencji Sąd Apelacyjny przyjął, że to Prezes Urzędu powinien zbadać, czy praktyka powoda była nadal stosowana, co narusza art. 10 ust. 3 uokik. Sąd Apelacyjny uznał, że przekazanie przez przedsiębiorcę informacji o zaniechaniu praktyki ma ten skutek, że Prezes Urzędu musi wykazać, iż przedsiębiorca nadal stosuje praktykę. Z ustaleń faktycznych wynika, że przedsiębiorca przed poinformowaniem Prezesa Urzędu o zaniechaniu stosowania praktyki podjął w odniesieniu do wykorzystywanej przez siebie infrastruktury takie działania, które uniemożliwiają ustalenie momentu, w którym zaprzestał stosowania tej praktyki. Prezes Urzędu przeprowadził w dniu 18 września 2007 r. kontrolę w celu potwierdzenia, że powód zaniechał stosowania praktyki. Kontrola ujawniła, że na przełomie maja i czerwca 2007 r. powód zmienił strukturę swojej sieci, co wiązało się z likwidacją ruterów brzegowych war_tr3 i war_tr4, na których stwierdzono w toku postępowania antymonopolowego istnienie filtrów ograniczających ruch IP. Powód nie poinformował organu o tym fakcie. Powód powiadomił w maju 2007 r. o zdjęciu filtrów w 2006 r., a ponadto najpierw przekonfigurował sieć, a dopiero później poinformował o zaprzestaniu praktyki. Prezes Urzędu dwukrotnie wezwał

powoda do udowodnienia twierdzeń przedstawionych w piśmie oraz przeprowadził kontrolę. Po stwierdzeniu, że nie jest możliwe ustalenie, czy ruch jest degradowany w dalszym ciągu, bez przeprowadzenia długotrwałego postępowania administracyjnego, Prezes Urzędu dokonał oceny przedstawionych mu przez powoda informacji. W postępowaniu administracyjnym Prezes Urzędu uznał, że powód nie udowodnił zaprzestania stosowania praktyki do dnia wydania decyzji. Natomiast w toku postępowania sądowego ustalono, że powód zaprzestał stosowania praktyki z dniem 14 lipca 2006 r. Podstawę dla takich ustaleń stanowiła, jak wynika to z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, opinia biegłego.

Bezzasadny okazał się również zarzut naruszenia art. 104 uokik. Zaskarżony wyrok opiera się na założeniu, zgodnie z którym powód zaniechał stosowania praktyki, co z kolei miało wpływ na ustalony w sprawie okres naruszeń zakazów konkurencji i doprowadziło do obniżenia kary nałożonej przez Prezesa Urzędu. Zarzucając naruszenie art. 104 uokik Prezes Urzędu argumentuje, że okres naruszenia nie ma istotniejszego znaczenia od pozostałych kryteriów wymiaru kary. Jest to tylko jedno z kryteriów i nie można przypisać mu decydującego znaczenia. W ocenie Prezesa Urzędu, praktyka była stosowana przez powoda przez okres 46 miesięcy, to jest – jak wskazano w skardze – od lutego 2002 r. do grudnia 2007 r. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, praktyka była stosowana w okresie luty 2004-lipiec 2006, a zatem przez 30 miesięcy, zatem proporcja wynosi 46 do 30, co oznacza, że okres trwania praktyki został zmniejszony nie o 50% lecz tylko 35%. Według Prezesa Urzędu, zmniejszenie kary nie jest działaniem arytmetycznym, nie mniej kara została zredukowana o 50%, choć okres trwania praktyki skrócił się o 35%. Sąd Apelacyjny potwierdził zaś inne okoliczności istotne dla ustalania wymiaru kary, jak wysoki stopień zawinienia oraz okoliczności uprzedniego naruszenia przepisów ustawy. Dlatego redukcja kary o 50% jest nieuzasadniona.

Zarzuty naruszenia art. 104 uokik odnoszą się do zakresu kognicji sądu orzekającego w sprawach z odwołania od decyzji Prezesa Urzędu w zakresie dotyczącym kary pieniężnej oraz sposobu korzystania przez sąd z przysługujących mu uprawnień. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Sąd orzekający w pierwszej i drugiej instancji w sprawie z odwołania sprawuje pełną merytoryczną kontrolę nad wymiarem kary pieniężnej. Z kolei kognicja Sądu Najwyższego w

sprawach zarzutów dotyczących kar pieniężnych, z racji związania podstawą faktyczną oraz oceną dowodów, ogranicza się do kontroli zgodności orzeczenia Sądu drugiej instancji w zakresie respektowania prawnych kryteriów wymiaru kary pieniężnej i obowiązujących w tym zakresie ustawowych bądź orzeczniczych standardów. Sąd Najwyższy nie rozstrzyga, czy określony poziom kary pieniężnej jest w okolicznościach faktycznych sprawy właściwy, lecz weryfikuje, czy orzekając w tym przedmiocie Sąd drugiej instancji w sposób zgodny z obowiązującymi unormowaniami umotywował swoje stanowisko w tym zakresie.

W ramach postępowania odwoławczego Sąd pierwszej lub drugiej instancji nie kontroluje tylko, czy kara pieniężna została wymierzona przez Prezesa Urzędu zgodnie z wytycznymi wymiaru kary z art. 104 uokik, bądź w sposób odpowiadający zasadom wynikającym z pragmatyki organu ujawnionej w postaci różnego rodzaju wyjaśnień. Sąd jest także władny samodzielnie dostosować poziom ostatecznie wymierzanej kary pieniężnej do ustalonych w sprawie okoliczności, z uwzględnieniem funkcji kar pieniężnych oraz przesłanek wymiaru kary określonych w uokik, bądź wynikających z ogólnych zasad prawa, regulacji konstytucyjnych, czy zobowiązań prawnomiędzynarodowych. Sąd nie jest przy tym związany praktyką Prezesa Urzędu i wypracowanym przez niego sposobem dochodzenia do ustalenia wysokości kary pieniężnej. W zależności od okoliczności sprawy może inaczej rozłożyć akcenty, a nawet przypisać większe lub mniejsze znaczenie poszczególnym elementom wpływającym na ostateczny wymiar kary pieniężnej.

Kierując się powyższymi zapatrywaniami Sąd Najwyższy nie znajduje powodów dla uznania za wadliwy sposobu zastosowania art. 104 uokik przez Sąd Apelacyjny w niniejszej sprawie. Zaskarżony wyrok opiera się na uprawnionym założeniu, zgodnie z którym im dłuższy okres czasu stosowania praktyki, tym bardziej jest ona szkodliwa dla konkurencji, co z kolei przekłada się na ocenę zasadności wymierzenia kary na odpowiednim poziomie. W sytuacji, gdy w toku postępowania odwoławczego ustalono, że okres naruszenia był krótszy, niż zakładał Prezes Urzędu, a Sąd uzna, iż zasadne jest obniżenie kary z tego powodu, nie ma automatyzmu w postaci konieczności zachowania korelacji między wysokością kary a skróceniem okresu naruszenia. Im krótszy okres naruszania, tym mniejsze szkody wyrządziła praktyka, co może uzasadniać redukcję kary

pieniężnej w większym stopniu, niż wynikający z bezpośredniego przeniesienia %, o jaki skrócono okres naruszenia na ostateczną wysokość kary pieniężnej.

Naruszenia art. 104 uokik Prezes Urzędu dopatruje się także w uwzględnieniu, że przed wydaniem decyzji powód zaniechał stosowania praktyki. Według Prezesa Urzędu, nie każde zaniechanie stosowania stanowi kryterium mające wpływ na obniżenie kary. W niniejszej sprawie powód został zmuszony do zaniechania przez decyzję Prezesa UKE zaopatrzoną w rygor natychmiastowej wykonalności. Ponadto zaniechanie praktyki nastąpiło po 2,5 roku od wszczęcia postępowania wyjaśniającego, a zatem nie nastąpiło bezzwłocznie po interwencji organu ochrony konkurencji.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Sąd Najwyższy podziela zapatrywania Prezesa Urzędu, zgodnie z którym nie każde zaniechanie stosowania praktyki ograniczającej konkurencję musi być traktowane jako odpowiadające tej okoliczności wpływającej na obniżenie kary pieniężnej, która wiąże się z uznaniem przez przedsiębiorcę racji organu ochrony konkurencji i wymogów interesu publicznego. Zaniechanie stosowania praktyki „wymuszone” rozstrzygnięciem innego organu nie należy do tego rodzaju zaniechań, które przemawiałyby za obniżeniem kary pieniężnej. Nie mniej, jak wskazano powyżej, zaniechanie stosowania praktyki bez względu na motywy, rzutuje na okres naruszenia przepisów uokik, wpływając w ten sposób na poziom szkód wyrządzonych konkurencji na rynku. Znajduje to odzwierciedlenie w rozstrzygnięciu Sądów obu instancji. Dodatkowo należy mieć na uwadze, że fakt niezaprzestania stosowania praktyki po wszczęciu postępowania wyjaśniającego, a przed wszczęciem postępowania właściwego, nie może stanowić okoliczności wpływającej negatywnie na wysokość wymiaru kary pieniężnej. Z tych powodów nie zachodzą podstawy dla uwzględnienia tego zarzutu naruszenia art. 104 uokik.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.