

**16  
WYROK**

z dnia 20 listopada 2008 r.  
w sprawie z powództwa Media Express Sp. z o. o. w Warszawie przeciwko Prezesowi UOKiK  
(Sygn. akt VI ACa 704/08)

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny po rozpoznaniu w dniu 20 listopada 2008 r. w Warszawie na rozprawie sprawy z powództwa Media Express Sp. z o.o. w Warszawie przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z udziałem Axel Springer Polska Sp. z o.o. w Warszawie o ochronę konkurencji, na skutek apelacji powoda od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 listopada 2007 r., sygn. akt XVII AmA 24/06:

I. oddala apelację,

II. zasądza od Media Express Sp. z o.o. w Warszawie na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Axel Springer Polska Sp. z o.o. w Warszawie kwoty po 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

**UZASADNIENIE**

Decyzją z dnia 12 grudnia 2005 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów umorzył postępowanie antymonopolowe wszczęte na skutek wniosku MEDIA EXPRESS Sp. z o.o. w Warszawie w sprawie stosowania przez AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. w Warszawie praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku tabloidów, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez sprzedaż detaliczną dziennika FAKT poniżej kosztów, co może przeciwdziałać ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji i stanowić naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804 ze zm.).

Prezes UOKiK ustalił i zważył, iż do dnia 23 października 2003 r. jedynym tabloidem dostępnym na polskim rynku prasowym był SUPER EXPRESS. W wymienionej dacie ukazał się nowy tytuł tego gatunku prasowego - dziennik FAKT, który w bardzo krótkim czasie (w pierwszych tygodniach, a nawet dniach istnienia na rynku) osiągnął znaczącą pozycję, tj. ok. 40%. W chwili wejścia na rynek cena dziennika FAKT wynosiła 1 zł, a cena dziennika SUPER EXPRESS kształtowała się na poziomie od 1,3 zł do 2,1 zł. SUPER EXPRESS, przed wejściem na rynek FAKTU, był jedynym dziennikiem na polskim rynku, który można zakwalifikować jako tzw. tabloid. Po ukazaniu się pierwszych wydań FAKTU, udział w rynku SUPER EXPRESSU znacząco spadł. Dziennik FAKT w chwili wejścia na rynek osiągnął ok. 60% udziału w rynku tabloidów, pozostała część rynku, tj. ok. 40% pozostawała w gestii SUPER EXPRESSU. Stan ten utrzymał się do ostatnich miesięcy 2005 r., co sugeruje ustabilizowanie się krajowego rynku tabloidów. Ceny dziennika FAKT wzrastały w okresie od wejścia na rynek, tj. 23 października 2003 r. do początku 2005 r., przy jednoczesnym systematycznym spadku cen sprzedaży egzemplarzowej dziennika SUPER EXPRESS.

Reakcje konsumentów na zmiany cen FAKTU i SUPER EXPRESSU wskazują na istnienie silnej konkurencji pomiędzy tymi dziennikami. Zwiększenie w kwietniu 2004 r. ceny warszawskiego wydania FAKTU z poziomu 1 zł do 1,2 zł przy jednoczesnym obniżeniu ceny warszawskiej edycji SUPER EXPRESSU do poziomu 1 zł spowodowało istotny spadek sprzedaży FAKTU na tym obszarze, przy jednoczesnym wzroście sprzedaży SUPER EXPRESSU. Liczba egzemplarzy tego ostatniego, sprzedanych poza terenem Warszawy, na którym to terytorium cena FAKTU nie została obniżona, spadają w dalszym ciągu. Do analogicznych wniosków prowadzi analiza sprzedaży FAKTU i SUPER EXPRESSU w województwach lubelskim i kujawsko-pomorskim w IV kwartale 2004 r. Zwiększenie ceny wydania codziennego FAKTU odpowiednio z 1 zł do 1,1 zł i z 1 zł do 1,2 zł spowodowało znaczny spadek sprzedaży tego dziennika na tym terenie, przy jednoczesnym wyraźnym wzroście sprzedaży SUPER EXPRESSU.

Rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek tabloidów. Prezes UOKiK wskazał cechy charakterystyczne rynku właściwego pod względem produktowym.

Prezes UOKiK ustalił, że treść FAKTU i SUPER EXPRESSU jest zasadniczo zbliżona. Obydwie gazety stosują się do podobnej formuły informacyjnej - artykuły w nich zawarte są krótkie, podane w „lekkiej” formie, apelują do emocji czytelnika sensacyjnymi tytułami i treścią. W porównaniu z innymi dziennikami charakterystyczne jest skupianie się na problemach „zwykłych ludzi”. Szata graficzna - zdjęcia i inne elementy graficzne (np. tytuły) w obydwu dziennikach są mocno eksponowane, niekiedy kosztem tekstu, który zajmuje w porównaniu z gazetami ogólnoinformacyjnymi znacznie mniej miejsca. Powyższe cechy sprawiają, iż zarówno FAKT, jak i SUPER EXPRESS mogą być postrzegane jako dzienniki, które w sposób prostszy niż inne gazety ogólnoinformacyjne zaspokajają potrzebę bycia poinformowanym. Eksponowane elementy graficzne i sensacyjna treść tych gazet zwiększają w czytelniku przekonanie, iż przekazywane wiadomości są ważne, a zwięzły stawiający niższe w stosunku do tradycyjnych dzienników ogólnoinformacyjnych wymagania poznawcze przekaz ułatwia przyswojenie informacji. Znacząca odrębność takiej formuły informacyjnej w stosunku do sposobu prezentowanych informacji w innych dziennikach informacyjnych przemawia według Prezesa UOKiK za uznaniem, że rynkiem właściwym w sprawie jest rynek tabloidów.

Prezes UOKiK określił także zakres geograficzny rynku. Nie spotykając się z konkurencją zagraniczną, polskie tabloidy konkurują ze sobą na terenie całego kraju. Jest to konsekwencją tego, iż ich sieć dystrybucji obejmuje całą Polskę, zaś produkt, który stanowią, jest, pomimo istnienia niewielkich różnic regionalnych, zasadniczo jednolity w skali kraju.

Prezes UOKiK ustalił, że gazety działają zazwyczaj na dwóch powiązanych ze sobą rynkach produktowych - rynku czytelniczym, na którym sprzedawane są czytelnikom wydawnictwa prasowe oraz na rynku reklamy, na którym sprzedawana jest reklamodawcom powierzchnia reklamowa. Silna pozycja gazety na rynku czytelniczym zwiększa popyt reklamodawców, którzy liczą na dotarcie do szerszej publiczności. Dochód ze sprzedaży powierzchni reklamowej pozwala natomiast wydawcom na uatrakcyjnienie treści lub obniżenie ceny egzemplarzowej. Ich wagę uzmysławia fakt, iż praktycznie nie istnieją szeroko kolportowane gazety, które utrzymywałyby się wyłącznie z przychodów z uzyskiwanych ze sprzedaży egzemplarzy, natomiast istnieją dzienniki, które utrzymują się wyłącznie ze sprzedaży powierzchni reklamowej, nie rezygnując jednocześnie z publikacji artykułów informacyjnych. Powyższa współzależność rynku czytelniczego i sprzedaży powierzchni reklamowej jest niezwykle ważna dla kształtu sektora prasowego i Prezes UOKiK miał ją na uwadze analizując konkurencję pomiędzy gazetami.

Prezes UOKiK ustalił, że w przedmiotowej sprawie istniała podstawa do wszczęcia postępowania na podstawie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż zarzucane AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. działania dotyczą interesu publicznego. Zarzutom postawionym przez MEDIA EXPRESS Sp. z o.o. - spółce AXEL SPRINGER było prowadzenie sprzedaży detalicznej dziennika FAKT poniżej kosztów. Stosowanie cen poniżej kosztów jest, jak podkreślono w decyzji, jedną z najgroźniejszych w skutkach praktyk monopolistycznych, gdyż wymierzona jest w pierwszej kolejności przeciwko konkurentom podmiotu nadużywającego pozycję dominującą, a w dalszej perspektywie wpływa również niekorzystnie na interesy konsumentów. W przedmiotowej sprawie ewentualne zatem

stosowanie praktyki monopolistycznej przez AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. w zakresie ustalania ceny FAKTU poniżej kosztów negatywnie wpływałoby na strukturę rynku (osłabienie pozycji konkurenta bądź w ogóle wyeliminowanie go z rynku), a w dalszej perspektywie, mogłoby spowodować także nieuzasadnione podniesienie ceny FAKTU, co w sposób oczywisty byłoby działaniem niekorzystnym z punktu widzenia interesów konsumentów (czytelników tego gatunku prasy). Krajowy rynek tabloidów charakteryzuje się specyficznymi cechami, tj. dynamicznym rozwojem, względną niedojrzałością, relatywnie niskimi dla innych wydawców barierami wejścia na ten rynek.

Prezes UOKiK uzasadnił to występowaniem następujących okoliczności:

- w ciągu kilku miesięcy wydawania gazety FAKT wzrosła liczba czytelników, czyli sprzedaż egzemplarzowa, a zatem i przychody i polegała przede wszystkim na przyciągnięciu do nowej gazety nowych czytelników, a nie odebraniu czytelników konkurentowi na rynku właściwym,
- szybkie osiągnięcie przewagi gazety FAKT w dziedzinie sprzedaży egzemplarzowej, natomiast bardzo powolne i stopniowe osiąganie przewagi gazety FAKT w dziedzinie przychodów ze sprzedaży powierzchni reklamowej,
- stosowanie agresywnych nagłych strategii konkurencji, tj. kampanii reklamowych, obniżen cen gazety, zwiększeń intensywności promocji, zmian szaty graficznej, które to zmiany nie występują na ustabilizowanych, dojrzałych rynkach właściwych,
- gazeta FAKT bardzo szybko osiągnęła przewagę udziału na rynku właściwym nad dotychczasowym monopolistą gazetą SUPER EXPRESS, co wskazuje na możliwość szybkiego i skutecznego wejścia na ten rynek innych konkurentów, ogranicza siłą rynkową działających na rynku przedsiębiorców.

W ocenie Prezesa UOKiK na polskim rynku tabloidów panuje rzeczywista konkurencja. Rynek ten odznacza się dużą dynamiką i wskazuje cechy rynku niedojrzałego i wobec tego posiadanie znaczącego w nim udziału nie jest równoznaczne z zajmowaniem pozycji dominującej. Działający na nim przedsiębiorcy poddani są presji ze strony potencjalnej konkurencji, grożącej wejściem na rynek właściwy, co w znaczącym stopniu utrudnia, a nawet uniemożliwia im nadużywanie pozycji rynkowej. W ocenie Prezesa UOKiK duopolistyczna struktura rynku właściwego w sprawie prowadzi do tego, iż między uczestnikami polskiego rynku tabloidów występuje silna rywalizacja przy użyciu szeregu strategii cenowych i pozacenowych, która uniemożliwia działanie bez uwzględnienia reakcji konkurenta i konsumenta. Walka cenowa obu przedsiębiorców, nawet z zastosowaniem cen nie pokrywających kosztów zmiennych (tego w niniejszej sprawie Prezes UOKiK nie rozstrzygał), przy braku po stronie AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. pozycji dominującej, nie stanowi naruszenia ustawy antymonopolowej.

Prezes UOKiK uznał, iż działania zarzucane przez AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. nie mogą być oceniane poprzez pryzmat ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Zasadniczym warunkiem możliwości orzekania przez Prezesa UOKiK jest bowiem posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej, a zdaniem Prezesa UOKiK, AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. takiej pozycji nie posiada na rynku właściwym. Tym samym przesłanka ta nie została spełniona i wobec tego umorzono wszczęte postępowanie antymonopolowe przeciwko AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. jako bezprzedmiotowe.

Od tej decyzji MEDIA EXPRESS Sp. z o.o. w Warszawie (powódka w sprawie) złożyła odwołanie [...]. Wyrokiem z dnia 5 listopada 2007 r. Sąd Okręgowy - Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w Warszawie oddalił odwołanie. Powyższe rozstrzygnięcie Sąd ten poprzedził następującymi ustaleniami faktycznymi i ich oceną prawną.

Niekwestionowane są w sprawie ustalenia Prezesa UOKiK, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek tabloidów oraz okoliczności, że zainteresowany wszedł na rynek tabloidów z gazetą FAKT w dniu 23 października 2003 r. w cenie 1 zł za egzemplarz i już w październiku 2003 r. osiągnął znaczny udział w tym rynku, a już w grudniu 2003 r. osiągnął takie przychody ogólne ze sprzedaży gazety, że jego udział w rynku wyniósł ponad 40% (załącznik Nr 3 do decyzji Prezesa UOKiK z dnia 12 grudnia 2005 r. objęty tajemnicą przedsiębiorstwa). Od listopada 2003 r. w zakresie przychodów ze sprzedaży egzemplarzy gazety FAKT od maja 2004 r. w zakresie sprzedaży powierzchni reklamowej gazety FAKT, od stycznia 2004 r. w zakresie ogólnych przychodów ze sprzedaży gazety FAKT zainteresowany osiągnął nawet wyższe przychody od powódki na krajowym rynku tabloidów i jego udział w rynku był wyższy od powódki i przekroczył 40% udział w tym rynku.

Ww. okoliczności sprawy, zdaniem Sądu Okręgowego, dają podstawy do ustalenia, że w wyniku wejścia na krajowy rynek tabloidów gazety FAKT nastąpiła gwałtowna zmiana na tym rynku, dotychczasowy monopolista - powódka wydawca SUPER EXPRESSU straciła pozycję monopolisty, a zainteresowany wydawca nowej gazety FAKT osiągnął już w pierwszym miesiącu znaczny udział w tym rynku, a w trzecim miesiącu wydawca nowej gazety FAKT osiągnął pozycję silniejszą niż powódka. Poza tym Sąd Okręgowy ustalił, że ww. okoliczność wejścia na rynek nowej gazety typu tabloid daje podstawy do przyjęcia, że powód nie miał silnej pozycji rynkowej, albowiem nie mógł ograniczyć zainteresowanemu dostępu do rynku, ani zapobiec umacnianiu jego pozycji na tym rynku. Wydawca gazety FAKT od dnia 22 października 2003 r. stał się zatem na tym rynku konkurentem wydawcy gazety SUPER EXPRESS.

AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. w Warszawie - wydawca gazety FAKT - jest spółką córką AXEL SPRINGER AG w Berlinie. Przedmiotem jej działalności jest działalność wydawnicza i nadawcza. AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. działa od 1994 r. Początkowo głównym celem wydawnictwa była działalność wydawnicza w zakresie tzw. prasy kolorowej. Następował ciągły rozwój spółki. Co trzy lata spółka podwajała obroty. Od października 2003 r. spółka rozpoczęła działalność wydawniczą w zakresie codziennej prasy wydając gazetę FAKT. Przy wprowadzaniu na rynek gazety FAKT towarzyszyła temu kampania promująca, która obejmowała wszystkie dostępne media: prasę, radio, telewizję, reklamy wielkoformatowe oraz reklamę w autobusach, a także na Pałacu Kultury i Nauki. Początkowo nakład gazety FAKT 700 tys. egzemplarzy rozprowadzany był przez ulicznych sprzedawców. [...] Od samego początku reklamowano gazetę FAKT jako jeden z najtańszych dzienników na rynku prasowym w kraju. AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. jest wydawcą ponad 30 tytułów. [...] W skali międzynarodowej AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. w Warszawie jest związana z AXEL SPRINGER AG w Berlinie, który jest konsorcjum prowadzącym działalność wydawniczą, też na rynku drukarskim i mediów elektronicznych. Koncern jest m.in. wydawcą gazety BILD, która jest najlepiej sprzedającym się dziennikiem w Europie oraz wydawcą ponad 100 tytułów prasowych w 16 krajach europejskich. [...]

Media Express Spółka z o.o. w Warszawie - wydawca gazety SUPER EXPRESS, została utworzona w 1995 r. Jej udziałowcami są: Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe S.A. w Warszawie, Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe Express Sp. z o.o. w Warszawie, Tidnings AB Marieberg w Szwecji będąca częścią koncernu Bonnier. Pierwszy numer gazety SUPER EXPRESS ukazał się w dniu 22 listopada 1991 r. (wydawcą wówczas były jeszcze Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe Express Sp. z o.o. w Warszawie). Już w pierwszym roku wydawania gazety SUPER EXPRESS nakład z 40 tys. zwiększył się do 550 tys. egzemplarzy. W styczniu 1995 r. Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe S.A. w Warszawie, Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe Express Sp. z o.o. w Warszawie i Tidnings AB Marieberg w Szwecji utworzyły Media Express Sp. z o.o. w Warszawie. Pozyskany kapitał umożliwił rozwój techniczny i jakościowy gazety SUPER EXPRESS. Udziałowiec MEDIA EXPRESS Sp. z o.o. Zjednoczone Przedsiębiorstwa Rozrywkowe S.A. są większościovym udziałowcem wydawnictwa MURATOR oraz właścicielem pakietu większościovego w ogólnopolskiej sieci rozgłośni radiowych ESKA, kilku pojedynczych rozgłośniach radiowych i kasynach gry, a także serwisie internetowymi i providerze usług internetowych. [...]

W skali międzynarodowej MEDIA EXPRESS Sp. z o.o. w Warszawie jest związana z koncernem Bonnier Group działającym w branży rozrywkowej, wydawcą dzienników, magazynów i książek. Koncern Bonnier Group prowadzi działalność medialną w 20 krajach. [...] Na rynku polskim wydaje dwa tytuły prasowe (SUPER EXPRESS i Super Linia). [...]

Konkurencja na rynku właściwym pomiędzy powódką i zainteresowanym była bardzo silna. Obrazują to według Sądu następujące okoliczności sprawy.

W kwietniu 2004 r. zainteresowany podwyższył cenę warszawskiego wydania gazety FAKT do 1,2 zł, a powód obniżył cenę warszawskiego wydania gazety SUPER EXPRESS do 1,2 zł. Te zmiany cen spowodowały zwiększenie sprzedaży warszawskiego wydania SUPER EXPRESSU przy spadku sprzedaży warszawskiego wydania FAKTU, natomiast na pozostałym terytorium kraju, gdzie ceny tabloidów nie uległy zmianom, nie uległa zmianie sytuacja, większą sprzedaż osiągnął wydawca gazety FAKT. W IV kwartale 2004 r. zainteresowany podwyższył cenę FAKTU wydawanego w woj. lubelskim i kujawsko-pomorskim, a powód obniżył cenę SUPER EXPRESSU wydawanego w woj. lubelskim i kujawsko-pomorskim. Spowodowało to natychmiast już we wrześniu 2004 r. bardzo istotny wzrost sprzedaży gazety SUPER EXPRESSU i spadek sprzedaży gazety FAKT w tych województwach.

Zdaniem Sądu Okręgowego, na rynku tym konsumenci bardzo szybko reagowali na zmiany cen tych gazet. Obniżka ceny jednej z tych gazet wydawanych na rynku właściwym powodowała, że część konsumentów (czytelników) przerzucała się na kupno gazety tańszej (był to jeden z zasadniczych elementów zakupu tej gazety) oraz gazeta zyskiwała nowych konsumentów. Prowadziło to do zwiększania sprzedaży gazety o cenie niższej, wzrostu przychodów wydawcy tej gazety i zwiększało udział tego wydawcy w rynku właściwym.

Potwierdzeniem powyższego mechanizmu na tym rynku jest okoliczność, że wydawca FAKTU na skutek wydawania gazety o cenie niższej niż cena gazety SUPER EXPRESS osiągnął natychmiast znaczną pozycję na rynku właściwym w zakresie udziału w sprzedaży egzemplarzowej gazety. Jego udział w rynku natomiast bardzo wolno postępował w zakresie sprzedaży powierzchni reklamowej.

Na krajowym rynku tabloidów działało od dnia 23 października 2003 r. dwóch przedsiębiorców - wydawcy gazet SUPER EXPRESS i FAKT. Przedsiębiorcy ci wykazywali dużą aktywność na tym rynku. Działania jednego przedsiębiorcy miały wpływ na wyniki działania drugiego przedsiębiorcy. Zmiany cen wydawanych gazet i podejmowane działania przez jednego przedsiębiorcę powodowały od razu i to skuteczne działania drugiego przedsiębiorcy. Działania rynkowe jednego przedsiębiorcy na tym rynku spotykały się z natychmiastowymi skutkami w działalności drugiego przedsiębiorcy, który z kolei miał możliwość i podejmował skuteczne działania eliminujące niezależne działania konkurenta. Wydawca gazety FAKT musiał zatem we wszystkich podejmowanych decyzjach co do rynku uwzględniać obecność na rynku wydawcy gazety SUPER EXPRESS, który w każdej chwili mógł mu odebrać konsumentów.

Powyższe ustalenia dawały w ocenie Sądu Okręgowego podstawy do przyjęcia, że w niniejszej sprawie krajowy rynek tabloidów był rynkiem niedojrzałym. Na rynku tym bardzo szybko i gwałtownie następowały zmiany w udziałach konkurujących przedsiębiorców i ich sile rynkowej, bardzo trudne były warunki utrzymania osiągniętej pozycji rynkowej, miała miejsce niestabilność warunków konkurowania, następował szybki wzrost i zmienność popytu. Cena gazety FAKT w dniu pierwszego wydania (23 października 2003 r.) w cenie 1 zł nie była ceną pokrywającą wszystkie koszty jej wydania. Okolicznością powszechnie znaną jest jednak to, że żaden tytuł prasowy w dniu pierwszego wydania nie pokrywa swoich kosztów wydania. W okresie przygotowawczym każda gazeta generuje znaczne koszty, które są odyskiwane przez wydawcę przez wydawanie gazety w dłuższym okresie czasu, nawet kilku lat. Kalkulacja ceny gazety FAKT została sporządzona przez jej wydawcę na podstawie biznesplanu na lata 2003-2006. Od listopada 2004 r. gazeta FAKT zaczęła osiągać rentowność operacyjną (tj. bieżące przychody z działalności wydawniczej przewyższyły koszty). Od 2005 r. straty malały. Ustaleń tych Sąd Okręgowy dokonał na podstawie opinii biegłego, której wnioski Sąd uznał za prawidłowe i rzetelne.

Na rozprawie w dniu 11 października 2007 r. Sąd Okręgowy oddalił wnioski dowodowe o dopuszczenie dowodu z innego biegłego sądowego. Wniosek o przeprowadzenie dowodu ze świadków na okoliczność ustalenia warunków konkurencji na rynku tabloidów w Polsce, w szczególności wskazania wielkości i siły uczestników, specyfiki rynku tabloidów: innych rynków prasowych, możliwości rozwoju konkurencji przez nowych wydawców i wydawców już obecnych na rynku prasy Sąd Okręgowy oddalił jako zbędny, albowiem okoliczności, które miałyby być stwierdzone ww. dowodami zostały ustalone.

W toku postępowania administracyjnego Prezes UOKiK zebrał wystarczający, obszerny materiał dowodowy na ww. okoliczności. Wskazane przez powódkę osoby, które miałyby zeznawać są w większości osobami związanymi z powódką, ich twierdzenia nie byłyby zatem obiektywnym przedstawieniem okoliczności w sprawie. Sąd Okręgowy oddalił wniosek powódki o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania stron na okoliczność warunków i możliwości rozwoju konkurencji na krajowym rynku tabloidów, albowiem zebrany w sprawie materiał dowodowy pozwalał na ustalenie okoliczności, które miałyby być ww. zeznaniami stron ustalone. Sąd oddalił wniosek dowodowy powódki o dopuszczenie dowodów z dokumentów przedstawionych przez powódkę w odwołaniu oraz kolejnych pismach procesowych opisujących aktualne warunki i wielkości sprzedaży gazet w Polsce w szczególności na rynku tabloidów. Do odwołania powódka załączyła jeden dokument (wydruk komputerowy o nazwie „Agora ujawnia sprzedaż Nowego Dnia” z 15 grudnia 2005 r.). W ww. piśmie podane zostały dane Agory S.A. dotyczące tytułu „Nowy dzień”. Dane te, jak stwierdził Sąd, nie wiadomo od kogo pochodzą, kto je ustalił, a zatem są całkowicie niewiarygodne. Sąd oddalił również wniosek powódki o dopuszczenie dowodów z dokumentów przedstawionych przez powoda w kolejnych pismach procesowych opisujących aktualne warunki i wielkości sprzedaży gazet w Polsce, w szczególności na rynku tabloidów, albowiem jest to wniosek całkowicie niesprecyzowany, złożony na przyszłość bez wskazania konkretnego dowodu. Sąd oddalił wniosek powódki o powołanie nowego biegłego (zgłoszony w piśmie procesowym z dnia 31 lipca 2007 r.).

W niniejszej sprawie Sąd I instancji na wniosek powódki dopuścił bowiem dowód z opinii biegłego na okoliczności: ustalenia, czy cena gazety FAKT w kwocie 1 zł w dniu jej wydania była ceną pokrywającą wszystkie koszty wydania, czy też była ceną ustaloną poniżej tych kosztów, ustalenia, jaka powinna być cena gazety FAKT uwzględniająca wszystkie jej koszty wydania, ustalenie warunków konkurencji na rynku tabloidów w Polsce i wskazania siły i wielkości uczestników tego rynku i specyfiki tego rynku.

[...] Zdaniem Sądu Okręgowego, biegły udzielił takich informacji z logicznym, obszernym uzasadnieniem, że cena gazety FAKT w momencie jej wydania nie była ceną pokrywającą wszystkie koszty jej wydania, udzielił też informacji, jaka powinna być cena uwzględniająca wszystkie koszty jej wydania, wskazując konkretną jej wysokość. Biegły opisał warunki konkurencji na polskim rynku prasowym, wyrażając stosowne stanowisko, że jego zdaniem nie występuje wyodrębniony rynek tabloidów i szczegółowo uzasadnił to stanowisko. Stanowisko biegłego w tym zakresie jest odmienne od stanowiska Prezesa UOKiK zajętego w zaskarżonej decyzji i stanowiska stron w sprawie, które przychyliły się do stanowiska Prezesa UOKiK w tym zakresie. Okoliczność ta, tj. zajęcia przez biegłego sądowego takiego stanowiska, nie dyskwalifikuje - zdaniem Sądu Okręgowego - tej opinii, albowiem biegły sądowy w niniejszej sprawie jest biegłym z zakresu ekonomii, marketingu i reklamy i przeprowadził analizę rynku metodą właściwą dla dziedziny nauki marketingu, z której posiada wiadomości specjalne, a nie taką, jaka jest stosowana w prawie antymonopolowym. Analiza rynku przeprowadzona przez biegłego z punktu widzenia marketingu i reklamy była również przydatna do ustalenia i oceny stanu faktycznego tej sprawy, tj. rynku właściwego i sił na nim działających, a które to ustalenia wyłącznie należą do obowiązków sądu.

Z tych względów Sąd Okręgowy uznał, że opinia biegłego sądowego spełniła swoje zadania określone w przeprowadzonym dowodzie z opinii biegłego i wobec tego nie zaistniała potrzeba powoływania nowego biegłego w sprawie.

Sąd Okręgowy wskazał na treść art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów stanowiącego, że przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Przy czym ustawodawca wprowadził jedyne domniemanie pozycji dominującej przedsiębiorcy posiadającego udział w rynku powyżej 40%. Domniemanie to może być obalone (art. 234 Kpc).

W niniejszej sprawie Sąd Okręgowy ocenił, że na krajowym rynku tabloidów zainteresowany nie ma możliwości zapobiegania skutecznej konkurencji. Na rynku tym trwa rzeczywista silna i aktywna konkurencja dwóch przedsiębiorców o zbliżonym udziale w rynku. Jest to rynek duopolistyczny. Żaden z konkurentów nie ma tak silnej, trwałej i stabilnej pozycji charakterystycznej dla pozycji dominującej, by miał możliwość i warunki do zapobiegania efektywnej konkurencji i mógł podejmować działania niezależne od siebie.

W orzecznictwie sądowym wyrażony został pogląd, że przedsiębiorca posiada pozycję dominującą na rynku właściwym, gdy jego dominacja ma charakter stały i stabilny. Dopiero bowiem tak utrwalona dominacja jest źródłem siły rynkowej przedsiębiorcy dominującego.

W niniejszej sprawie zainteresowany wydawca FAKTU już w grudniu 2003 r. uzyskał udział w rynku właściwym w zakresie sprzedaży gazety ponad 40%, ale wystarczyło, że powódka wydawca SUPER EXPRESSU obniżyła cenę gazety SUPER EXPRESS (np. we wrześniu 2004 r. wydawaną w woj. lubelskim i kujawsko-pomorskim), to już we wrześniu, czyli natychmiast po obniżeniu ceny, nastąpił spadek sprzedaży gazety FAKT wydawanej przez zainteresowanego, a wzrost sprzedaży gazety SUPER EXPRESS wydawanej przez powódkę. Czyli każde działanie jednego konkurenta na tym rynku spotyka się ze skutecznym kontradziałaniem konkurenta. Pomiedzy tymi dwoma przedsiębiorcami trwa bardzo silna konkurencja sprowadzająca się przede wszystkim do konkurencji cenowej sprzedawanych tabloidów. Sąd Okręgowy przyjął, że zainteresowany wchodząc na rynek właściwy z gazetą FAKT szybko uzyskał silną pozycję na tym rynku z tego powodu, że wprowadził na ten rynek tabloid o cenie znacznie niższej niż cena tabloidu dotychczas sprzedawanego. Z chwilą podwyższenia ceny (np. wrzesień 2004 r. sprzedaż gazety FAKT w woj. lubelskim i kujawsko-pomorskim), czyli z chwilą zaprzestania stosowania niższej ceny niż konkurent, udział w rynku wydawcy gazety FAKT natychmiast istotnie spadł. Uzasadnia to ocenę, że osiąganie przez zainteresowanego udziału w rynku (ponad 40%) jest efektem stosowania przede wszystkim cen niższych niż konkurent i ma charakter przejściowy, koniunkturalny i wobec tego nie oznacza posiadania silnej i stabilnej siły rynkowej przez tego przedsiębiorcę. Obala to domniemanie prawne wynikające z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów o posiadaniu pozycji dominującej zainteresowanego, skoro udział w rynku przekraczający 40% nie był wyznacznikiem jego siły rynkowej. Istotą praktyk monopolistycznych jest bezprawne zastosowanie (nadużycie) siły rynkowej przez przedsiębiorcę lub grupę przedsiębiorców prowadzące do ograniczenia samodzielności pozostałych uczestników rynku (konkurentów) oraz wymuszanie uczestnictwa w rynku na zasadach narzuconych z reguły mniej korzystnych niżby to wynikało z działania nieskrępowanych mechanizmów rynkowych w warunkach istnienia konkurencji. Zatem o praktyce monopolistycznej można mówić wówczas, gdy określone zachowanie pociąga za sobą sprzeczny z prawem skutek ograniczenie swobody działalności gospodarczej stron lub istotne ograniczenie konkurencji na rynku. W niniejszej sprawie wejście na rynek właściwy gazety FAKT z ceną niższą niż cena gazety SUPER EXPRESS oraz z ceną, która nie pokryła kosztów jej wydania, nie oznacza potencjalnej możliwości wystąpienia negatywnych skutków na rynku w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Biegły w swojej opinii ustalił, że cena gazety FAKT w dniu jej wydania nie pokrywała jej kosztów wydania, powołał się na okoliczności powszechnie znane, że żaden tytuł prasowy w dniu pierwszego wydania nie pokrywa kosztów jego wydania. Występuje tu zjawisko osiągania rentowności przez każdy tytuł prasowy w kolejnych fazach cyklu jego „życia” i trwa nieraz to kilka lat. Sąd Okręgowy podzielił te ustalenia biegłego.

Również w opinii sporządzonej na wniosek zainteresowanego wyrażono następujący pogląd: „liczne przykłady z polskiego rynku prasowego (Życie, Puls Biznesu, Trybuna) wskazują, że inwestycje w prasie codziennej są bardzo trudne i dla ich powodzenia konieczne jest przyjęcie dłuższego horyzontu czasowego”.

W tych okolicznościach sprawy Sąd Okręgowy ocenił, że walka cenowa przedsiębiorców wydawców gazety FAKT i SUPER EXPRESSU nie następowała z naruszeniem przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Apelację od powyższego rozstrzygnięcia złożyła powódka MEDIA EXPRESS Sp. z o.o., wnosząc o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy Sądowi Okręgowemu w Warszawie - Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów do ponownego rozpoznania, a także o zasądzenie od pozwanego kosztów postępowania apelacyjnego oraz kosztów postępowania przez Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w tym kosztów zastępstwa procesowego, na rzecz powoda według norm przepisanych.

Wyrokowi apelujący zarzucił naruszenie prawa materialnego: tj. naruszenie art. 4 pkt 9 uokik przez błędne przyjęcie, że AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. nie posiada pozycji dominującej na rynku właściwym i naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez jego niezastosowanie w przypadku dopuszczenia się przez AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku tabloidów o charakterze ogólnopolskim, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez sprzedaż detaliczną dziennika FAKT poniżej kosztów, co przeciwdziałała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji.

Ponadto rzucono naruszenie przepisów prawa procesowego [...].

W przekonaniu powoda wnoszącego apelację, przedstawiony wyżej przebieg dotychczasowego postępowania skłania do wniosku, że istota sprawy nie została w ogóle przez Prezesa UOKiK ani SOKiK rozpoznana. Na skutek naruszenia przepisów prawa materialnego i procesowego Sąd I Instancji nie odniósł się tak naprawdę w ogóle do meritum zarzutu nadużycia pozycji dominującej. Zarzut naruszenia prawa materialnego dotyczy błędnego przyjęcia, że AXEL SPRINGER nie posiadał pozycji dominującej na krajowym rynku tabloidów.

Nie wytrzymuje krytyki w ocenie apelującego podstawowe dla rozważań SOKiK twierdzenie, zgodnie z którym rynek tabloidów jest rynkiem niedojrzałym, na którym pozycja rynkowa uczestnika tego rynku nie może posiadać koniecznego dla stwierdzenia pozycji dominującej waloru stabilności. Metodologicznie błędne jest już samo założenie, że skoro na rynek wszedł nowy produkt (dziennik FAKT) i uzyskał tak znaczący udział w rynku, to tym samym rynek jest niestabilizowany. Równie uprawnionym założeniem jest bowiem stwierdzenie, że wraz z wejściem na rynek gazety FAKT został ustalony stan względnej równowagi rynkowej i stan ten ma charakter trwały. Upływ czasu jednoznacznie przyznał rację ocenie sytuacji rynkowej, jaką od początku prezentował w niniejszej sprawie powód. Najlepszym empirycznym dowodem na tę okoliczność, który równocześnie całkowicie obala tezę o rzekomo niskich barierach wejścia na rynek tabloidów, są losy projektu wydawnictwa Agora S.A. pt. „Nowy Dzień”.

Niepowodzenie dziennika „Nowy Dzień”, który w zamierzeniu wydawcy miał stanowić konkurencję dla FAKTU i SUPER EXPRESSU wskazuje na istnienie bardzo wysokich barier wejścia na krajowym rynku tabloidów. Nie można nie zauważyć, że „Nowy Dzień” był wydawany przez jednego z najbardziej znaczących wydawców prasy w Polsce. Dziennik został wprowadzony na rynek z towarzyszeniem zakrojonej na szeroką skalę kampanii promocyjnej. Wydatki na promocję i reklamę wyniosły kilkadziesiąt milionów złotych. Jak podaje sam wydawca, w grudniu 2005 r. średnia sprzedaż numeru oscylowała na poziomie 177 tys. egzemplarzy, miała jednak tendencję spadkową. Cena gazety ustalona została na 1 zł, a zatem w sposób oczywisty nakierowana na cenę dziennika FAKT. Projekt poniósł jednak klęskę i został zakończony w bardzo krótkim czasie (gazeta debiutowała w listopadzie 2005 r.).

Twierdzenie Sądu I instancji o niskich barierach wejścia na rynek oraz jego niestabilności są zatem bezpodstawne.

Zdaniem apelującego, Sąd Okręgowy oparł się na błędnej wykładni art. 4 pkt 9 uokik, zwłaszcza zaś kryterium „niezależności” działań rynkowych podmiotu dominującego od konkurentów, kontrahentów i konsumentów. Jeśliby bowiem interpretować definicję pozycji dominującej tak, jak chce tego Prezes UOKiK, to można by ją przypisać jedynie monopolistom, którzy w minimalnym stopniu muszą się liczyć z jakąkolwiek presją zewnętrzną. Pozycję dominującą może posiadać także przedsiębiorca niebędący monopolistą, co zresztą wskazany przepis wprost zakłada, przewidując domniemanie posiadania pozycji dominującej przy udziale rynkowym przekraczającym 40%.

„Niezależność”, o której mowa w art. 4 pkt 9 uokik nie może być rozumiana jako niezależność zupełna, a zatem sam fakt, że na rynku następują reakcje na zmianę ceny produktu nie pozwala stwierdzić, że na takim rynku żaden z przedsiębiorców nie ma pozycji dominującej. Argumentację tę można bowiem łatwo sprowadzić ad absurdum, twierdząc, że pozycja dominująca może jedynie wystąpić na rynkach, na których nabywcy nie reagują na cenę. Jako okoliczność, która dowodzi braku „niezależności” AXEL SPRINGER od powoda przedstawiono zmiany ceny na rynkach lokalnych, które były procentowo tak znaczne, że na praktycznie każdym rynku produktowym musiałyby doprowadzić do reakcji popytu, np. jeżeli chodzi o wydanie warszawskie, podany przez Sąd Okręgowy przykład dotyczy jednoczesnej podwyżki ceny FAKTU o 20% i obniżki ceny SUPER EXPRESSU o 25%. W sumie relacja ceny FAKTU do ceny SUPER EXPRESSU zmieniła się na niekorzyść tej pierwszej gazety o 45%. Dodatkowo obniżka z jednej, a podwyżka z drugiej strony wywołała z naturalnych względów wzmocnienie efektu popytowego. Obniżenie ceny SUPER EXPRESSU nie spowodowało z perspektywy rynku ogólnopolskiego znacznego przesunięcia na korzyść gazety FAKT, zabieg ten co najwyżej pozwolił ograniczyć tendencję spadkową sprzedaży gazety powoda. Nie można także, z podanych wyżej przyczyn, twierdzić, że AXEL SPRINGER nie posiada pozycji dominującej na krajowym rynku tabloidów tylko dlatego, że wydawca dziennika SUPER EXPRESS kontynuuje działalność i podejmuje działania konkurencyjne w stosunku do dominanta. Jak już wskazano, pozycja dominująca nie jest równoznaczna z monopolem, czyli zupełnym brakiem konkurencji. Stosując rozumowanie SOKiK do innych spraw antymonopolowych należałoby bowiem uznać, że właściwicie żaden z przedsiębiorców nie posiada obecnie w Polsce pozycji dominującej.

Zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w orzecznictwie wskazuje się, że na posiadanie przez przedsiębiorcę pozycji dominującej na rynku właściwym wpływać może szereg czynników. Sąd I Instancji skupił się na fazie rozwoju rynku, barierach wejścia oraz konkurencji rozumianej jako zmiany popytu w następstwie zmiany ceny, a żadna z tych okoliczności nie została przez Sąd trafnie rozpoznana. Sąd zupełnie pominął natomiast inne czynniki, takie jak siła finansowa przedsiębiorcy i stojącej za nim grupy kapitałowej czy wręcz samą wysokość udziału w rynku. W tej sytuacji zarzut o naruszeniu art. 4 pkt 9 w zw. z art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 uokik jest w ocenie apelującego w pełni uzasadniony.

Zgodnie z art. 227 Kpc przedmiotem dowodu są fakty mające dla sprawy istotne znaczenie. Jeżeli zatem Sąd Okręgowy zadał biegłemu pytanie o to, czy cena 1 zł pokrywała koszty wydawania gazety i czy została skalkulowana w sposób właściwy, to tym samym Sąd Okręgowy musiał uznać, że okoliczności te nie są dla niniejszej sprawy irrelewantne. Tymczasem w uzasadnieniu zaskarżonego wyroku Sąd stwierdza, że co prawda sprzedaż poniżej kosztów miała miejsce, ale praktyka taka jest w początkowej fazie sprzedaży na rynkach prasowych powszechnie znana, a zatem nie może stanowić nadużycia pozycji dominującej. Tymczasem rozważania Sądu nie mogą być oderwane od istoty praktyki antykonkurencyjnej, której stosowanie powód zarzuca AXEL SPRINGER.

Stosowanie tzw. drapieżnych praktyk cenowych stanowi jeden z przykładów nadużywania pozycji dominującej. W decyzji z dnia 12 grudnia 2005 r. Prezes UOKiK uznał nawet ten typ praktyki za szczególnie groźny, gdyż prowadził do eliminacji konkurenta i podniesienia ceny, kiedy zamiar ten zakończył się powodzeniem.

Nie jest także wystarczające stwierdzenie, że na rynkach prasowych dochodzenie do rentowności trwa kilka lat. Dla oceny na gruncie prawa antymonopolowego konieczne byłoby bowiem określenie tego horyzontu czasowego.

W niniejszej sprawie Sąd nie dysponował materiałem, który pozwoliłby należycie ocenić, czy cena dziennika FAKT została skalkulowana w sposób należyty, przy czym zasadnicze znaczenie musi tu mieć także ustalenie, co powinno się rozumieć pod tym określeniem. W przekonaniu powoda, określenie „należyty” jest w niniejszej sprawie odniesione do ceny rynkowej, która może nie zapewniać pokrycia wszystkich kosztów działalności w jej początkowym stadium, ale musi być skalkulowana w taki sposób, by umożliwiała osiągnięcie rentowności przy założeniu, że nowy produkt napotka na rynku konkurencję, a konkurencja ta nie zostanie ograniczona w sposób sprzeczny z ustawą.

W przedłożonej opinii biegły zakwestionował w ogóle istnienie rynku tabloidów, a zatem nie mógł tego rynku poddać analizie, która miała stanowić przedmiot jego opinii. Argumentacja biegłego, mająca wspierać postawiony przez niego wniosek, świadczy przy tym o czymś zdecydowanie więcej niż tylko braku kompetencji biegłego w zakresie pojęć stosowanych w prawie antymonopolowym. Biegły kwestionuje np. by o wyznaczeniu rynku mogły decydować właściwości produktu, a także uważa, że nie jest argumentem za wyodrębnieniem rynku tabloidów okoliczność, że nie zaobserwowano reakcji popytu na zmiany cen w przypadku tabloidów oraz tzw. dzienników opinii. Inaczej mówiąc, biegły kwestionuje wyodrębnienie rynku tabloidów na podstawie kryteriów ekonomicznych, uważa jednak, że „wyróżnienie gatunku prasowego »tabloid« poprzez jednoczesne wyodrębnienie formatu, treści i sposobu wyrażania tych treści, języka, objętości tekstów i ilości ilustracji jest zasadne z medioznawczego punktu widzenia”. Tym samym na podstawie kryteriów medioznawczych, rynek tabloidów mógłby zostać wyodrębniony, jednak następnie biegły wskazuje właśnie argumenty „medioznawcze”, które mają przemawiać przeciwko wyodrębnieniu rynku tabloidów (np., że wydarzenia sensacyjne są także obecne w innych mediach). Pozostała treść opinii w ocenie apelującego nie zawiera wystarczającej dla sprawy analizy stanu konkurencji na rynku właściwym oraz cech tego rynku, biegły bowiem ogranicza się do ogólnych i nie związanych z okolicznościami niniejszej sprawy rozważań o naturze tabloidów, a także oczywistych twierdzeń o obowiązywaniu praw popytu i podaży.

Zamiast analizy rynku właściwego w sprawie opinia przedstawia zaś „ogólną informację o polskim rynku prasowym w roku 2003 i w kolejnych latach”. Zawarte w opinii opisy głównych uczestników rynków prasowych w Polsce podają jedynie powszechnie dostępne informacje, jakie można znaleźć choćby na stronach internetowych. W związku z powyższym, oczywiste jest, że biegły w ogóle nie udzielił odpowiedzi na pytanie nr 3 zadane mu przez Sąd w odezwie. Biegły nie porównał siły rynkowej AXEL SPRINGER i MEDIA EXPRESS, nie ustalił, jaki wpływ (poza samymi danymi liczbowymi dotyczącymi nakładów) miało wejście gazety FAKT

na rynek i na bariery wejścia na rynek. Biegły nie uwzględnił także losów projektu „Nowy Dzień” i ich znaczenia dla ekonomicznej analizy rynku tabloidów. W konsekwencji opinia biegłego jest nieprzydatna dla oceny, czy AXEL SPRINGER posiada na rynku relevantnym w sprawie pozycję dominującą. Odnośnie do pytań nr 1 i 2, czyli tego, czy cena sprzedaży pokrywała koszty i jaka powinna być cena skalkulowana z uwzględnieniem tych kosztów biegły istotnie udzielił odpowiedzi. Jednakże biegły ograniczył się do dwóch twierdzeń (że cena nie pokrywała kosztów oraz że cena je pokrywająca musiałaby wynosić 9,60 zł).

Sąd I instancji za logiczne i wiarygodne uznał także wywody biegłego dotyczące „cyklu rynkowego” gazety, zamieszczone na s. 27 i n. opinii. Jak już wskazał powód, ustalanie, że z reguły na początku sprzedaży przychody nie pokrywają kosztów, niczego do sprawy nie wnosi. Co więcej, opisując w sposób ogólny trzy fazy rozwoju produktu, biegły nie zauważył, że jego opis nie pasuje do stanu faktycznego, który przyszło mu zbadać. W stosunku do gazety FAKT nie jest np. prawdziwe stwierdzenie, że w pierwszej fazie cyklu sprzedaż jest niska, a cena wysoka, ponieważ sytuacja przedstawiała się dokładnie odwrotnie. Znaczenie opinii biegłego dla ustalenia pozycji AXEL SPRINGER na rynku oraz ewentualnego nadużywania tej pozycji było w niniejszej sprawie tym większe, że po pierwsze Prezes UOKiK uznając, iż pozycja dominująca nie występuje, nie badał jej nadużycia, a po drugie, upływ czasu pozwalał na znacznie pełniejsze i dokładniejsze spojrzenie na rynek i weryfikacje tez postawionych przez Prezesa UOKiK.

W świetle przedstawionych wyżej okoliczności w pełni zasadny w ocenie powoda był wniosek o powołanie nowego biegłego w sprawie, a oddalenie tego wniosku stanowiło naruszenie art. 286 w zw. z art. 227 Kpc. Uzasadniony, w ocenie apelującego, jest zarzut przekroczenia granic swobodnej oceny dowodów (art. 233 Kpc), albowiem Sąd nie mógł na podstawie analizy treści opinii, jej oczywistych błędów i wzajemnych sprzeczności, uznać jej za co do zasady wiarygodną i przydatną w rozstrzygnięciu sprawy. W szczególności Sąd nieprawidłowo uznał, że na rynku tabloidów panuje niezakłócona konkurencja oraz że cena gazety FAKT została skalkulowana w sposób należyty. Zarzut naruszenia art. 233 Kpc jest także zasadny w odniesieniu do oceny przez Sąd Okręgowy dowodów przeprowadzonych przez Prezesa UOKiK w postępowaniu antymonopolowym, a w szczególności oceny reakcji popytu na równoczesne obniżenie ceny SUPER EXPRESSU i podwyższenie ceny FAKTU. Zdaniem Sądu świadczy to o intensywnej konkurencji cenowej i wyklucza przyjęcie, że wydawca dziennika FAKT posiada na rynku pozycję dominującą. Tymczasem Sąd Okręgowy nie uwzględnił, że skala tej równoczesnej podwyżki i obniżki sprawiała, iż nie można było na tej podstawie wysnuć żadnych wiarygodnych wniosków.

Podsumowując, apelujący stwierdził, że zaskarżony wyrok jest nieprawidłowy i winien ulec zmianie lub uchyleniu.

W odpowiedzi na apelację Prezes UOKiK wniósł o oddalenie apelacji w całości i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Pozwany podnosił, iż twierdzenia powoda co do rzekomego posiadania pozycji dominującej na rynku tabloidów przez AXEL SPRINGER od momentu rozpoczęcia wydawania dziennika FAKT są całkowicie niezgodne ze stanem faktycznym ustalonym w niniejszej sprawie. Jak zostało wskazane w decyzji Nr DOK-158/2005, o stabilnej przewadze dziennika FAKT nad konkurentem w zakresie przychodów na rynku tabloidów mówić można dopiero od kwietnia 2004 r., zaś w okresie od października 2003 r. do grudnia 2003 r. przychody z tytułu wydawania SUPER EXPRESSU były wyższe niż przychody związane z wydawaniem dziennika FAKT. Akceptując tezę powoda, należałoby przyjąć, iż wydawca FAKTU posiadał pozycję dominującą na rynku w okresie, gdy jego przychody z działalności na nim były niższe od przychodów jego bezpośredniego konkurenta, co jest nielogiczne, ponieważ zakłada istnienie dominacji po stronie przedsiębiorcy, którego konkurent posiada wyższy udział w rynku.

W ocenie Prezesa UOKiK, poza wyjątkowymi przypadkami (takimi jak uzyskanie monopolu prawnego) zasadniczo niemożliwe jest osiągnięcie pozycji dominującej na rynku w momencie wejścia nań. Jak podkreśla się w orzecznictwie i doktrynie prawa konkurencji, pozycja dominująca musi mieć charakter trwały i stabilny, co jest z definicji wykluczone w przypadku podmiotu dopiero na rynek wchodzącego. Za szczególnie nielogiczne w świetle powyższego należy uznać twierdzenie, iż pozycję dominującą można uzyskać niejako „z dnia na dzień”, wchodząc na rynek dotychczas zmonopolizowany, a z taką właśnie sytuacją, mamy w niniejszej sprawie do czynienia: wydawca dziennika FAKT dokonał bowiem wejścia na rynek, na którym działał tylko jeden przedsiębiorca MEDIA EXPRESS.

Wraz z wejściem dziennika FAKT na rynek tabloidów nastąpiło istotne zwiększenie intensywności konkurencji, zarówno cenowej, jak i związanej z promocją, a sama wielkość rynku gwałtownie się zwiększyła. W warunkach takich trudno było mówić o pozycji dominującej któregoś z przedsiębiorców, ponieważ nie był jeszcze ukształtowany model konkurencji na rynku, który uległ znaczącej zmianie wraz z wejściem dziennika FAKT na zmonopolizowany rynek tabloidów, w związku z czym nie można było przypisać żadnemu z przedsiębiorców możliwości działania niezależnie od konkurenta, ponieważ zarówno FAKT, jak i SUPER EXPRESS intensywnie ze sobą konkurowały na szybko zmieniającym swój charakter rynku.

Nie zasługują również w ocenie pozwanego na uwzględnienie twierdzenia powoda odnoszące się do nieudanego wejścia na rynek tabloidów dziennika „Nowy Dzień”. Zdaniem powoda niepowodzenia „Nowego Dnia” wskazują na istnienie wysokich barier wejścia na rynek tabloidów, co jednak jest wnioskiem nie do końca uprawnionym. Przede wszystkim fakt, iż projekt konkurencyjnego do dzienników FAKT i SUPER EXPRESS projektu nie odniósł sukcesu nie oznacza, iż presja potencjalnej konkurencji, o której wspominał Prezes Urzędu w decyzji Nr DOK-158/2005 nie istnieje. Jak zostało wspomniane, bariery wejścia na rynek tabloidów są dla przedsiębiorstw z branży wydawniczej niskie.

Nawet gdyby przyjąć, iż rynek właściwy w niniejszej sprawie istotnie odgradzony jest wysokimi barierami wejścia, w żaden sposób nie mogłoby to doprowadzić do stwierdzenia istnienia po stronie AXEL SPRINGER pozycji dominującej. Jak zostało to wskazane w decyzji Nr DOK-158/2005, udziały rynkowe FAKTU i SUPER EXPRESSU ustabilizowały się na poziomie odpowiednio ok. 60% oraz 40%. Oznacza to, iż FAKT nie posiada nad konkurentem na tyle istotnej przewagi, by móc działać od niego niezależnie. Udział SUPER EXPRESSU w rynku właściwym wskazuje, iż posiada on znaczącą pozycję, opierającą się na silnej bazie czytelników i reklamodawców, która umożliwia mu skuteczne konkurowanie z dziennikiem FAKT, który nie może nie liczyć się z tak silnym rywalem. W ocenie Prezesa Urzędu jedynie szczególne okoliczności mogłyby usprawiedliwiać przyjęcie, iż przedsiębiorca, którego najbliższy konkurent dysponuje 40% udziałem w rynku właściwym, posiada na nim pozycję dominującą.

Wnioski wynikające z analizy udziału rynkowego FAKTU znajdują również odzwierciedlenie w faktycznym zachowaniu klientów na rynku - jak zostało to wskazane w decyzji Nr DOK-158/2005, zmiany w relatywnych cenach obydwóch konkurujących tabloidów znajdowały odzwierciedlenie w wynikach ich sprzedaży - wzrost relatywnej ceny FAKTU powodował spadek czytelników oraz wzrost liczby czytelników SUPER EXPRESSU.

Powyzszą, w ocenie Prezesa Urzędu oczywistą okolicznością powód usiłuje kwestionować, odwołując się do swoiście rozumianego pojęcia „niezależności”. Zdaniem powoda, niezależność, o której mowa w art. 4 ust. 9 ustawy antymonopolowej, nie może być rozumiana jako „niezależność zupełna”, zaś sam fakt, iż na rynku następuje reakcja na zmianę ceny produktu nie pozwala stwierdzić, że na takim rynku żaden z przedsiębiorców nie ma pozycji dominującej. Jakkolwiek zasadniczo słuszne stwierdzenie powoda nie może służyć do obalenia wniosku o braku pozycji dominującej na rynku tabloidów po stronie AXEL SPRINGER Polska.

Należy zgodzić się z twierdzeniem powoda, iż posiadanie pozycji dominującej nie oznacza całkowitego wyeliminowania konkurencji, jednak nie można na jego podstawie wysuwać tezy, iż reagowanie na zmiany ceny konkurenta nie świadczy o istnieniu rzeczywistej konkurencji pomiędzy przedsiębiorcami. Sprowadzając argumentację powoda ad absurdum można by stwierdzić, iż nawet najbardziej intensywna konkurencja pomiędzy firmami, prześcigającymi się w coraz to korzystniejszych ofertach dla konsumentów, nie mogłaby świadczyć o braku istnienia pozycji dominującej. Stanowisko takie byłoby w oczywisty sposób sprzeczne z samą definicją pozycji dominującej, a przede wszystkim z podstawową dla niej ideą działania niezależnie od konkurentów. Jeśli bowiem konieczne jest silne reagowanie na konkurencyjne działania rywali rynkowych, zaś próby podnoszenia cen kończą się niepowodzeniem (jak miało to miejsce w przypadku FAKTU), nie sposób mówić o możliwości działania niezależnego od konkurentów. Jakkolwiek pewien zakres konkurencji na rynku nie jest niezgodny z istnieniem na nim pozycji dominującej, jednak nie może ulegać wątpliwości, iż istnieje poziom intensywności rywalizacji rynkowej, który występowanie takiej pozycji wyklucza. W ocenie Prezesa Urzędu tak właśnie jest w niniejszej sprawie.

Zdaniem pozwanego nie sposób zgodzić się również z interpretacją, jaką „empirycznym faktem” dotyczącym zmian cen FAKTU i SUPER EXPRESSU nadaje powód. Zdaniem powoda, zmiany cen na rynkach lokalnych „były procentowo tak znaczne, że praktycznie na każdym rynku produktowym musiałyby doprowadzić do reakcji popytu”. Abstrahując od nieprawidłowych wyliczeń powoda odnoszących się do zmian cen warszawskiego wydania SUPER EXPRESSU (relacja cen zmieniła się na niekorzyść FAKTU o 37,5%, nie o 45%) pozwany wskazał, iż skutkiem zmiany relacji cen było zahamowanie trendu spadkowego sprzedaży SUPER EXPRESSU oraz pojawienie się w niej trendu wzrostowego, przy jednoczesnym spadku sprzedaży FAKTU. W wyniku zmian FAKT i SUPER EXPRESS były w Warszawie sprzedawane w tej samej cenie. Trudno oczekiwać, iż wyrównanie ceny własnego produktu z ceną produktu konkurenta doprowadzi do gwałtownego wzrostu udziału własnego produktu w rynku, co wydaje się być oczekiwaniem powoda. Zmiana taka prowadzi bowiem jedynie do zrównania atrakcyjności własnej oferty z atrakcyjnością oferty konkurenta, nie zaś do ukstałtowania jej w sposób korzystniejszy.

Prezes UOKiK wskazał, że powód całkowicie pomija również wskazany w decyzji rozwój wydarzeń związany z podniesieniem cen przez FAKT w województwach kujawsko-pomorskim oraz lubelskim. Podniesienie ceny wydania dziennika FAKT odpowiednio o 0,2 zł oraz 0,1 zł doprowadziło do znaczącego spadku sprzedaży FAKTU we wskazanych województwach, przy jednoczesnym wzroście sprzedaży SUPER EXPRESSU. W obliczu spadku sprzedaży, AXEL SPRINGER Polska zmuszony był zrezygnować z podwyżek i powrócić do wcześniej stosowanej ceny 1 zł. Wskazuje to na brak możliwości działania niezależnie od konkurenta, ponieważ próby ustalenia ceny na poziomie nawet wyraźnie niższym od ceny stosowanej przez SUPER EXPRESS w okresie, gdy był monopolistą na rynku tabloidów, nie zakończyły się sukcesem w wyniku przestawienia się konsumentów na konsumpcję towaru rywala.

Za całkowicie niezrozumiałym pozwany uznał argument, iż obniżenie ceny SUPER EXPRESSU nie spowodowało z perspektywy rynku ogólnopolskiego znacznego przesunięcia na korzyść dziennika FAKT (Prezes UOKiK przyjął, iż powód miał na myśli SUPER EXPRESS), lecz co najwyżej pozwoliło ograniczyć tendencję spadkową sprzedaży dziennika wydawanego przez MEDIA EXPRESS. SUPER EXPRESS sprzedawany był poza Warszawą do połowy kwietnia 2005 r. po cenie wyższej niż FAKT (1,3 zł w stosunku do 1 zł). Trudno w takich warunkach oczekiwać, by nastąpiło „znaczne” (czy w ogóle jakiegokolwiek) przesunięcie na korzyść SUPER EXPRESSU, skoro, wbrew twierdzeniu powoda, nie doszło do obniżki jego ceny. Jak zostało wskazane powyżej, obniżenie ceny warszawskiego wydania SUPER EXPRESSU do poziomu ceny konkurenta doprowadziło do istotnego zwiększenia sprzedaży dziennika wydawanego przez MEDIA EXPRESS. Tym samym nie ulega wątpliwości, iż wysokość sprzedaży FAKTU była w dużej mierze zależna od ceny jego bezpośredniego konkurenta, co przeczy tezie o posiadaniu przez FAKT pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie.

Za całkowicie nieuzasadniony w ocenie Prezesa UOKiK należy uznać zarzut pominięcia w analizie takich czynników, jak siła finansowa przedsiębiorcy oraz wysokość udziału w rynku. Analiza udziału w rynku prowadzi do wniosku o braku pozycji dominującej po stronie któregokolwiek z uczestników polskiego rynku tabloidów: każdy z tych przedsiębiorców dysponuje znaczącą bazą czytelników i reklamodawców, co nie pozwala jego konkurentowi na niezależne działanie. W niniejszej sprawie nie ma również znaczenia ewentualna siła finansowa wydawcy dziennika FAKT i stojącej z nim grupy finansowej. Sam fakt posiadania znaczących zasobów finansowych nie pozwala bowiem na działanie niezależne od konkurentów, przy założeniu, iż celem przedsiębiorstwa jest maksymalizowanie zysków. Jak wskazuje w dokumencie dotyczącym stosowania art. 82 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską Komisja Europejska, siła finansowa w większości przypadków nie stanowi o pozycji dominującej przedsiębiorstwa. Może być tak jedynie wówczas, gdy zasoby finansowe są istotne dla procesu konkurencyjnego w danej branży, istnieją poważne asymetrie pomiędzy konkurentami w zakresie wewnętrznych możliwości finansowania, a szczególne cechy branży sprawiają, że trudno jest działającym w niej firmom przyciągać zewnętrzne fundusze. Ponieważ powyższe okoliczności w niniejszej sprawie nie zachodzą, twierdzenia powoda o znaczeniu siły finansowej dla oceny pozycji rynkowej wydawcy FAKTU nie zasługuje na uwzględnienie.

Zdaniem pozwanego powód nie przedstawił żadnego zarzutu, który potwierdzałby naruszenie przez SOKiK art. 4 pkt 9 ustawy. Sąd I instancji przeanalizował całość argumentacji przedstawionej przez powoda, co do pozycji dominującej wydawcy FAKTU i prawidłowo stwierdził, iż podmiot ten takowej nie posiada.

Na marginesie pozwany zwrócił uwagę, iż cała argumentacja powoda dotycząca uznania, iż wydawca FAKTU AXEL SPRINGER posiadał pozycję dominującą na rynku właściwym, pomija zupełnie okoliczność, iż właśnie pojawienie się tego podmiotu na rynku tabloidów wprowadziło wartość pryncypialną z punktu widzenia prawa antymonopolowego, a mianowicie konkurencję. W sposób zasadniczy zmieniło to sytuację rynkową dotychczasowego monopolisty, którym był powód. Został on niejako zmuszony do rozpoczęcia walki konkurencyjnej o rynek, co z pewnością nie jest komfortowe dla samego przedsiębiorstwa, ale pożyteczne dla czytelników.

Odnosnie zarzutu naruszenie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy poprzez jego niezastosowanie w przypadku dopuszczenia się przez AXEL SPRINGER Polska Sp. z o.o. praktyki ograniczającej konkurencję na krajowym rynku tabloidów o charakterze ogólnopolskim, polegającej na nadużywaniu pozycji dominującej poprzez sprzedaż detaliczną dziennika FAKT poniżej kosztów, co przeciwdziałała ukstałtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, pozwany zauważył, iż uwaga powoda co do zamieszczenia w wyroku przez SOKiK twierdzeń, iż działania AXEL SPRINGER (sprzedaż poniżej kosztów FAKTU) nie stanowią praktyki ograniczającej konkurencję, w sytuacji kiedy stwierdził wcześniej brak pozycji dominującej, nie może być traktowana jako zarzut naruszenia prawa materialnego. To, że Sąd I instancji przedstawił w wyroku stanowisko co do zarzutu postawionego AXEL SPRINGER jest ambiwalentne z punktu widzenia poprawności jego rozstrzygnięcia.

Ponadto podejmując polemikę co do zarzutu naruszenia przez SOKiK art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy (poprzez jego niezastosowanie) pozwany wskazał, iż kwestia stosowania bądź nie cen drapieżnych przez wydawcę dziennika FAKT, czyli merytoryczna ocena kwestionowanych działań nie była przez Prezesa UOKiK analizowana w decyzji Nr DOK-158/2005. Jednakże celowe w ocenie pozwanego było odniesienie się do twierdzeń powoda w tym zakresie, ponieważ nie są one zgodne ani z okolicznościami sprawy, ani z doktryną prawa konkurencji oraz dorobkiem ekonomii. W niniejszej części pisma Prezes Urzędu podkreślił, że zajmuje stanowisko abstrahując od okoliczności nieposiadania przez FAKT pozycji dominującej na rynku właściwym w sprawie, którego uwzględnienie czyniłoby jakiegokolwiek rozważania dotyczące charakteru zachowań AXEL SPRINGER Polska na rynku tabloidów zbędnymi.

Przed wszystkim zauważono, iż rozważania powoda dotyczące zagrożeń związanych z drapieżnictwem cenowym opierają się na błędnych przesłankach, a ich przyjęcie i stosowanie w praktyce doprowadziłoby do tego, iż prawo konkurencji, z instrumentu ochrony ekonomicznego dobrobytu konsumentów, stałoby się narzędziem aktywnie dobrobyt ten redukującym. O ile zasadniczym zagrożeniem wynikającym ze stosowania zaniżonych cen jest ryzyko eliminacji konkurencji, umożliwiające dominantowi późniejsze podniesienie cen lub utrzymanie ich na dotychczasowym, wysokim poziomie, za szczególnie nieuzasadnione zdaniem pozwanego należy uznać twierdzenia powoda, jakoby sztucznie niska cena prowadziła do podniesienia barier wejścia na rynek i zmniejszenia konkurencji potencjalnej, jak również by efektem drapieżnictwa cenowego było ograniczenie konkurencji pozacenowej.

Pierwsze z powyższych twierdzeń w istocie sprowadza się do tezy, iż niskie ceny są szkodliwe dla konsumentów, ponieważ utrudniają innym przedsiębiorcom wejście na rynek. Jest to, w ocenie Prezesa Urzędu, oczywiste mylenie skutku z przyczyną. Atrakcyjność mechanizmu konkurencji wynika z faktu, iż konkurujący ze sobą przedsiębiorcy starają się oferować własnym odbiorcom towary i usługi na jak najkorzystniejszych warunkach. Konkurencja nie jest celem samym w sobie, lecz ekonomicznym mechanizmem zapewniającym konsumentom oraz odbiorcom danej branży istotne korzyści. Intensywności procesu konkurencyjnego nie można również utożsamiać z liczbą firm na rynku bądź też z liczbą przedsiębiorców mogących na taki rynek wejść. Możliwa jest bowiem sytuacja, w której przedsiębiorcy oferują swoim odbiorcom tak korzystne warunki, iż żaden inny przedsiębiorca nie jest w stanie z sukcesem konkurować na rynku. Jakkolwiek jest to niewątpliwie korzystne dla konsumentów, przykładając do powyższej sytuacji tezy powoda, należałoby stwierdzić, iż nadzwyczaj efektywny przedsiębiorca w istocie ogranicza konkurencję, ponieważ oferując dany produkt w niedostępnej dla konkurentów konfiguracji ceny i jakości, uniemożliwia im wejście na rynek. Byłoby to równoważne stwierdzeniu, iż już samo konkurowanie prowadzi do ograniczenia konkurencji, ponieważ rywalom intensywnie konkurującego przedsiębiorcy trudniej jest wejść i utrzymać się na rynku. Logiczną konsekwencją takiego podejścia byłoby uznanie, iż ideałem, do którego należy dążyć, są wysokie ceny, ponieważ w sytuacji takiej dla wielu firm powstawałyby bodźce do wejścia na rynek. Konkurencja w takich warunkach miałaby charakter fasadowy, ponieważ na rynku działałoby wiele nieefektywnych firm, które przy niższym poziomie cen nie byłyby w stanie funkcjonować, zaś konsumenci, zmuszeni do płacenia wyższych cen, w żaden sposób nie zyskiwaliby na dużej liczbie firm działających na rynku.

Podobny zarzut zdaniem pozwanego można postawić twierdzeniu powoda o niekorzystnych dla konkurencji jakościowej konsekwencjach niskich cen. Przyjmując powyższą tezę, należałoby stwierdzić, iż aby zapewnić wysoki poziom konkurencji jakościowej, celowe byłoby ustalenie cen na pewnym minimalnym poziomie. Jest to w oczywisty sposób sprzeczne z podstawowymi zasadami konkurencji. Nie jest również jasne, nie tłumaczy tego również powodów, dlaczego niskie ceny miałyby prowadzić do niedostatecznej konkurencji jakościową. Jeśli bowiem z punktu widzenia konsumentów konkurencja niecenowa jest bardzo istotna, nawet bardzo niskie ceny produktu o niskiej jakości nie skłonią ich do jego zakupu.

Zdaniem Prezesa Urzędu, opartym na wskazaniach doktryny oraz teorii ekonomii, drapieżnictwo cenowe jest szkodliwe ze względu na możliwość utrzymania przez przedsiębiorców pozycji dominującej oraz jej późniejsze eksploataowanie poprzez podniesienie cen lub ograniczanie atrakcyjności oferty w inny sposób. Natomiast wskazane przez powoda inne jego rzekomo negatywne skutki są de facto zjawiskami nierozłącznie związanymi ze szczególnie intensywną konkurencją, która jest dla konsumentów korzystna.

Pozwany stwierdził, że w dalszej części swojego pisma powód podnosił, że stwierdzenie Sądu Okręgowego, iż stosowanie niskich cen w fazie wejścia na rynek stanowi naturalną praktykę, nie może pozostać bez odniesienia do okoliczności sprawy. W szczególności, w ocenie powoda, uwzględnione winna zostać proporcja ceny faktycznie stosowanej do ceny uwzględniającej wszystkie koszty, jak również okres, w którym miałyby dojść do osiągnięcia zysków. Zdaniem powoda, Sąd winien był określić horyzont czasowy dochodzenia do rentowności po wejściu na rynek, jak również określić „należyty” poziom ceny, który musi być skalkulowany tak, by umożliwiał osiągnięcie rentowności przy założeniu, że nowy produkt napotka na rynku konkurencję, a konkurencja ta nie zostanie ograniczona w sposób sprzeczny z ustawą. Jak stwierdził powód, Sąd Okręgowy nie dysponował wystarczającymi danymi, by móc takich ustaleń dokonać.

Zdaniem Prezesa powyższe twierdzenia pozostają bez znaczenia dla oceny niniejszej sprawy, z uwagi na fakt, iż działania wydawcy FAKTU znacząco odbiegają od zachowań uznawanych za przejaw drapieżnictwa cenowego. Aby powyższe unaocznić, celowe jest przedstawienie podstawowych założeń dotyczących wspomnianej praktyki ograniczającej konkurencję.

Zgodnie z powszechnie przyjętą w piśmiennictwie ekonomicznym definicją za drapieżnictwo cenowe uznaje się obniżanie cen zyskowe jedynie z powodu dodatkowej siły rynkowej, którą drapieżca zyskuje wskutek wyeliminowania, zdyscyplinowania lub w jakikolwiek inny sposób zahamowania konkurencyjnego zachowania rzeczywistego lub potencjalnego rywala. Strategia drapieżnicza zakłada poświęcenie zysków w krótkim okresie, które to poświęcenie znajduje uzasadnienie w możliwości utrzymania siły rynkowej i związanej z nią możliwości korzystniejszego dla siebie kształtowania własnej oferty w stosunku do odbiorców. Należy ją zdecydowanie odróżnić od strategii zakładających krótkookresowe poświęcenie zysku dla zbudowania odpowiedniej bazy odbiorców, czy też zapoznania ich z produktem, względnie obniżenia kosztów w procesie learning by doing, których podstawowym celem nie jest utrzymanie bądź uzyskanie siły rynkowej, lecz osiągnięcie niezbędnej skali działalności na rynku, która umożliwi w dłuższym okresie pokrycie poniesionych kosztów, niezależnie od racjonalnych, konkurencyjnych zachowań rywali.

Zasadniczymi elementami strategii drapieżniczej są: 1. obecność na rynku dominanta, 2. aktualne lub planowane wejście na rynek nowego konkurenta, względnie zintensyfikowanie konkurencji ze strony jednego z uczestników rynku, 3. obniżenie cen przez dominanta do nieracjonalnie niskiego poziomu w celu ograniczenia popytu na produkty lub usługi konkurenta, a przez to jego zyskowności, 4. możliwość powrócenia do wysokiego poziomu cen (lub jakiegokolwiek innego zachowania zapewniającego ponadkonkurencyjne zyski po wypchnięciu konkurenta z rynku lub jego „zdyscyplinowaniu” (polegającym na rezygnacji z „nadmiernie” konkurencyjnej strategii).

Jak podkreślił pozwany w niniejszej sprawie rozwój sytuacji był znacząco odmienny od przedstawionego wyżej scenariusza. To SUPER EXPRESS zajmował na rynku właściwym pozycję monopolistyczną, która została z powodzeniem zakwestionowana przez wydawcę FAKTU, oferującego własny produkt po cenach niższych, niż produkt dotychczasowego monopolisty. FAKT nie był zatem, jak ma to normalnie miejsce w przypadkach drapieżnictwa cenowego, przedsiębiorcą zasiedziałym, zmierzającym do wypchnięcia z rynku „zbyt intensywnie” konkurującego rywala, lecz przeciwnie, własnym wejściem stworzył intensywną konkurencję na dotychczas zmonopolizowanym rynku. Tym samym nie znajduje w niniejszej sytuacji uzasadnienia zarzut, iż FAKT, po wypchnięciu z rynku konkurenta, mógłby wykorzystywać uzyskaną w ten sposób siłę rynkową na szkodę konsumentów. Nawet bowiem, gdyby SUPER EXPRESS rzeczywiście opuścił rynek, konsumenci nie znaleźliby się w sytuacji gorszej niż przed wejściem dziennika FAKT na rynek - tak jak uprzednio, mieliby do czynienia z monopolem.



Wejście na niektóre rynki, szczególnie zaś na rynek prasowy wiąże się z koniecznością ustalenia cen na poziomie niepokrywającym kosztów, ponieważ konieczne jest zbudowanie odpowiedniej bazy czytelników oraz reklamodawców, co zazwyczaj nie jest możliwe w okresie poprzedzającym wejście, z uwagi na niepewność dotyczącą sukcesu rynkowego nowej gazety. Cena egzemplarzowa dziennika kalkulowana jest tak, by zapewnić nowemu produktowi miejsce na rynku oraz długookresową zyskowność. Zachowanie takie ma charakter powszechny i, poza szczególnymi przypadkami, nie budzi podejrzeń. Jakkolwiek drapieżnictwo cenowe mogłoby być praktykowane w związku z wejściem na rynek, miałyby ono sens ekonomiczny właściwie jedynie w przypadku obrony własnej pozycji na innych rynkach (por. orzeczenie ETS z dnia 1 lipca 1991 r. w sprawie C-62/86, AKZO Chemie przeciwko Komisji Europejskiej). Żadne okoliczności nie dają podstaw do stwierdzenia, iż przyczyną niskiej ceny dziennika FAKT mogła być chęć odwetu jego wydawcy na wydawcy SUPER EXPRESU za szczególnie konkurencyjne działania tego ostatniego na innych rynkach, na których działa AXEL SPRINGER Polska lub inny przedsiębiorca z jego grupy kapitałowej. Tym samym nie ma również podstaw, by podejrzewać tego przedsiębiorcę o zachowania drapieżnicze.

Celem prawa konkurencji jest ochrona procesu konkurencyjnego, nie zaś konkurentów. Interwencja publiczna nie powinna zmierzać do wspierania konkurenta, który nie wytrzymuje rywalizacji rynkowej. Immanentną cechą procesu konkurencyjnego jest istnienie bardziej i mniej efektywnych przedsiębiorców. Rywalizacja rynkowa sprawia, iż bardziej efektywne firmy zdobywają większy udział w rynku, kosztem mniej wydajnych przedsiębiorców, którzy muszą zadowolić się mniejszą częścią popytu, a czasami nawet, nie będąc w stanie wytrzymać rywalizacji rynkowej, opuścić rynek. Prawo konkurencji winno zachęcać przedsiębiorców do intensywnego konkurowania, poprzez oferowanie klientom produktów coraz lepszej jakości po coraz niższych cenach, nie zaś ograniczać możliwość kształtowania korzystnej dla klientów oferty.

Jedynie wówczas, gdy okoliczności sprawy wskazują, iż szczególnie konkurencyjne działania, polegające na obniżaniu cen, mają na celu i mogą spowodować osłabienie konkurencji w długim okresie, zasadne jest podejmowanie interwencji. W niniejszej sprawie okoliczności nie wskazują, by celem wydawcy dziennika FAKT było ograniczenie konkurencji na rynku tabloidów. Rynek ten był bowiem (co przyznaje sam powód) zmonopolizowany, a przez to niekonkurencyjny, zaś wejście nań FAKTU doprowadziło do zintensyfikowania konkurencji. To nie wydawca FAKTU bronił swej pozycji monopolistycznej, dążąc do eliminacji konkurenta i zachowania siły rynkowej, lecz wręcz przeciwnie - nowe wejście na rynek tabloidów doprowadziło do zakwestionowania monopolistycznej pozycji SUPER EXPRESU. Powód nie przedstawił również żadnej innej teorii, która miałaby uzasadniać antykonkurencyjny skutek zachowań wydawcy dziennika FAKT, odnosząc się do okoliczności sprawy tak, jak gdyby to FAKT był przedsiębiorcą zasiedziącym, a SUPER EXPRESS kwestionował swymi konkurencyjnymi działaniami jego pozycję dominującą, co w oczywisty sposób nie odpowiada rzeczywistości. Tym samym badanie zachowania AXEL SPRINGER Polska z perspektywy drapieżnictwa cenowego jest zdaniem Prezesa Urzędu, w okolicznościach niniejszej sprawy, pozbawione sensu, ponieważ zachowanie to nie daje podstaw do podejrzeń o uciekanie się przez wydawcę FAKTU do praktyk drapieżniczych. Pozwany zgodził się ze stanowiskiem powoda, iż Sąd Okręgowy, dokonując oceny materiału dowodowego, winien postępować zgodnie z zasadami elementarnej logiki oraz wiedzy o dziedzinie, stanowiącej przedmiot orzekania. Jak zostało jednak wskazane powyżej, zasady te wskazują, iż zachowanie wydawcy dziennika FAKT nie nosiło zasadniczych cech działań drapieżniczych, zaś powód nie wskazał żadnych, nawet niekonwencjonalnych teorii, które by wspierały jego stanowisko, ograniczając się jedynie do mechanicznego i całkowicie abstrahującego od okoliczności sprawy wskazywania na niski poziom cen konkurenta jako na decydujący dowód na antykonkurencyjny charakter zachowań AXEL SPRINGER Polska.

Zdaniem powoda, SOKiK naruszył art. 233 Kpc, wychodząc poza zakres swobodnej oceny dowodów, a to poprzez uznanie za wiarygodną opinię biegłego w zakresie ustaleń dotyczących stanu konkurencji na rynku oraz prawidłowości kalkulacji ceny gazety FAKT, jak też błędną ocenę dowodów przeprowadzonych przez pozwanego w postępowaniu antymonopolowym, a w szczególności znaczenia zmian cen na wybranych rynkach lokalnych dla ustalenia pozycji dominującej AXEL SPRINGER Polska sp. z o.o. Zarzut ten, jak i pozostałe zarzuty apelacji, Prezes Urzędu ocenił jako bezzasadny. SOKiK, w przekonaniu pozwanego, rzetelnie przeprowadził postępowanie dowodowe. Uzasadnienie wyroku jest logiczne i wyjaśnia w pełni satysfakcjonująco, dlaczego Sąd I instancji wydał takie, a nie inne rozstrzygnięcie.

Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w sposób jasny wytłumaczył przyczyny, dla których nie dał wiary argumentom strony powodowej, wskazał przede wszystkim, że twierdzenia pozwanego o braku pozycji dominującej uczestnika, oparte zostały na ugruntowanej i wszechstronnej analizie stanu konkurencji panującej na krajowym rynku tabloidów.

Jednocześnie z orzeczenia jasno wynika, że Sąd I instancji przeprowadził wyczerpującą analizę materiału dowodowego zebranego w sprawie. Wnioskowanie przeprowadzone w uzasadnieniu wyroku jest logiczne i zgodne z zasadami doświadczenia życiowego.

Powód polemizuje w apelacji z poczynionymi przez SOKiK ustaleniami faktycznymi dokonany w oparciu o zasadę swobodnej oceny dowodów, opierając się jedynie na ogólnikach. Tymczasem skuteczne postawienie zarzutu naruszenia przez sąd art. 233 Kpc wymaga wykazania, że uchybił on zasadom logicznego rozumowania lub doświadczenia życiowego, to bowiem jedynie może być przeciwstawione uprawnieniu sądu do dokonywania swobodnej oceny dowodów. Nie jest natomiast wystarczające, jak w przypadku apelacji powoda, przekonanie o innej wadze poszczególnych dowodów i ich odmiennej ocenie niż ocena sądu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 1998 r., II CKN 4/98, niepubl.).

Chybione, w ocenie pozwanego, są zarzuty apelacji zmierzające do wykazania, iż stanowisko Sądu zawarte w zaskarżonym orzeczeniu oparte zostało zasadniczo na kwestionowanej przez powoda opinii biegłego, którą to opinię, zdaniem powoda, należałoby zdyskwalifikować z przyczyn zawartych w piśmie powoda z dnia 31 lipca 2007 r.

Abstrahując od zakresu przydatności przedmiotowej opinii dla SOKiK-u, który to zakres został wyraźnie w wyroku oznaczony, powód generalnie kwestionuje możliwość posłużenia się tym dowodem w sprawie. Co za tym idzie, w jakimkolwiek zakresie Sąd Okręgowy nie oparłby się na przeprowadzonym dowodzie, uczyniłby błąd, jako że opinia obarczona tyłoma zarzutami, nie może być w najmniejszym stopniu przydatna. Tymczasem, co wynika wprost z uzasadnienia zaskarżonego wyroku, Sąd podzielił ustalenia strony pozwanej i powodowej w zakresie określenia rynku właściwego w sprawie i w tej części opinii biegłego za przydatną dla rozstrzygnięcia nie uznał. Stwierdził natomiast, iż opinia spełniła swe zadania w zakresie odpowiedzi na pytania dotyczące relacji ceny gazety FAKT do kosztów jej wydania, a nadto wykazał jej przydatność dla ustalenia sił działających na rynku właściwym, w tym potencjału ekonomicznego powoda i uczestnika, przy czym stanowisko Sądu uwzględniło nie tylko dane z opinii biegłego, ale też zgromadzone w aktach postępowania administracyjnego. Danych tych powód nie kwestionuje. Twierdzi natomiast, że skoro jego zdaniem, dla ustalenia istotnych okoliczności sprawy opinia jest nieprzydatna, tym samym okoliczności te w ogóle prawidłowo ustalone nie zostały. Twierdząc, iż pozostała część opinii nie zawiera wystarczającej dla sprawy analizy stanu konkurencji na rynku właściwym i cech tego rynku, pomija powód podnoszoną przez Sąd Okręgowy okoliczność, iż opinia biegłego nie miała Sądu wyręczyć w jego zadaniach, a jedynie je ułatwić. Z tego też względu Sąd pierwszej instancji poczynił własne ustalenia w oparciu o cały zgromadzony materiał dowodowy sprawy, czemu dał wyraz w uzasadnieniu orzeczenia wyraźnie wskazując, co stanowiło podstawę ustaleń Sądu.

Niezrozumiały jest, zdaniem pozwanego, sposób kwestionowania przez powoda ustaleń opinii dotyczących ceny gazety FAKT w dniu wejścia na rynek. Z opinii wyraźnie wynika, iż wyliczenia biegłego oparte zostały na poufnych danych udostępnionych przez AXEL SPRINGER. W oparciu o te dane biegły ustalił, że cena 1 zł nie pokrywała kosztów wydania i że gdyby cena miała koszty równoważyć, wynosiłaby 9,60 zł. Dla Sądu I instancji znaczenie miał jedynie fakt, iż cena 1 zł nie pokrywała kosztów (str. 12 uzasadnienia wyroku) wydania i że zjawisko to w branży wydawnictw prasowych jest normalne. Jak wynika z akt postępowania zgromadzonych przez pozwanego w toku postępowania administracyjnego, zdaniem wydawców prasy, wprowadzeniu nowego tytułu towarzyszy co najmniej trzyletni okres sprzedaży tego tytułu ze stratą. Powód nie kwestionuje samego zjawiska, niemniej jednak, nie wyjaśnia też, jakie znaczenie dla oceny sprawy miałby dostęp powoda do danych źródłowych wyliczeń biegłego i ich weryfikacja, skoro istotnym w sprawie ustaleniem, nie jest cena odzwierciedlająca koszty, tylko przyjęcie, iż cena sprzedaży kosztów nie pokrywa i że jest to naturalne w tej branży. Biegły potwierdził w opinii, że cena gazety FAKT została przez wydawcę skalkulowana na poziomie 1 zł w długoterminowym planie inwestycji i że od roku 2004 r. gazeta zaczęła osiągać rentowność. Trudno w ocenie pozwanego dopatrzeć się w aprobacie Sądu pierwszej instancji dla tej części opinii braku logiki. To, że określony dowód został oceniony niezgodnie z intencją skarżącego, nie oznacza naruszenia art. 233 §1 Kpc. Ocena dowodów należy bowiem do sądu orzekającego i nawet w sytuacji, w której z dowodu można wywieść wnioski inne niż przyjęte przez sąd, nie dochodzi do naruszenia art. 233 §1 Kpc. Sąd Okręgowy zaś nie jest zobowiązany do uwzględniania kolejnych wniosków o dowód z opinii innego biegłego, jeżeli sporządzona opinia jest prawidłowa, a potrzeba powołania innego biegłego nie wynika z okoliczności sprawy, a jedynie z samego niezadowolenia strony z dotychczas złożonej opinii (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 7 czerwca 2006 r., I ACa 1407/2005, Lex nr 278415).

Na marginesie pozwany zauważył, iż stawiając zarzut naruszenia art. 233 Kpc, powód ogranicza się jedynie do polemiki z opinią biegłego, nie przedstawiając jednak żadnych konkretnych argumentów, pozwalających zdezawuować tę część opinii, uznaną przez Sąd za prawidłową, rzetelną i pomocną w wyrokowaniu.

Analogiczny sposób argumentacji przyjął powód, zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu błędną ocenę przedstawionej przez pozwanego reakcji popytu na obniżenie ceny SUPER EXPRESSU i podniesienie jej przez FAKT. Zdaniem powoda, skala równoczesnych działań konkurujących gazet sprawia, że na tej podstawie nie można wysnuć jakichkolwiek wiarygodnych wniosków co do rzeczywistej konkurencji na rynku właściwym i posiadanej nań pozycji. W ocenie powoda, reakcje konkurentów na zmianę cen musiały nastąpić, gdyż zmiany te były znaczne (zobrazował to powód jedynie na przykładzie rynku warszawskiego, do pozostałych rynków lokalnych się już nie odniósł). W ten sposób stara się powód wykazać, iż teza pozwanego (zaaprobowana w zaskarżonym orzeczeniu), iż brak jest pozycji dominującej po stronie podmiotu, który nie może działać niezależnie od konkurentów i konsumentów, czego ilustracją miały być opisane reakcje na zmiany cen gazet na rynkach lokalnych, jest fałszywa. Takie zachowania świadczą według powoda jedynie o „niezależności niepełnej”, to zaś za mało, by stwierdzić, że nie mamy do czynienia z posiadaniem pozycji dominującej przez FAKT. W ocenie pozwanego, prawidłowym jest jednak ustalenie Sądu I instancji, że między innymi reakcje czytelników na zmianę ceny, są dowodem na to, że FAKT nie był i nie jest w stanie jednostronnie określać warunków konkurencji na rynku właściwym i że w swoich decyzjach musi brać pod uwagę obecność rywala. Nie może też swobodnie podnosić ceny, bo reakcją na takie działanie jest odplyw czytelników. Niezrozumiały w ocenie pozwanego jest wywód, iż wpływ na prawidłowość orzeczenia miał fakt nieuwzględnienia danych o „rzeczywistej” sprzedaży zawartych w opinii biegłego. Okoliczność, że powód obniżył cenę SUPER EXPRESSU do kwoty 1 zł i mimo to nie odnotował istotnej zmiany w sprzedaży nie może mieć to znaczenia w niniejszej sprawie. Natomiast jak wynika z analizy przeprowadzonej na str. 7 i 8 odpowiedzi na apelację, obniżenie ceny znalazło odzwierciedlenie w ilości sprzedawanych egzemplarzy SUPER EXPRESSU, co za tym zaś idzie stwierdzenia zawartego w apelacji nie sposób podzielić.

W ocenie pozwanego, nie zachodzi w sprawie zarzucane w apelacji przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów. Na podstawie zgromadzonego materiału SOKiK miał pełne podstawy do przyjęcia, iż AXEL SPRINGER nie posiada na rynku właściwym pozycji dominującej. Ustalenia Sądu miały oparcie przede wszystkim w zgromadzonym w toku postępowania administracyjnego materiale dowodowym, oparcie się zaś na opinii biegłego w zakresie niesprzecznym ze zgromadzonymi wcześniej dowodami, nie uzasadnia tak sformułowanego zarzutu. Niezasadnym w tym kontekście jest także zarzut nierozpoznania przez SOKiK (a wcześniej przez pozwanego) istoty sprawy. Zdaniem pozwanego, SOKiK istotę sprawy rozpoznał, tyle że niekorzystnie dla powoda. Oczywiście powód ma prawo być z wyroku niezadowolony i dał temu wyraz w apelacji, niemniej jednak argumenty w apelacji przedstawione nie dają podstaw do uznania, iż SOKiK wydał rozstrzygnięcie niesłuszne. Powód zdaje się nie rozumieć, iż ustalenie braku pozycji dominującej przesądza o niemożności badania nadużycia tej pozycji. Skoro zaś SOKiK prawidłowo ustalił, że AXEL SPRINGER pozycji dominującej na rynku właściwym nie posiada, orzeczenie nie mogło zawierać ustaleń, co do działań przedsiębiorcy naruszających przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a konkretnie art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy.

W opinii pozwanego Sąd I instancji nie dopuścił się w żadnym zakresie naruszenia art. 286 Kpc poprzez oddalenie wniosku o powołanie nowego biegłego w sprawie. Biegły w przedmiotowym postępowaniu został powołany na skutek uwzględnienia przez sąd wniosku dowodowego powoda.

Niezasadny jest również zarzut naruszenia przez SOKiK art. 227 Kpc poprzez oddalenie innych niż dowód z opinii biegłego wniosków dowodowych złożonych przez powoda. Sąd (strona 13 i 14 wyroku) obszernie wyjaśnił, z jakich powodów uznał je za zbędne dla wyjaśnienia istotnych w sprawie okoliczności.

W orzeczeniu z dnia 10 czerwca 1999 r. w sprawie II UKN 685/98 (OSNAPiUS 2000/17/655) Sąd Najwyższy stwierdził, że normy swobodnej oceny dowodów wyznaczone są wymaganiami prawa procesowego, doświadczenia życiowego oraz regułami logicznego myślenia, według których sąd w sposób bezstronny i wszechstronny rozważa materiał dowodowy jako całość, dokonuje wyboru określonych środków dowodowych i wając ich moc oraz wiarygodność, odnosi je do pozostałego materiału dowodowego.

Zdaniem pozwanego SOKiK prawidłowo przeprowadził selekcję wniosków dowodowych powoda, oddalając te z nich, które nie mogłyby w sposób istotny wpłynąć na ustalenia w sprawie. Podstawy swojej decyzji przekonująco zaś wyjaśnił w uzasadnieniu.

Ponadto sam powód doszedł do konstatacji, iż nie jest w stanie uzasadnić naruszenia przez Sąd I instancji art. 328 §2 Kpc. W uzasadnieniu apelacji w ogóle nie poruszył kwestii uchybienia ww. przepisu, nawet literalnie go nie przytoczył. Pozwany zatem nie był w stanie ustalić, który dokładnie element uzasadnienia wyroku, o czym mowa w art. 328 §2 Kpc, nie został wskazany w ogóle bądź w niedostateczny sposób wyjaśniony. W świetle tego przepisu uzasadnienie wyroku powinno zawierać wskazanie podstawy faktycznej rozstrzygnięcia, a mianowicie: ustalenie faktów, które sąd uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł i przyczyn, dla których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, oraz wyjaśnienie podstawy prawnej wyroku z przytoczeniem przepisów prawa.

Zdaniem pozwanego Sąd I instancji, miał obowiązek odnieść się do wszystkich dowodów, zarówno do tych na których oparł wyrok, jak i tych którym wiarygodności odmówił. Natomiast z art. 328 §2 Kpc absolutnie nie wynika dla sądu obowiązek zaprezentowania swojego stanowiska do wszystkich argumentów powoda podnoszonych w trakcie postępowania sądowego. Tym samym zarzut apelacji w tym zakresie jest całkowicie bezzasadny.

Sąd Apelacyjny zważył, co następuje.

Apelacja powoda jest bezzasadna, bowiem zarówno ustalenia faktyczne Sądu Okręgowego, jak i ich ocena prawna zasługują na podzielenie, zaś podniesione w stosunku do zaskarżonego orzeczenia przez MEDIA EXPRESS Sp. z o.o. zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Podstawą decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 12 grudnia 2005 r. o umorzeniu postępowania antymonopolowego wszczętego na wniosek powoda, którą Sąd I instancji po przeprowadzeniu postępowania dowodowego uznał za słuszną i oddalił od niej odwołanie, jest przepis art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 i w zw. z art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2003 r. Nr 86, poz. 804).

Stosownie do powyższego zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, a dochodzi do tego między innymi w przypadku przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Warunkiem spełnienia przesłanek wymienionych w powołanym przepisie jest uzyskanie przez przedsiębiorcę tzw. pozycji dominującej na rynku właściwym, bez jej posiadania bowiem wskazane przez art. 8 ust. 1 i 2 powołanej ustawy praktyki rynkowe nie mogą być przedmiotem zakazu określonego tym przepisem.

W ocenie Prezesa UOKiK i Sądu Okręgowego pozwany AXEL SPRINGER Sp. z o.o. nie osiągnął w dacie wejścia na rynek, ani wkrótce potem pozycji dominującej, co czyni bezprzedmiotowym rozważania, czy stosował i jakie zakazane praktyki rynkowe, a w szczególności te, które miały skutecznie zapobiegać konkurencji i eliminować lub kontrolować ich pozycję na rynku.

Pozycją dominującą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jest taka pozycja przedsiębiorcy, która umożliwia mu zapobieganie skutecznej konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie mu możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów. Ponadto domniemywa się, że przedsiębiorca ma pozycję dominującą, jeżeli jego udział w rynku przekracza 40%. Z kolei rynkiem właściwym jest rynek towarów, które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty oraz są oferowane na obszarze, na którym, ze względu na ich rodzaj i właściwości, istnienie barier dostępu do rynku, preferencje konsumentów, znaczące różnice cen i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji.

Podzielić należy niekwestionowany w sprawie przez strony pogląd, iż rynkiem właściwym dla produktów, jakim są dzienniki FAKT i SUPER EKSPRESS, jest polski rynek tabloidów nie zaś rynek płatnych dzienników o charakterze informacyjnym, czy rynek prasowy w ogólności. W tym zakresie Sąd I instancji prawidłowo oparł się na własnym wyodrębnieniu rynku, nie zaś na odmiennej w powyższej kwestii opinii biegłego specjalisty w dziedzinie ekonomii, marketingu i reklamy. Określenie rynku właściwego w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów należało do kompetencji sądu orzekającego i dlatego też znalazło wyraz w sformułowaniu przez ten Sąd tezy dowodowej dla biegłego, którego zadaniem było cyt. „ustalenie warunków konkurencji na rynku tabloidów, wskazanie siły i wielkości uczestników tego rynku oraz jego specyfiki”. W dacie wejścia na rynek dziennika FAKT był on niewątpliwie jedynym pełnym substytutem produktu, jakim był dziennik SUPER EKSPRESS ze względu na cechy produktowe takie jak format, szata graficzna, treść, język, skrótowość oraz krąg konsumentów i ich sposób reagowania na praktyki rynkowe wydawców. Zgodzić się należy również, iż przed pojawieniem się FAKTU SUPER EKSPRESS był monopolistą na rynku tabloidów i wobec tego nie musiał konkurować na tym polu z innymi wydawcami o tę samą grupę konsumentów - czytelników.

O pozycji dominującej na rynku właściwym można mówić w przypadku spełnienia dwóch przesłanek: zdolności przedsiębiorcy do zapobiegania skutecznej konkurencji oraz możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów i konsumentów, przy czym istnienie 40% udziału w rynku stanowi o domniemaniu co do tego, że przedsiębiorca taką pozycję posiada, które to domniemanie może być obalone na zasadach art. 234 Kpc. Nie wystarcza zatem do ustalenia pozycji dominującej stwierdzenie, że przedsiębiorca posiada wysoki udział w rynku, jego dominacja musi mieć stały i stabilny charakter przez dostatecznie długi czas i w zasadzie nie jest możliwe osiągnięcie tej pozycji przez podmiot wchodzący na rynek. Jak wynika ze zgromadzonego materiału dowodowego przewagę w zakresie przychodów wydawca dziennika FAKT osiągnął dopiero w kwietniu 2004 r., w okresie od dnia 23 października 2003 r. do grudnia 2003 r. przewagę w tym zakresie miał SUPER EKSPRESS. Nie można zatem twierdzić o istnieniu dominacji na rynku właściwym w momencie wejścia dziennika FAKT, gdyż wówczas jego konkurent posiadał wyższy udział w rynku. Zgodzić się należy, iż w październiku 2003 r. i po tym czasie rynek tabloidów w Polsce był rynkiem niedojrzałym, całkowicie niestabilnym i zmieniał się z monopolistycznego na duopolistyczny. Istniała znaczna grupa potencjalnych konsumentów, którzy nie byli nabywcami tabloidów, a charakterystyczne dla rynku niedojrzałego jest intensywne powiększanie się, co skutkuje brakiem możliwości zdobycia lub utrzymania pozycji dominującej. Wejście nowego dziennika spowodowało istotne zwiększenie intensywności konkurencji, o czym świadczą wskazane w decyzji oraz w wyroku Sądu Okręgowego zmiany cenowe połączone z reakcją konsumenta, pojawienie się promocji produktów i istotne zwiększenie samego rynku. Udziały rynkowe FAKTU i SUPER EKSPRESSU ukształtowały się ostatecznie odpowiednio na poziomie ok. 60% i 40%, nie istniała zatem istotna asymetria siły rynkowej. Ponadto siła rynkowa w tym kapitałowa obu przedsiębiorców w świetle ustaleń Sądu Okręgowego jest zbliżona, a tylko z tego powodu nie może stanowić o pozycji dominującej jednego z nich. Wskazać należy również, że konieczne w przypadku obu podmiotów było reagowanie na konkurencyjne działania rywala, a próby podnoszenia cen okazały się nieskuteczne i świadczy to o niemożności działania istotnie niezależnego. Na podstawie przedstawionych w zaskarżonym wyroku ustaleń faktycznych wywieść można, że skutkiem zmiany relacji cen na niekorzyść FAKTU było zahamowanie trendu spadkowego sprzedaży SUPER EKSPRESSU, przy jednoczesnym spadku sprzedaży FAKTU, a tabloidy te, np. w Warszawie, były sprzedawane ostatecznie w tej samej cenie. Podniesienie cen FAKTU w województwach kujawsko-pomorskim i lubelskim doprowadziło do spadku jego sprzedaży, przy jednoczesnym wzroście sprzedaży SUPER EKSPRESSU. Wysokość sprzedaży FAKTU była w znacznej mierze zatem uzależniona od ceny proponowanej przez konkurenta, co przeczy twierdzeniu o posiadaniu przez tego pierwszego pozycji dominującej. Wszystko to świadczyć musi o niemożności działania wydawców obu tabloidów, niezależnego od konkurenta i konsumentów, o jakim mowa w przepisach ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Natomiast pojawienie się FAKTU na rynku tabloidów zasadniczo zmieniło sytuację rynkową dotychczasowego monopolisty, zmuszając go do podjęcia walki konkurencyjnej, co jest korzystne z punktu widzenia interesu publicznego. Zgodzić się należy, iż bariery wejścia na rynek tabloidów nie były wysokie z przyczyn wskazanych w kwestionowanej decyzji, tj. z uwagi na dostęp przedsiębiorców branży wydawniczej do odpowiednich zasobów, np. drukarni, know-how itp. Brak sukcesu rynkowego NOWEGO DZIENNIKA, na jaki powołuje się apelujący, nie świadczy jeszcze o wysokich barierach wejścia. Wskazać należy, iż także ten tytuł w okresie znacznie późniejszym niż data wejścia FAKTU pojawił się na rynku w cenie 1 zł, a jego cena nie była elementem sukcesu przedsięwzięcia, gdyż o nim przesądzały również jakość dziennika, pomysł, kampania marketingowa itp.

Skoro zatem, jak słusznie stwierdził Sąd I instancji w zaskarżonym wyroku pozwany wydawca dziennika FAKT - AXEL SPRINGER Sp. z o.o. nie posiadał pozycji dominującej w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zbędne jest badanie zasadności zarzutu apelacyjnego dotyczącego naruszenia przepisu art. 8 ust. 1 w zw. z art. 8 ust. 2 pkt 5 powołanej ustawy. Odnosząc się jednak do twierdzenia apelującego o stosowaniu przez pozwanego tzw. „drapieżnictwa cenowego” wskazać należy, iż brak w działaniach wydawcy FAKTU istotnych cech tej strategii. Pozwany nie był obecny na rynku jako dominant, a dopiero na ten rynek wchodził, nie doszło do nieracjonalnego obniżenia cen przez istniejącego dominanta w celu ograniczenia popytu na produkty i usługi konkurenta i możliwość ponownego przywrócenia wysokiego poziomu cen po wyeliminowaniu lub zdyscyplinowaniu konkurenta, a także planowanego wejścia na rynek nowego konkurenta czy zintensyfikowania konkurencji ze strony jednego z uczestników rynku. Nie wynika z ustalonych faktów również to, że pozwany wyłącznie zakładał poświęcenie zysków dla możliwości utrzymania siły rynkowej, a nie chodziło mu o zbudowanie odpowiedniej bazy odbiorców, przyzwyczajenie ich do produktu, osiągnięcie niezbędnej skali działalności na rynku, która umożliwi pokrycie poniesionych kosztów, niezależnie od racjonalnych konkurencyjnych zachowań rywali. Z okoliczności sprawy nie wynika także, aby celem wydawcy dziennika FAKT było ograniczenie konkurencji na rynku tabloidów, skoro to on wchodził na zmonopolizowany rynek i dopiero jego wejście spowodowało zaistnienie faktycznej konkurencji.

W oparciu o dowód z opinii biegłego sądowego, a także kierując się dostępną wiedzą za przekonywujące należy uznać twierdzenie, że rynek prasowy wymaga ustalenia ceny wchodzącego tytułu na poziomie nie pokrywającym kosztów. Cena egzemplarzowa kalkulowana jest tak, aby zapewnić nowemu produktowi miejsce na rynku oraz długookresową zyskowość. Zjawisko wprowadzenia ceny poniżej kosztów jest zatem w branży wydawniczej zjawiskiem normalnym i powszechnie stosowanym. Na podstawie opinii biegłego ekonomisty przeprowadzonej między innymi z wykorzystaniem poufnych danych przedsiębiorstwa AXEL SPRINGER Sp. z o.o. Sąd Okręgowy ustalił, że także w tym przypadku cena egzemplarzowa w dacie wejścia tytułu na rynek nie pokrywała kosztów wydania, gdyż w takim wypadku musiałaby wynosić 9,60 zł. Nawet poddając w wątpliwość prawidłowość obliczeń biegłego, do czego apelujący nie miał żadnych podstaw, faktycznie przyjęta cena 1 zł była znacznie niższa od tej, jaka pokrywałaby koszty wydania tytułu w tym czasie ponoszone przez wydawcę. Jednak w perspektywie długoterminowej cena ta okazała się prawidłowo skalkulowana, gdyż po roku pokryła koszty wydania gazety, a zysk operacyjny pozwalał na zwrot strat poniesionych w trybie inwestycji w związku z przygotowaniem i wydaniem tytułu w początkowym okresie jego istnienia (vide opinia biegłego). Wprowadzenie zatem produktu prasowego o niskiej cenie przy jej jednoczesnym kalkulowaniu z uwzględnieniem zysku ze sprzedaży egzemplarzowej i powierzchni reklamowej nie jest przejawem drapieżnictwa cenowego i praktyką zakazaną w rozumieniu art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Trzeba podkreślić bowiem, że celem ustawy i prawa antymonopolowego nie jest ochrona konkurentów w procesie rywalizacji rynkowej, ale ochrona możliwości konkurowania, co w niniejszym stanie faktycznym zaistniało na rynku polskich tabloidów z chwilą wejścia na ten rynek (całkowicie zmonopolizowany) wydawcy FAKTU.

Bezasadne są także zawarte w apelacji zarzuty naruszenia prawa procesowego, tj. art. 233 Kpc, 286 Kpc, 227 Kpc. oraz 328 §2 Kpc.

Sąd Okręgowy, jak wyżej wskazano, posiadał kompetencje do samodzielnego określenia rynku właściwego w oparciu o definicję zawartą w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, podzielając w tym zresztą względnie poglądy prezentowane ostatecznie przez same strony i wykorzystania opinii biegłego jedynie w zakresie jego wiadomości specjalnych w dziedzinie ekonomii, marketingu, medjoznawstwa dla określenia relacji ceny gazety FAKT do kosztów jej wydania, sił działających na rynkach prasowych, w tym potencjału ekonomicznego obu konkurujących podmiotów. Opinia biegłego nie może być z tego powodu pozbawiona waloru przydatności dla rozstrzygnięcia sprawy. Sąd pierwszej instancji dokonał swobodnej oceny dowodów zebranych w postępowaniu administracyjnym i przeprowadzonych przed tym Sądem i nie uchybił zasadom logicznego rozumowania i doświadczenia życiowego. Z kolei niezadowolony z treści opinii biegłego - dowodu przeprowadzonego zresztą na wniosek apelującego zgłoszony przed Sądem Okręgowym, nie może prowadzić skutecznie do odmówienia wiarygodności jej wszystkim wnioskom oraz kompetencji samemu biegłemu i mnożenia takich samych dowodów na te same okoliczności aż do osiągnięcia zadowalającego z punktu widzenia strony rezultatu.

Sąd Okręgowy zasadnie oddalił wnioski dowodowe dotyczące przesłuchania świadków i stron jako nieprzydatne dla stwierdzenia takich okoliczności, jak stan konkurencji na rynku czy prawidłowość kalkulacji ceny gazety FAKT oraz wpływ wejścia na rynek dziennika FAKT, gdyż wskazane osoby były związane z powodem, zaś prawidłowe i obiektywne ustalenie tych okoliczności wymagało przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego sądowego specjalisty w dziedzinie ekonomii i marketingu, który to dowód został przeprowadzony. Sąd I instancji w uzasadnieniu wyroku odniósł się do wszystkich zarzutów odwołania oraz dowodów przeprowadzonych w postępowaniu sądowym, z żadnego natomiast przepisu prawa procesowego nie wynika obowiązek Sądu do ustosunkowania się nie tylko do istotnych, ale do wszystkich argumentów podnoszonych przez strony przy prezentacji swojego stanowiska. Mając powyższe na uwadze i w oparciu o powołane wyżej przepisy materialnego i procesowego wyrok Sądu I instancji ocenić należy jako odpowiadający obowiązującemu prawu.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 98 Kpc i §14 ust. 3 pkt 3, §12 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r. w sprawie opłat za czynności radców prawnych oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów pomocy prawnej udzielonej przez radcę prawnego ustanowionego z urzędu (Dz. U. z 2002 r. Nr 163, poz. 1349).

Uznając z wymienionych względów bezasadność apelacji i na podstawie art. 385 Kpc Sąd Apelacyjny orzekł, jak w sentencji wyroku.