

Sygn. akt VI ACa 447/11

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 października 2011 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie VI Wydział Cywilny w składzie:

Przewodniczący - Sędzia SA – Irena Piotrowska

Sędzia SA – Barbara Godlewska – Michalak (spr.)

Sędzia SA – Jerzy Paszkowski

Protokolant: – sekr. sądowy Ewelina Murawska

po rozpoznaniu w dniu 28 października 2011 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa Stowarzyszenia (...) z siedzibą w W.

przeciwko Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

o ochronę konkurencji i nałożenie kary pieniężnej

na skutek apelacji powoda

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

z dnia 8 grudnia 2010 r.

sygn. akt XVII AmA 199/09

I oddala apelację,

II zasądza od Stowarzyszenia (...) z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 270 (dwieście siedemdziesiąt) złotych tytułem zwrotu kosztów postępowania apelacyjnego.

Sygn. akt VI ACa 447/11

UZASADNIENIE

Decyzją z dnia 21 lipca 2009r., nr RWA- (...), w oparciu o art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007r. o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: uokik), Prezes UOKiK:

uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik, nadużywanie przez Stowarzyszenie (...) w W. pozycji dominującej na krajowym rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych i słowno-muzycznych poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na tym rynku przez przyjęcie „Oświadczenia o powierniczym przeniesieniu autorskich praw majątkowych w zakresie zbiorowego zarządzania”, w świetle którego wygaśnięcie przeniesienia tych praw następuje po upływie pięcioletniego okresu bez względu na moment złożenia oświadczenia

woli wygaśnięcia tego przeniesienia - i stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 11 kwietnia 2008r. (pkt II sentencji decyzji);

na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik nałożył na Stowarzyszenie (...) karę pieniężną w wysokości 407.256 zł (pkt V sentencji decyzji);

na podstawie art. 77 i 80 uokik obciążył Stowarzyszenie (...) w W. kosztami postępowania antymonopolowego w wysokości 13.814,17 zł (pkt VI sentencji decyzji).

Od powyższej decyzji przedsiębiorca wniósł odwołanie, domagając się jej uchylenia w zakresie punktów: II, V i VI albo zmianę w ww. zakresie, powód wniósł o zmianę decyzji w części dotyczącej punktu V poprzez odstąpienie od nałożenia na Stowarzyszenie kary pieniężnej, względnie znaczące obniżenie kary, a także o zmianę decyzji w części dotyczącej punktu VI poprzez odstąpienie od obciążania powoda całością kosztów postępowania antymonopolowego i obciążenie go wyłącznie kosztami mającymi bezpośredni związek z postępowaniem objętym skarżoną decyzją oraz przy uwzględnieniu jego wyniku. Przedmiotowej decyzji zarzucono:

1. naruszenie art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik na skutek bezpodstawnego uznania w pkt II decyzji, że stanowi praktykę ograniczającą konkurencję - naruszającą zakaz, o którym mowa w tym przepisie, a polegająca na nadużywaniu przez Stowarzyszenie (...) w W. pozycji dominującej na krajowym rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych i słowno-muzycznych, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji na tym rynku - przyjęcie „Oświadczenia o powierniczym przeniesieniu autorskich praw majątkowych w zakresie zbiorowego zarządzania”, w świetle którego wygaśnięcie przeniesienia tych praw nastąpiło po upływie pięcioletniego okresu bez względu na moment złożenia oświadczenia o woli wygaśnięcia tego przeniesienia (choć opisanie zachowanie powoda nie spełniało przesłanek zawartych w tym przepisie);

2. naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 1 uokik - poprzez nałożenie na Stowarzyszenie kary w kwocie 407.256 zł (w punkcie V decyzji) w sytuacji, gdy zarzucanej mu praktyki ograniczającej konkurencję ogóle nie popełniło;

3. naruszenie art. 77 uokik oraz art. 263 § 2 k.p.a. w zw. z art. 83 uokik - poprzez obciążenie Stowarzyszenia (w punkcie VI decyzji) całością kosztów postępowania antymonopolowego w łącznej wysokości 13.814,17 zł (na którą składają się: wydatki w kwocie 109,75 zł oraz kwota 13.704,42 zł, stanowiąca połowę sumy wydatkowanej przez Prezesa UOKiK na tłumaczenia przysięgłe, sporządzone na jego zamówienie, której druga połowę przypisał, wg swego oświadczenia, innemu postępowaniu przez siebie prowadzonemu, zakończonemu decyzją nr (...), w sytuacji, gdy powód powinien zostać obciążony wyłącznie kosztami mającymi bezpośredni związek z postępowaniem objętym skarżoną decyzją oraz przy uwzględnieniu jego wyniku;

ewentualnie, w razie niepodzielenia stanowiska powoda określonego w pkt 1 i 2:

4. naruszenie art. 111 w zw. z art. 112 ust. 1 uokik - poprzez nałożenie kary w rażąco wygórowanej wysokości - na skutek przyjęcia błędnej metodologii jej wyliczenia (w szczególności polegającej na uznaniu zachowania powoda za „poważne naruszenie konkurencji” oraz dokonanie nieuzasadnionej podwyżki „kwoty bazowej”), a także w pełnym oderwaniu jej wielkości od dochodu Stowarzyszenia po opodatkowaniu, stanowiącego źródło zapłaty kar (art. 112 ust. 1 uokik);

5. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik - poprzez przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, na skutek przyjęcia, że powód zaniechał stosowania czynu uznanego za praktykę ograniczającą konkurencję dopiero w dacie 11 kwietnia 2008r., gdy tymczasem powód tzw. „rozwiązania doraźne” przyjął już w dniu 14 grudnia 2007r., definitywnie zaś zmienił zasady sprawowania zbiorowego zarządu na mocy uchwał podjętych przez Zarząd i Radę (...) w dniach 28 i 29 lutego 2008r., a następnie - w dniu 6 marca 2008r. - teksty uchwał ogłosił na swojej stronie internetowej.

Sąd Okręgowy w Warszawie wyrokiem z dnia 8 grudnia 2010 r. oddalił odwołanie powoda i orzekł o kosztach procesu.

Wydając wyrok, Sąd ustalił następujący stan faktyczny:

Stowarzyszenie (...) z siedzibą w W., zarejestrowane pod nr KRS: (...), posiada status przedsiębiorcy. Do głównych celów jego działania należy m.in. ochrona praw autorskich oraz reprezentowanie i udzielanie pomocy w realizowaniu praw autorskich autorom zrzeszonym w stowarzyszeniu i ich następcom prawnym oraz ochrona praw autorskich autorów i innych uprawnionych nie będących członkami stowarzyszenia, w zakresie określonym w § 17 statutu.

Na podstawie decyzji Ministra Kultury i Sztuki z dnia 1 lutego 1995r. (nr(...)), zmienionej decyzjami z 23 dnia października 1998r. (nr (...)) i z dnia 28 lutego 2003r (nr (...)), (...) działa jako ozz, sprawując zbiorowy zarząd m.in. prawami autorskimi do utworów muzycznych i słowno-muzycznych na polach eksploatacji obejmujących: utrwalanie, zwielokrotnianie, wprowadzanie do obrotu, wprowadzanie do pamięci komputera, publiczne wykonanie, publiczne odtwarzanie, wyświetlanie, wystawianie, użyczenie i najem, nadanie za pomocą wizji lub fonii przewodowej albo bezprzewodowej przez stację naziemną nadanie za pośrednictwem satelity, reemisja, publiczne udostępnianie utworów w taki sposób, aby każdy mógł mieć do niego dostęp w miejscu i w czasie przez siebie wybranym

(...) jest jedyną organizacją w kraju, uprawnioną do sprawowania zbiorowego zarządu prawami autorskimi do wskazanych utworów na ww. polach eksploatacji. (Obwieszczenie Ministra Kultury i Dziedzictwa Narodowego z dnia 26 marca 2009r. w sprawie ogłoszenia decyzji tego Ministra o udzieleniu i o cofnięciu zezwoleń na podjęcie działalności organizacji zbiorowego zarządzania prawami autorskimi lub prawami pokrewnymi - M.P. nr 21, poz. 270).

W dacie wszczęcia przeciwko (...) postępowania antymonopolowego Stowarzyszenie stosowało różne zasady sprawowania zbiorowego zarządu prawami autorskimi do utworów muzycznych i słowno-muzycznych w zależności od tego, czy chodziło o prawa autorów stowarzyszonych, czy też autorów nie posiadających statusu członka (...). Zarząd prawami twórców niezrzeszonych odbywał się na podstawie „Oświadczenia o powierniczym przeniesieniu autorskich praw majątkowych w zakresie zbiorowego zarządzania”. Postanowienie § 6 tego oświadczenia miało następującą treść: „Przeniesienie niniejsze dokonane zostaje na okres pięciu lat. W przypadku braku mojego pisemnego oświadczenia złożonego pod rygorem nieważności (...) listem poleconym o woli wygaśnięcia przeniesienia z upływem bieżącego terminu pięcioletniego, do końca roku poprzedzającego ostatni rok jego trwania, przeniesienie ulega automatycznemu przedłużeniu na kolejny okres pięcioletni”. Z kolei w odniesieniu do twórców stowarzyszonych obowiązywało „Zobowiązanie organizacyjne”, którego § 1 ust. 1 przewidywał, że członek powierza Stowarzyszeniu (...) autorskie prawa majątkowe wymienione w § 2, do wszystkich swoich utworów z kategorii małych i dużych praw, a w szczególności muzycznych, słowno-muzycznych, słownych oraz choreograficznych, już istniejących oraz powstałych w okresie przynależności do (...). Twórcy ci mogli zrezygnować z usług (...). W myśl § 7 ust. 1 zobowiązania, dokonane powierzenie może być wypowiedziane przez każdą ze stron z zachowaniem rocznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego.

Uchwałami Zarządu i Rady (...) z dnia 28 i 29 lutego 2008r. wyżej opisane zasady zostały zmodyfikowane w ten sposób, że autorzy należący do obydwu kategorii (tj. członków i niezrzeszonych) mogą zrezygnować z powierzenia Stowarzyszeniu zarządu prawami z zachowaniem sześciomiesięcznego okresu wypowiedzenia, ze skutkiem na koniec roku kalendarzowego .

Tekst przedmiotowych uchwał został opublikowany na stronie internetowej (...) w dniu 6 marca 2008r. Natomiast w dniu 11 kwietnia 2008r. Stowarzyszenie zakończyło rozsyłanie do osób zainteresowanych informacji o możliwości podpisania aneksu do umowy zawartej z (...), którym można wyłączyć z zakresu powierzenia praw poszczególne pola eksploatacji .

W następstwie ww. zmian, do dnia 12 listopada 2008r., spośród złożonych przez uprawnionych 131 Aneksów do „Zobowiązania organizacyjnego” lub „Oświadczenia o powierniczym przeniesieniu autorskich praw majątkowych”,

97 osób skróciło termin wypowiedzenia powierzenia praw, w tym 6 osób nie będących członkami Stowarzyszenia wypowiedziało jednocześnie umowy o powierzenie praw w 2008r.

Stowarzyszenie (...) osiągnęło przychód w wysokości 148.093.120,69 zł .

Powyższy stan faktyczny, zdaniem Sądu, nie był między stronami sporny, i został ustalony w oparciu o wyżej wymienione dokumenty, których wartość dowodowa nie budziła żadnych zastrzeżeń.

W tym stanie faktycznym w ocenie Sąd Okręgowego odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W myśl art. 9 ust. 1 uokik zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Warunkiem przypisania przedsiębiorcy stosowania wskazanej praktyki anty konkurencyjnej jest posiadanie przez niego pozycji dominującej na rynku właściwym. W ocenie Sądu, w niniejszej sprawie pozwany prawidłowo ustalił rynek właściwy, jako krajowy rynek zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych i słowno-muzycznych. Zasadnie też przyjął, iż na rynku tym (...) posiada pozycję dominującą. Ustalenia te nie były również kwestionowane przez stronę odwołującą się. Ustawodawca nie wyjaśnił, co należy rozumieć przez nadużywanie pozycji dominującej, wskazał jedynie na przykłady zachowań, które należy kwalifikować jako przejaw danego nadużycia. Zawarty w art. 9 ust. 2 uokik katalog niedozwolonych zachowań ma charakter otwarty, na co jednoznacznie wskazuje użycie sformułowania „w szczególności”. W punkcie 5 ww. przepisu wskazano, że nadużywanie pozycji dominującej przejawia się w przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Praktyka ta należy do ograniczeń konkurencji o charakterze wykluczającym (tzw. exclusionary abuse) i wymierzona jest wprost przeciwko funkcjonowaniu mechanizmu konkurencji. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji polega na działaniu lub zaniechaniu przedsiębiorcy posiadającego pozycję dominującą którego celem lub skutkiem jest pozbawienie lub ograniczenie dostępu konkurentom do danego rynku właściwego. Ograniczenie dostępu do rynku polega zarówno na faktycznym uniemożliwieniu rozpoczęcia lub dalszego prowadzenia działalności na danym rynku, jak i na uczynieniu tej działalności nieopłacalną lub mniej opłacalną niż w warunkach panujących na rynku konkurencyjnym, jak i na podejmowaniu działań niezwiązanych z merytoryczną rywalizacją między konkurentami, a ukierunkowaną na zniechęcenie konkurenta do dalszej ekspansji na rynku, na którym działa. Praktyka taka może być podejmowana zarówno na etapie wchodzenia konkurenta na rynek, jak i na etapie gdy konkurent już działa na tym rynku, a przedsiębiorca posiadający pozycję dominującą zamierza pozbyć się rywala z rynku lub ograniczyć dostępne dla niego spektrum rynku.

W ocenie Sądu, praktyka opisana w pkt II sentencji zaskarżonej decyzji, stanowi ewidentny przejaw nadużycia przez (...) pozycji dominującej na krajowym rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi do utworów muzycznych i słowno muzycznych przez przeciwdziałanie ukształtowania się niezbędnych warunków do powstania lub rozwoju konkurencji.

Nie chodzi tu o przeciwdziałanie powstaniu konkurencji. Na ustalonym rynku właściwym rzeczywiście nie występuje aktualnie obok (...) inna, konkurencyjna organizacja zbiorowego zarządzania, to przecież istnieją zagraniczne organizacje tego typu (zwłaszcza z obszaru UE), które potencjalnie na tym rynku mogą funkcjonować. Także powód wskazywał na przykłady polskich twórców, którzy powierzyli zarząd swoimi prawami zagranicznym podmiotom. Słusznie zatem podniósł Prezes, że istnieje dla polskich autorów realna alternatywa wobec (...).

Bezpodstawny jest zarzut odwołania wskazujący na błędną wykładnię art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik poprzez przyjęcie, że znajduje on zastosowanie w sytuacji różnego traktowania dwóch grup twórców, tj. członków (...) oraz twórców nieposiadających takiego statusu. Wbrew temu, co sugeruje powód, w zaskarżonej decyzji wcale nie przyjęto, że podstawą stwierdzenia praktyki zakazanej ww. przepisem była dyskryminacja autorów niebędących członkami (...). Zakwestionowane zachowanie dotyczy bowiem wyraźnie tylko i wyłącznie relacji pomiędzy powodowym Stowarzyszeniem a „nie - członkami”, nie zaś relacji (...) z jego członkami. Pozwany nie łączył kwestii przeciwdziałania ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla rozwoju konkurencji na rynku zbiorowego zarządzania prawami

autorskimi do utworów muzycznych i słowno- muzycznych z dyskryminacją jednej z grup kontrahentów (...), uznał natomiast, że praktyka opisana w decyzji, zmierza do zniekształcenia mechanizmów konkurencji na rynku.

Zdaniem Sądu, oczywiste jest przy tym, że przy analizie antykonkurencyjnego charakteru zasad rezygnacji z powierzenia (...) zarządu prawami autorskimi przez autorów niestowarzyszonych, nie można było zaniechać odwołania do zasad, jakie obowiązują w tym zakresie członków Stowarzyszenia. Słusznie przy tym podniósł pozwany, że ustalenie, iż zasady te były względniejsze od kwestionowanych, co stanowiło dodatkowy argument przemawiający za bezzasadnością przyjęcia wobec „nie-członków” 5-letniego terminu powierzenia praw bez możliwości jego skrócenia.

Prezes UOKiK zasadnie przyjął, że w analizowanym przypadku (...) nadużywał przewagi kontraktowej wobec twórców niebędących członkami Stowarzyszenia. Autorzy ci musieli bowiem zgodzić się na to, że dopiero z upływem 5 lat będą mogli zrezygnować z zarządu (...) bez względu na to, kiedy złożą oświadczenie o wypowiedzeniu przeniesienia praw. Jednocześnie praktyka ta z całą pewnością nie była niezbędna dla zapewnienia skutecznego sprawowania zbiorowego zarządu powierzonymi Stowarzyszeniu prawami. Nie była też konieczna z punktu widzenia treści umów zawieranych przez (...) z użytkownikami praw oddanych pod jego zarząd. W rezultacie prawidłowo uznano, że praktyka stosowana przez powoda przeciwdziałała ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji. Sąd orzekający w niniejszym składzie podziela wyrażony w judykaturze pogląd, iż praktyka antykonkurencyjna opisana w art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik może występować nie tylko wtedy, gdy zachowanie dominanta wymierzone jest wprost w jego aktualnych lub potencjalnych konkurentów, lecz także wówczas, gdy zachowanie to - tak jak w przedmiotowej sprawie - adresowane jest wprost do jego kontrahentów. Ograniczenie twórcom możliwości wcześniejszego zakończenia współpracy z (...) jest bez wątpienia okolicznością prowadzącą do eliminacji konkurencji. Zniechęca to bowiem inne podmioty do wejścia na rynek i konkurowania z powodowym Stowarzyszeniem. Obowiązujące przepisy prawa, a w szczególności ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych (zwl. art. 104 i 107), nie przewidują natomiast prawnego monopolu jednego podmiotu w zakresie zbiorowego zarządzania majątkowymi prawami autorskimi. Wręcz przeciwnie, zakładają one istnienie wielu organizacji zarządzania zbiorowego, które mogą działać na określonych przez siebie polach eksploatacji, a wybór ozz należy do autora. W przedmiotowej sprawie zachowanie powoda, posiadającego bardzo silną faktycznie monopolistyczną pozycję, dotyczyło rynku, na którym wyjątkowo trudno o rozwój konkurencji, na co zresztą zwróciły uwagę obie strony. Nie oznacza to jednak, że wykluczone jest istnienie tej konkurencji. W ocenie Sądu, postanowienie umowy zawieranej przez (...) z „nie - twórcami”, przewidujące 5-letni okres przeniesienia praw bez możliwości wcześniejszego zakończenia wykonywania zarządu przez Stowarzyszenie, uniemożliwiało kontrahentom powoda zmianę podmiotu sprawującego zarząd. Jedynie na marginesie warto zauważyć, że zarząd prawami autorskimi przez organizacje zbiorowego zarządu nie jest obligatoryjny. Autorzy mają bowiem także możliwość np. osobistego sprawowania tego zarządu albo powierzenia go agentom. Opisana praktyka - jak słusznie podniósł pozwany - stawiała zatem pod znakiem zapytania ekonomiczny sens podejmowania działalności na przedmiotowym rynku przez nowe, krajowe organizacje zbiorowego zarządzania. Ograniczała także możliwość skorzystania przez polskich twórców z usług zagranicznych organizacji zajmujących się zbiorowym zarządzaniem prawami autorskimi.

Podnoszone w odwołaniu argumenty liczbowe (tj. dotyczące liczby twórców objętych kwestionowaną praktyką i tych spośród nich, którzy po zaniechaniu stosowania praktyki skorzystali z możliwości skrócenia okresu wypowiedzenia) są bez znaczenia dla oceny stosowania przez przedsiębiorcę praktyki wymierzonej w konkurencję. W kontekście art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik chodzi bowiem o samą potencjalną hipotetyczną możliwość negatywnego oddziaływania na konkurencję, a nie tylko rzeczywiste efekty tego zachowania.

Ponadto, należy zgodzić się z pozwanym co do tego, że nieliczne przypadki skracania okresu wypowiedzenia nie mają znaczenia dla oceny praktyki stosowanej przez (...). Były to bowiem sytuacje sporadyczne, wyjątkowe, które tylko potwierdzały obowiązującą zasadę postępowania przedsiębiorcy, podlegającą ocenie w przedmiotowym postępowaniu. Należy też zauważyć, że decyzje Stowarzyszenia miały w tym zakresie ściśle uznaniowy charakter.

Bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy pozostaje także - podnoszona przez powoda - okoliczność, że w orzecznictwie wspólnotowym praktyka wykluczająca była dotychczas oceniana wyłącznie w odniesieniu do

konkretnego, dotkniętego nią przedsiębiorcy, a nie stwierdzono póki co takiej praktyki „całkowicie spekulatywnej”, na której nie sposób dostrzec konkurenta. W świetle obowiązujących przepisów (zwłaszcza uokik), nie ma bowiem żadnych przeszkód ku temu, by dokonywać oceny negatywnego wpływu dominanta na mechanizmy działania konkurencji także w odniesieniu do potencjalnych kontrahentów, a nie tylko rzeczywistych. Słusznie stwierdza K. Kohutek, że art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik dla swego zastosowania nie wymaga stwierdzenia dyskryminacji między przedsiębiorcami (aktualnymi i/lub potencjalnymi konkurentami na określonym rynku). Dla jego zastosowania wystarczy bowiem stwierdzenie ustanowienia takich barier wejścia na rynek, że warunki powstania i rozwoju skutecznej konkurencji będą wyeliminowane lub istotnie ograniczone (głosa do wyroku SN z dnia 14 listopada 2008r., sygn. akt III SK 9/08, LEX/el.2009).

Sąd Okręgowy wskazał też, że podnoszone przez (...) w toku postępowania administracyjnego argumenty, wskazujące na trudności związane ze skróceniem okresu wypowiedzenia umowy wobec twórców niebędących członkami Stowarzyszenia (np. kosztowna zmiana systemu informatycznego), są całkowicie chybione. Skoro dla członków (...) przewidziano taką możliwość, to jest to dowód na to, że skrócenie okresu wypowiedzenia nie było niemożliwe i nie wiązało się z nadmiernymi trudnościami. Ponadto, dodatkowym argumentem, przemawiającym za słusznością rozstrzygnięcia zawartego w pkt II sentencji zaskarżonej decyzji, jest odejście przez (...) od stosowania zarzuconej praktyki.

Mając na uwadze powyższe argumenty, Sąd uznał zarzut naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik za bezzasadny.

W ocenie Sądu, nie zasługiwały także na uwzględnienie zarzuty sformułowane w pkt 2 i 4 odwołania, dotyczące naruszenia art. 106 ust. 1 pkt 1 i art. 111 w zw. z art. 112 uokik. W świetle powyżej poczynionych ustaleń, Prezes słusznie przyjął, że naruszenie prawa stwierdzone w pkt II sentencji decyzji miało „poważny charakter”. Oczywiście jest przy tym, że „Wyjaśnienia w sprawie ustalania wysokości kar pieniężnych za stosowanie praktyk ograniczających konkurencję” mają charakter pomocniczy, tłumaczą praktykę Prezesa UOKiK przyjętą w zakresie ustalania wymiaru kary i w żadnym wypadku nie mają waloru obowiązujących norm prawnych.

Sąd Okręgowy uznał za trafną argumentację pozwanego w zakresie definiowania i ustalania wysokości przychodu (...). W tym przedmiocie należy stwierdzić, że po pierwsze, orzeczona kara w wysokości 407.256 zł odpowiada 0,275% przychodu osiągniętego przez powoda w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary. Nie przekracza ona zatem maksymalnego wymiaru kary, ustalonego w art. 106 uokik na 10% tego przychodu (stanowi ok. 2,75% kary maksymalnej). Po drugie, w świetle obowiązującej ustawy antymonopolowej, w celu ustalenia wysokości kary pieniężnej należy uwzględnić przychód w rozumieniu przepisów o podatku dochodowym przedsiębiorców. Ustawodawca nie dokonał w tym zakresie zróżnicowania podmiotów, a przeciż każda branża, gałąź gospodarki - nie tylko rynek zbiorowego zarządzania prawami autorskimi - ma swoją specyfikę, co mogłoby uzasadniać wprowadzenie tu pewnych odrębności. Zdaniem Sądu, ich brak przesądza o tym, że nie ma prawnych podstaw ku temu, by kategorię „przychodu (...)” oceniać odmiennie od przychodu pozostałych przedsiębiorców. Jednocześnie bez znaczenia dla wyników niniejszego postępowania pozostaje toczące się postępowanie podatkowe w przedmiocie zasad obliczania przychodu (...). Po trzecie, należy zgodzić się z Prezesem, że bez znaczenia dla wysokości nałożonej kary pieniężnej jest to, że przewyższa ona - według obliczeń powoda - jego dochód po opodatkowaniu. Po czwarte, przy wymiarze kary Prezes prawidłowo uwzględnił okoliczności wskazane w art. 111 uokik, zwłaszcza stopień zawinienia przedsiębiorcy i uprzednie naruszenia ustawy antymonopolowej. W ocenie Sądu, wymierzona kara spełnia cel prewencji szczególnej, stanowiąc dolegliwość adekwatną do rozmiaru naruszenia przepisów prawa antymonopolowego.

Za bezpodstawny uznano także zarzut naruszenia art. 77 uokik i art. 263 § 2 k.p.a. Zdaniem Sądu, zasadne było uwzględnienie w kosztach postępowania antymonopolowego oraz części kosztów związanych z tłumaczeniem przysięgłym na język polski obcojęzycznych materiałów (np. pism Urzędów Ochrony Konkurencji innych państw). Wykorzystanie tych dokumentów w niniejszej sprawie było jak najbardziej usprawiedliwione. Niewątpliwie materiały te były bezpośrednio związane z rozstrzygnięciem sprawy i stanowiły dodatkowe źródło argumentów uzasadniających stanowisko organu administracyjnego. Należy stwierdzić, że wydatki na ten cel zostały poniesione w granicach niezbędnych potrzeb i z uwzględnieniem zasady gospodarności.

Jeśli zaś chodzi o kwestię obciążenia powoda całymi kosztami postępowania, Sąd uznał, że chociaż co do trzech zarzutów umorzono postępowanie antymonopolowe, to jednak wszystkie zebrane materiały i poniesione wydatki związane z prowadzoną w toku sprawy korespondencją można uznać za przydatne i zasadne, usprawiedliwione w postępowaniu dotyczącym zarzutu naruszenia art. 9 ust. 2 pkt 5 uokik. Nie sposób bowiem rozdzielić tych wydatków i przypisać ich dokładnie do poszczególnych zarzutów. Dodatkowo należy zauważyć, że powód wskazując na bezcelowość tłumaczeń materiałów obcojęzycznych, nie stwierdził równocześnie, iż były one potrzebne tylko na użytek zarzutów, co do których doszło do umorzenia postępowania.

Sąd wskazał, że nie można przenosić na grunt postępowania administracyjnego zasad orzekania o kosztach postępowania określonych w przepisach procesu cywilnego (kpc), a więc np. zasady stosunkowego rozdzielenia kosztów w zależności od stopnia przegrania/wygrania sprawy przez strony.

Na uwzględnienie nie zasługiwał również zarzut naruszenia art. 233 § 1 k.p.c. w zw. z art. 84 uokik. W ocenie Sądu, pozwany prawidłowo ustalił datę zaprzestania stosowania przez (...) kwestionowanej praktyki na dzień 11.4.2008r. Dopiero bowiem z chwilą wysłania kontrahentom, korzystającym z usług zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, informacji o zmianach w zasadach dotyczących wypowiedzenia umowy, doszło do faktycznego, dostrzegalnego dla twórców odstąpienia od dotychczasowej praktyki. Nie można uznać, iż samo podjęcie w tym zakresie stosownej uchwały przez właściwy organ Stowarzyszenia, jak również opublikowanie jej treści na stronie internetowej (...) stanowi dostateczną gwarancję, że zainteresowani zapoznają się z tą uchwałą (a w efekcie ewentualnie wykorzystają jej postanowienia). Zdaniem Sądu, wymóg ten spełnia dopiero pisemne zawiadomienie kontrahentów o wprowadzonych w uchwale zmianach i możliwości zmodyfikowania postanowień zawartej umowy. W dniu 11.4.2008r. (...) zakończyło wysyłanie przedmiotowej korespondencji do uprawnionych osób i z tą właśnie datą należy wiązać fakt wycofania się przez powoda z zarzuconej praktyki. Od kwestionowania prawidłowości przyjęcia tej daty ostatecznie odstąpił również sam powód. W „Załączniku do protokołu” stwierdził bowiem, że z przedmiotową datą „nie polemizuje, gdyż - w innym postępowaniu, zakończonym prawomocnym wyrokiem - taka data zmiany zasad sprawowania zbiorowego zarządu została przyjęta”.

Powyższy wyrok zaskarżył apelacją powód. Zarzucił zaskarżonemu wyrokowi naruszenie przepisów prawa materialnego :

1. art. 9 ust. 2 pkt. 5 uokik przez bezpodstawne przyjęcie, że powód stosował praktykę polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowania niezbędnych warunków powstania lub ograniczenia konkurencji, chociaż działanie powoda nie spełniało tych warunków
2. art. 106 ust. 1 pkt. 1 uokik przez nałożenie kary w sytuacji, gdy nie było ku temu podstaw, wobec braku zachowania wyczerpującego art. 9 ust. 2 pkt. 5 uokik
3. art. 11 uokik przez nałożenie na powoda kary w rażąco wygórowanej wysokości.

Naruszenie prawa procesowego:

1. art. 77 ust. 1 uokik przez obciążenie powoda kosztami postępowania antymonopolowego
2. art. 263 § 2 kpc w zw. z art., 83 uokik przez obciążenie kosztami tłumaczeń
3. art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 uokik przez niedokonanie oceny tłumaczeń
4. art. 233 §1 kpc w zw. z art. 84, 9 ust. 2 pkt. 5 , art. 77 uokik

Powołując się na powyższe wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku przez uchylenie decyzji w zakresie pkt. II,V,VI i umorzenie postępowania bez obciążania powoda kosztami postępowania ewentualnie o zmianę decyzji w części

dotyczącej kary i znaczne obniżenie lub odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej, ewentualnie o zmianę decyzji w zakresie rozstrzygnięcia o kosztach postępowania antymonopolowego przed Prezesem UOKiK.

Sąd Apelacyjny ustalił i zważył, co następuje:

Apelacja nie zasługuje na uwzględnienie.

Apelacja złożona przez powoda zarzuca naruszenie art. 9 ust.2 pkt. 5 uokik przez bezpodstawne przyjęcie, że powód stosował praktykę polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do rozwoju konkurencji, chociaż zachowanie powoda nie spełniało przesłanek zawartych w tym przepisie nie zasługuje na uwzględnienie, podobnie, jak i w zakresie ewentualnych zarzutów dotyczących nałożonej kary pieniężnej.

Przed odniesieniem się do jej zarzutów Sąd Apelacyjny podnosi, że w całości podziela ustalenia i rozważania poczynione przez Sąd Okręgowy.

Ponadto odnosząc się do apelacji wskazuje:

Sąd Okręgowy oddalając odwołanie powoda stanął na stanowisku, że powód nadużywa pozycji dominującej na rynku właściwym przez podejmowanie działań przeciwdziałających ukształtowaniu się niezbędnych warunków do powstania lub rozwoju konkurencji.

Za rynek właściwy uznano rynek świadczenia usług zbiorowego zarządzania prawami autorskimi, na terenie Polski. Z niekwestionowanych ustaleń wynika, że powód jest jedyną organizacją zbiorowego zarządzania na terenie Polski jest zatem podmiotem dominującym. Usługa zarządzania odbywa się:

1. W stosunku do członków Stowarzyszenia na podstawie zawartej z nimi umowy – stosunek członkostwa
2. W stosunku do nie – członków także na podstawie umowy, z tym że ta przybiera postać podpisywanego przez nie-członka Oświadczenia
3. W stosunku do zagranicznych autorów, na podstawie umowy z zagranicznymi organizacjami zbiorowego zarządzania (ozz).

Nie budzi także wątpliwości zakres rynku właściwego, jaki został ustalony przez Sąd Okręgowy, którym jest zbiorowe zarządzanie prawami autorskimi. Te ustalenia także są prawidłowe, nie były one kwestionowane przez powoda.

Okoliczność, że pozycja powoda jest pozycją dominującą na rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi nie budzi wątpliwości, a ustalenia Sądu Okręgowego w tej kwestii są prawidłowe i Sąd Apelacyjny w całości je podziela wraz z argumentacją zawartą w uzasadnieniu.

W tym miejscu wskazać trzeba, że wbrew twierdzeniu apelacji trafne są wywody Sądu Okręgowego o bezzasadności przytoczonych liczb, dotyczących twórców, którzy powierzyli powodowi zarząd ich prawami. Okoliczność ile osób powierzyło powodowi zarząd na podstawie oświadczenia, ile na podstawie zobowiązania stowarzyszeniowego, ile zaś nie powierzyło, nie ma znaczenia dla oceny rynku właściwego, nie ma też znaczenia dla oceny rozwoju konkurencji, bowiem poza sporem jest, że poza powodem na terenie Polski nie działa żadna organizacja zbiorowego zarządzania prawami autorskimi. Powód ma pozycję dominującą, jest bowiem jedyną organizacją zbiorowego zarządzania prawami i stosował określoną praktykę w zakresie zbiorowego zarządu prawami autorskimi do utworów w stosunku, do twórców nie – członków Stowarzyszenia.

Nie może bowiem ująć z pola widzenia, że ocena podejmowanych przez podmioty działające na rynku, ich postępowania z punktu widzenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów musi po części być oceną hipotetyczną. Ochrona konkurencji to nie tylko przeciwdziałanie wszelkim zachowaniom monopolowym, ale także zapobieganie możliwości ich podejmowania w przyszłości.

Nie są kwestionowane ustalenia odnośnie stosowania przez powoda praktyki powierniczego sprawowania zbiorowego zarządu prawami autorskimi w imieniu i na rzecz autorów nie- członków Stowarzyszenia. Praktyka ta polegała na przedstawianiu do podpisu „Oświadczeń o powierniczym sprawowaniu zarządu prawa autorskimi do utworów muzycznych lub słowno - muzycznych osoby, która Oświadczenia takie podpisała. Treść „Oświadczenia” była sporządzana przez powoda i zawierała ona postanowienia, że przeniesienie praw autorskich do w/w utworów wygasa z upływem lat 5 bez względu na moment złożenia oświadczenia woli o wygaśnięciu tego przeniesienia, niezłożenie , zaś powyższego oświadczenia automatycznie przedłużało zarząd na dalsze 5 lat. Podpisanie tego oświadczenia , oznaczało zawarcie umowy z twórcą niezrzeszonym, powierzającym sprawowanie zarządu prawami do wymienionych utworów, powodowi. Zawarcie zatem umowy miało niejako charakter przystąpienia, podpisania wzorca umownego, co należałoby dodatkowo podkreślić w ramach ustaleń poczynionych przez Sąd Okręgowy.

Analiza treści „Oświadczenia” nie może budzić wątpliwości, że działając w powyższy sposób powód gwarantował sobie na rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi pozycję niezagrożoną przez konkurenta, gdyby taki na rynku istniał lub uniemożliwiał wejście na rynek innemu konkurentowi, bowiem nawet, gdyby autor utworu dokonał wypowiedzenia umowy we wcześniejszym terminie, to i tak do wygaśnięcia przenoszonych mocą tej umowy praw do utworów muzycznych lub słowno – muzycznych, autorów nie członków Stowarzyszenia doszłoby z upływem 5 lat. Powód gwarantując sobie możliwość wygaśnięcia praw (w dłuższym okresie czasu) do powierzonych w ramach umowy utworów stawiał siebie w lepszej sytuacji od innych, nawet potencjalnych podmiotów, jakie mogłyby pojawić się na rynku. Przez taką praktykę zapewniał sobie nie tylko lepszą pozycję ekonomiczną, ale pozycję rynkową.

Istota praktyki z art. 9 ust. 2 pkt. 5 uokik polega na takim zachowaniu dominanta, które zapobiega ukształtowaniu się na rynku sytuacji, która pozwala na wejście na rynek nowych podmiotów lub uniemożliwia ekonomicznie uzasadnione funkcjonowanie i rozwój pozostałych uczestników rynku.(Komentarz pod redakcją T. Skoczego). Może to mieć miejsce wtedy, gdy postępowanie to negatywnie wpływa na strukturę rynku np. przez ograniczenie na rynku właściwym kręgu podmiotów świadczących te same lub tego samego rodzaju usługi. Idzie zatem o to by nie ograniczać mechanizmów rynkowych przez jednostronne dyktowanie warunków umów, by dostęp do rynku zapewniał równe szanse wszystkim jego uczestnikom w tym także potencjalnym. Słusznie wskazał Sąd, że w nauce przedmiotu akcentuje się antykonkurencyjny (wykluczający) charakter podejmowanej praktyki, która nakierowana jest na wywołanie niekorzystnego skutku dla konkurencji na rynku. Zachowania, które przeciwdziałają ukształtowaniu się niezbędnych warunków powstania lub rozwoju konkurencji, w sposób negatywny oddziałują lub mogą oddziaływać na strukturę rynku ,mogą one powodować wykluczenie innych przedsiębiorców z rynku, ograniczać im możliwość ekspansji rynkowej, wprowadzać bariery wejścia na rynek dla potencjalnych konkurentów itp. Istotny jest w tym wypadku stan zagrożenia konkurencji, "ingerencja jako taka w funkcjonowanie mechanizmów konkurencji" (A. Stawicki Komentarz). Wskazana wyżej praktyka powoda właśnie tak negatywnie oddziaływała na strukturę rynku.

Ustalenie to jednak nie jest wystarczające należy bowiem dalej ustalić czy zachowanie dominanta powoduje znaczne trudności, lub wręcz niemożliwość ukształtowania się niezbędnych warunków do powstania bądź rozwoju konkurencji. Ustawodawca, bowiem uznał, że tylko takie zachowanie dominanta, które przeciwdziała niezbędnym warunkom powstania lub rozwoju konkurencji, jest nadużyciem pozycji dominującej,

Za niezbędne warunki należy traktować te warunki , od których uzależnione jest powstanie lub rozwój konkurencji. Konkurencja na rynku to takie postępowanie przedsiębiorców, wymuszające stosowanie odpowiednich mechanizmów rywalizacji przez nich, prowadzący do maksymalnie możliwej efektywności. Innymi słowy dla istnienia, chronionej ustawą, konkurencji niezbędnym jest, by warunki, odzwierciedlające gry rynkowe przedsiębiorców z jednej strony wymuszały u nich działalność nastawioną na zwiększenie efektywności rozumianej, jako poprawę jakości, ilości, itp. towarów , z drugiej zaś, jako szczególną troskę o konsumenta, jako tego uczestnika rynku, który jest odbiorcą towaru, przy czym stosowane zasady postępowania powinny być zachowaniami mieszczącymi się nie tylko w sferze dozwolonych prawem zachowaniami, ale także nie mogą odbywać się kosztem innych uczestników rynku, w tym szczególnie konkurentów i konsumentów. Pomocnymi instrumentami, wskazówkami, z pewnością w ramach, oceny czy nie doszło do naruszenia lub ograniczenia niezbędnych warunków do powstania lub rozwoju konkurencji będzie

ocena postępowania przedsiębiorstw w świetle zasady swobody zawierania umów, swobodnej gry rynkowej, ale także zasad współżycia społecznego i społeczno- gospodarczego przeznaczenia prawa. Wskazówki te pozwolą na ocenę czy działania przedsiębiorców wymuszają odpowiednie mechanizmy rywalizacji, czy raczej zmierzają do zapewnienia jednemu lub grupie działających podmiotów lepszą pozycję lub też zmierzają do ograniczenia innych podmiotów działających na tym samym rynku właściwym.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy stwierdzić należy, że stosowanie przez powoda postanowień dotyczących wygaśnięcia powierzonych praw autorskich po upływie 5 lat bez względu na wypowiedzenie umowy zawartej, przez przystąpienie, po podpisaniu Oświadczenia, co stwierdził Prezes UOKiK, nie jest uzasadnione względami ekonomicznymi. Twierdzenie to nie zostało podważone w toku postępowania przez Sądem Okręgowym, a zatem należy uznać je za udowodnione.

Rozważyć zatem należy czy istotnie, tak, jak uznał Prezes UOKiK, i Sąd Okręgowy stosowanie przez powoda „Oświadczeń” w, którym znajdowało się postanowienie, o tym, że wypowiedzenie warunków sprawowania zarządu może mieć miejsce w określonych sytuacjach, oraz formie w stosunku do autorów nie członków powodowego Stowarzyszenia jest zachowaniem, które przeciwdziała warunkom niezbędnym do powstania bądź rozwoju konkurencji. Samo bowiem uznanie implikuje wniosek, że w ocenie tak Sądu, jak i Prezesa UOKiK warunkiem niezbędnym do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku zbiorowego zarządzania prawami autorskimi w imieniu autorów, którzy nie są członkami powodowego Stowarzyszenia jest swoboda nie tylko zawierania, ale także rozwiązywania umów o powiernicze sprawowanie zarządu prawami autorskimi. Dłuższe ograniczenie czasowe, wynikające z podpisania „Oświadczenia”, tę swobodę nieuzasadnienie ogranicza, a czyni to powód korzystając ze swej pozycji jedynej dotychczas organizacji zbiorowego zarządzania.

Analiza przedstawionej sytuacji w niniejszej sprawie wnioski ten potwierdza.

Trafnym, zdaniem Sądu Apelacyjnego jest konstatacja, że skuteczne zarządzanie indywidualne w związku z rozwojem nowoczesnych technologii, umożliwiających masową eksploatację dóbr chronionych prawem autorskim, jest w praktyce niemożliwe, lub co najmniej nieoptymalne, a zarząd kolektywny usprawnia wykonywanie praw.

Praktyka stosowana przez powoda powoduje związanie twórcy nie- członka z ZAiKSem na 5 lat, nawet gdyby w jej trakcie zdecydował się na rozwiązanie umowy zarządzania. W praktyce zbiorowy zarząd prawami nie jest optymalną formą zarządzania, regułą powinno być możliwe indywidualne zarządzanie, lecz jeśli indywidualny zarząd jest praktycznie niemożliwy, bądź nieoptymalny ozz powinny tak określać reguły zarządzania, by nadmiernie nie ograniczać uprawnionemu możliwości dysponowania prawami, w tym swobodnego decydowania, kto tymi prawami zarządza w jego imieniu i przez jaki okres.

Zbiorowy zarząd, jak podkreśla się w doktrynie prawa autorskiego to „prowadzenie kontroli użytku określonych dzieł, negocjowanie z przyszłymi użytkownikami licencji zbiorowych na określonych warunkach, pobieranie wynagrodzeń od użytkowników albo, w razie potrzeby, ściąganie ich na drodze sądowej, dystrybucja wynagrodzeń pomiędzy podmioty uprawnione”.(Prawo autorskie i prawa pokrewne . Komentarz pod redakcją J. Barty i R. Markiewicza M. Czajkowska – Dąbrowska, Z. Cwiakalski, K. Felchner E. Traple)

Działanie powoda polegające sprawowaniu zbiorowego zarządu nieprzerwanie przez okres 5 lat, a w razie niezłożenia oświadczenia o wygaśnięciu w odpowiednim czasie i formie automatyczne przedłużenie na dalszy okres 5 lat przeciwdziała ukształtowaniu się niezbędnych warunków konkurencji. Analiza treści „Oświadczenia” – umowy daje podstawę do sformułowania wniosku, że podpisanie jej prowadziło do zawarcia umowy na czas określony. Możliwość rozwiązania, wypowiedzenia umowy na czas określony w ramach systemu prawnego jest ograniczona o ile strony umowy nie postanowią inaczej. Umowa powierniczego powierzenia sprawowania zarządu prawami autorskimi polegała na powierniczym przeniesieniu autorskich praw majątkowych w zakresie zbiorowego zarządzania.

W przypadku zawarcia takiej umowy ozz działa we własnym imieniu na rachunek podmiotów uprawnionych z tytułu majątkowych praw autorskich. „Przeniesienie powiernicze w stosunkach z ozz nie ma charakteru zabezpieczającego

interesy fiducjariusza, ale służy wyłącznie wzmocnieniu pozycji prawnej podmiotu zarządzającego względem korzystających z utworów. Jak podkreśla Z. Radwański, czynność powiernicza obejmuje dwa powiązane ze sobą elementy: przeniesienie jakiegoś prawa przez powierzającego na powiernika, w następstwie czego powiernik może korzystać z przeniesionego prawa względem osób trzecich oraz zobowiązanie powiernika wobec powierzającego, że będzie z powierzonego mu prawa korzystał w ograniczonym zakresie, wskazanym treścią umowy powierniczej. Powyższa złożona struktura stosunku powierniczego stanowi podstawę dla określenia skutków prawnych w relacjach wewnętrznych (między powiernikiem i powierzającym), jak i zewnętrznych (między powiernikiem a osobą trzecią). W przypadku umów twórców z ozz mamy do czynienia wyłącznie z czynnościami powierniczymi typu zarządzającego, a więc z powierzeniem praw wyłącznie w interesie powierzającego”. (E. Traple Umowy o eksploatacje utworów w prawie polskim.).

Porównując zatem sprawowanie zarządu w ramach umowy powierniczej można byłoby porównać ją tak, jak to uczynił Prezes UOKiK do umowy agencyjnej, zlecenia czy też porównać ze „Zobowiązaniem organizacyjnym” wiążącym członków powoda z powodem. Analizując umowy z punktu widzenia możliwości ich rozwiązania za wypowiedzeniem wskazać należy, że w przypadku „zobowiązania organizacyjnego” termin przewidziany umową to 1 rok, zaś w przypadku umów zlecenia lub agencji

3 miesiące. Przyjęcie zatem, że złożenie oświadczenia o wygaśnięciu przeniesienia

(ergo wypowiedzenie zarządu) staje się skuteczne dopiero z upływem 5 lat bez względu na to kiedy zostanie złożone należy uznać za działanie nastawione na przeciwdziałanie powstaniu niezbędnych warunków ukształtowania się konkurencji

(tak co do jej powstania, jak i rozwoju). W tym miejscu warto przytoczyć pogląd autorów Prawo autorskie i prawa pokrewne - komentarz pod redakcją J. Barty i R. Markiewicza cytowane powyżej:

„Należy zaznaczyć, że Komisja Europejska uznaje, iż umowa powierzenia praw nie może zawierać postanowienia przewidującego zbyt długi okres wypowiedzenia i winna dopuszczać możliwość powierzenia tylko niektórych praw do danego utworu.”

Jeśli za przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji uznaje się podejmowanie działań, które utrudniają, względnie też nawet całkowicie uniemożliwiają podjęcie lub rozwój działalności gospodarczej konkurentom dominującego przedsiębiorcy, a w konsekwencji prowadzą do (co najmniej prawdopodobnie) wykluczenia konkurentów z rynku, to opisane zachowanie powoda nosi tego znamiona. Wykluczenie konkurentów oznacza, iż aktualni bądź potencjalni konkurenci danego dominującego przedsiębiorcy zostają całkowicie lub częściowo pozbawieni zyskowego dostępu do danego rynku, a konkretnie zostają zniechęceni do dalszej agresywnej ekspansji na tym rynku, do wejścia na dany rynek lub też zostają zachęceni do zejścia z niego.

(tak M. Szydło - Nadużywanie pozycji dominującej w prawie konkurencji.). Powyższe zatem przeczy argumentacji apelacji, że nie istnieje związek pomiędzy stosowaną klauzulą a brakiem konkurencji na rynku. Związek ten, jak wskazuje powyżej stanowisko doktryny wyraża się już w założonej sytuacji, że żaden przedstawiciel ozz poza powodem nie podjął działalności. Nie można bowiem abstrahować, że podjęcie działalności na rynku wiąże się z analizą tego rynku w zakresie jego potencjalnych możliwości. Te okoliczności wyjaśnił Sąd Okręgowy w uzasadnieniu swego wyroku i Sąd Apelacji ustalenia w tym zakresie, jak i rozważania podzielił.

Odwołanie powoda zarzucając wadliwość stanowiska Prezesa i w konsekwencji decyzji wskazywało, że naruszenie art. 9 ust. 2 pkt. 5 uokk nie ma miejsca, bowiem przepis dotyczy naruszenia rynku przez ograniczanie konkurencji i warunków niezbędnych do jej powstania i rozwoju, podczas, gdy Prezes uznał, że (...) stosuje praktyki dyskryminacyjne wobec autorów – członków i autorów- nie członków. Stanowisko to nie jest prawidłowe.

Wbrew pogładowi powoda Prezes UOKiK uznał, że stosowanie Oświadczenia w stosunku do autorów nie- członków spowodowało naruszenie warunków niezbędnych do powstania i rozwoju konkurencji, nie zaś stwierdzeniem dyskryminacji w stosunku do różnych podmiotów , którego prawami autorskimi powód zarządza.

Ustalenie, że Powód stosuje w stosunku do twórców nie członków Stowarzyszenia, jest stwierdzeniem istnienia określonej praktyki na rynku właściwym. Ustalenie, jakie poczynił Prezes UOKiK , a jakie podzielił Sąd Okręgowy jest ustaleniem prawidłowym. Powód ma pozycję dominującą, jest bowiem jedyną organizacją zbiorowego zarządzania prawami .

W orzecznictwie sądów unijnych koncepcję specjalnej odpowiedzialności spoczywającej na przedsiębiorstwach posiadających pozycję dominującą na rynku. Koncepcja ta zakłada, że na przedsiębiorstwach posiadających pozycję dominującą spoczywa specjalna odpowiedzialność za to, by nie podejmować działań, które mogłyby osłabić prawdziwą i niezakłóconą konkurencję na rynku. Ponosząc tę specjalną odpowiedzialność dominujące przedsiębiorstwo nie może podejmować żadnych działań, które mogłyby przeszkodzić w utrzymaniu lub rozwoju konkurencji wciąż jeszcze istniejącej na rynku, na którym, wskutek samej obecności dominującego przedsiębiorstwa, konkurencja jest osłabiona. Przedsiębiorstwa dominujące na rynku właściwym mają zdecydowanie większą niż inni przedsiębiorcy możliwość podejmowania działań wywierających szkodliwe skutki na rynku. Pozycja rynkowa tych przedsiębiorców może negatywnie oddziaływać na strukturę rynku oraz na warunki funkcjonowania jego uczestników i dlatego też ustawodawca zdecydował się uokik .nałożyć na nich, poprzez art. 9 ust. 2 pkt 5uokik obowiązek niestwarzania barier dla rozwoju konkurencji. Stwarzanie barier może przybierać różne postaci w tym także może zawierać takie postanowienia umowne, które stwarzają dominantowi bardziej pewną pozycję na rynku, jak również kontrolę tego rynku.

Nie zasługuje także na uwzględnienie zarzut apelacji sprzeczności polegający, na tym, że Prezes umorzył postępowanie w zakresie naruszenia przepisów prawa UE (art. 101, 102 TFUE) , zaś prowadził je dalej w zakresie naruszenie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. O tym, czy do danej praktyki ograniczającej konkurencję stosowane są wyłącznie przepisy prawa krajowego (przepisy Ustawy), czy również przepisy prawa UE (art. 101 lub 102 TFUE) decyduje to, czy dana praktyka "wywiera wpływ na handel między państwami członkowskimi". Jeżeli wpływ taki można wykazać, wówczas zachowania przedsiębiorców powinny być oceniane przez organ antymonopolowy równolegle na podstawie przepisów prawa unijnego oraz na podstawie przepisów prawa krajowego. Jeżeli wpływu takiego nie można wykazać, stosowane są wyłącznie przepisy polskiej Ustawy.

Nie są także trafne zarzuty dotyczące kary pieniężnej, jak i jej wysokości . W tym zakresie wskazać należy, że powód powtórzył w apelacji te same zarzuty, które podniósł w odwołaniu od decyzji Prezesa. Sąd Apelacyjny podziela stanowisko Sądu Okręgowego zawarte w uzasadnieniu, tak co do nałożenia samej kary pieniężnej, jak i jej wysokości. Sąd Okręgowy wskazał, że ustalając wysokość kary pieniężnej nie zostały naruszone żadne zasady, które wskazane zostały w art. 111 uokik. W ocenie Sądu kara uwzględnia tak okres, stopień oraz okoliczności naruszenia przepisów ustawy. Została ona nałożona w minimalnej wysokości, bowiem stanowi jedynie 2,75% kary, jaką Prezes mógłby nałożyć zgodnie z ustawą. Nie można zatem wywodzić, że jest ona nadmierna ani też, że nie uwzględnia wszelkich okoliczności naruszenia przepisów ustawy. Argumentacja odnosząca się do dochodu powoda nie może, jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy odnieść skutku, bowiem ustawodawca ustalając wysokość maksymalnej kary pieniężnej, ustalił ją jako pochodną przychodu, nie zaś dochodu. O naruszeniu zaś art. 112 uokik w niniejszej sprawie nie może być mowy, bo przepis ten dotyczy kwestii płatności kary, a zatem dotyka sfery ewentualnej egzekucji, nie zaś wymierzania kary.

Mając zatem na uwadze powyższe, Sąd Apelacyjny uznał, że apelacja powoda nie jest uzasadniona i na podstawie art. 385 kpc oddalił ją.

O kosztach Sąd Apelacyjny orzekł na podstawie art. 98 kpc w zw. z §13 ust. 2 i w

zw. z §18 ust. 2 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 września 2002 r w sprawie opłat za czynności adwokackie oraz ponoszenia przez Skarb Państwa kosztów nieopłaconej pomocy prawnej udzielonej z urzędu.