



PREZES  
URZĘDU OCHRONY  
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW  
TOMASZ CHRÓSTNY

ODPIS

Warszawa, 02 czerwca 2021 r.

DKK-2.421.74.2020.AI

**Sąd Okręgowy w Warszawie**  
**XVII Wydział Sąd Ochrony**  
**Konkurencji i Konsumentów**  
ul. Czerniakowska 100  
00-454 Warszawa

**Powód (Odwołujący):**

**Rzecznik Praw Obywatelskich**  
Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich  
Al. Solidarności 77  
00-090 Warszawa

**Pozwany:**

**Prezes Urzędu**  
**Ochrony Konkurencji i Konsumentów**  
Pl. Powstańców Warszawy 1  
00-950 Warszawa

**Zainteresowany:**

**Polski Koncern Naftowy Orlen SA**  
ul. Chemików 7  
09-411 Płock

Sygn. akt XVII AmA 43/21

Wartość przedmiotu sporu: nie dotyczy

## Odpowiedź pozwanego na odwołanie

Stosownie do wezwania Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 27 kwietnia 2021 r. doręzonego pozwanemu w dniu 4 maja 2021 r., działając w imieniu Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (pełnomocnictwo w załączeniu), przekazuję odpowiedź na odwołanie wniesione przez Rzecznika Praw Obywatelskich od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 5 lutego 2021 nr DKK-34/2021, w której Prezes Urzędu wyraził zgodę na przejęcie przez Polski Koncern Naftowy Orlen SA z siedzibą w Płocku (dalej „PKN Orlen”) kontroli nad Polska Press sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Polska Press”), wnosząc jednocześnie o:

1. oddalenie odwołania,
2. rozpoznanie sprawy na rozprawie,
3. w przypadku wyznaczenia przez Sąd posiedzenia przygotowawczego o zwolnienie strony pozwanej, tj. Prezesa UOKiK od obowiązku osobistego stawiennictwa,
4. zasądzenie od RPO na rzecz Prezesa UOKiK kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

### **Uzasadnienie**

W dniu 10 grudnia 2020 r. na podstawie art. 49 ust. 2 w związku z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 369 ze zm. – „ustawa o ochronie konkurencji”) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako „Prezes UOKiK”, „pozwany” lub „organ antymonopolowy”), na wniosek PKN Orlen wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, polegającej na przejęciu przez PKN Orlen kontroli nad Polska Press sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej „Polska Press”).

Decyzją nr DKK-34/2021 z dnia 5 lutego 2021 (dalej jako „Decyzja”) Prezes UOKiK na podstawie art. 18 w związku z art. 13 ust. 1 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji wyraził zgodę na dokonanie ww. koncentracji.

W dniu 5 marca 2021 r. od powyższej Decyzji wpłynęło do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej „RPO” lub „powód”) do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, w którym RPO zaskarżył Decyzję (dalej jako „odwołanie”), podnosząc zarzut naruszenia art. 18 w zw. z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji oraz art. 7 i art. 77 par. 1 kpa, a także art. 14 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, poprzez niewyjaśnienie w toku prowadzonego przez organ postępowania czy w wyniku dokonanej koncentracji na produktowym rynku właściwym, tj. rynku środków społecznego przekazu, w tym prasy, konkurencja nie zostanie istotnie ograniczona, a tym samym niewyjaśnienie czy w wyniku dokonanej koncentracji nie dojdzie do niedopuszczalnego ograniczenia wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, a w konsekwencji także do naruszenia wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, jednocześnie

wnosząc o:

1. wstrzymanie na podstawie art. 479<sup>30</sup> § 1 kpc wykonania zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK do czasu rozstrzygnięcia sprawy oraz
2. uchylenie zaskarżonej decyzji w całości.

Po zapoznaniu się z treścią odwołania pozwany podtrzymuje swoje stanowisko w przedmiotowej sprawie, przedstawione w zaskarżonej Decyzji. Ustosunkowując się do przedstawionych zarzutów, Prezes UOKiK przedstawi swoją argumentację według następującego porządku:

1. odniesienie się do zarzutu, że Prezes UOKiK nie zbadał koncentracji polegającej na przejęciu przez PKN Orlen kontroli nad Polska Press w kontekście jej wpływu na pluralizm mediów,
2. odniesienie się do zastosowanego w odwołaniu nieprawidłowego rozumienia pojęcia ochrony konkurencji, nieprawidłowego rozumienia celu i zakresu antymonopolowej kontroli koncentracji, w tym wyznaczania rynków właściwych, nieprawidłowego rozumienia pojęcia rynku właściwego oraz postulowanej przez RPO definicji tego rynku jako rynku środków społecznego przekazu,
3. przedstawienie argumentacji uzasadniającej dokonaną w zaskarżonej Decyzji ocenę badanej koncentracji jako zgodnej z prawem konkurencji,



4. odniesienie się do zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia przez Prezesa UOKiK potencjału innych przedsiębiorców działających w zakresie mediów, a kontrolowanych przez Skarb Państwa,
5. odniesienie się do zarzutu, jakoby wskazanie w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców definicji rynków, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym, wertykalnym i konglomeratowym wykraczało poza ustawową delegację zawartą w art. 94 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

**Ad. 1 Odniesienie się do zarzutu, że Prezes UOKiK nie zbadał koncentracji polegającej na przejściu przez PKN Orlen kontroli nad Polska Press w kontekście jej wpływu na pluralizm mediów**

Zarówno zarzut sformułowany przez RPO, jak i jego uzasadnienie wskazują, że w opinii powoda Prezes UOKiK jest organem, który w ramach kontroli koncentracji prowadzonej na podstawie ustawy o ochronie konkurencji ma prawo uwzględniać przesłanki takie jak ograniczenie wolności prasy i innych środków społecznego przekazu, naruszenie wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, czy też zachowania pluralizmu mediów. Z argumentacji przedstawionej w odwołaniu wynika także, że zdaniem RPO w związku z brakiem powołania w polskim systemie prawnym organu administracji, którego właściwość obejmowałaby ochronę wolności prasy, w tym zachowanie pluralizmu, lukę tę powinien zapełnić organ antymonopolowy, rozszerzając interpretując swoje kompetencje. Dodatkowo RPO podnosi, że Orlen, jako spółka z udziałem Skarbu Państwa, nie powinien mieć uprawnienia do przejmowania kontroli nad przedsiębiorcami działającymi na rynkach medialnych.

W ocenie pozwanego wskazane wyżej stanowisko RPO nie znajduje potwierdzenia ani w przepisach *ustawy o ochronie konkurencji*, ani w Konstytucji RP. Co więcej, przyjęta przez RPO interpretacja przepisów prawa stoi w sprzeczności z art. 7 Konstytucji RP (zasada praworządności), a także art. 20 i 22 Konstytucji RP (zasada swobody działalności gospodarczej).

W argumentacji RPO całkowicie pominięty został art. 7 Konstytucji RP, który stanowi, że organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa. Sąd Najwyższy w postanowieniu 7 sędziów Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2005 r. (sygn. WK 22/04) wyjaśnił

zasadę legalizmu (praworządności) określoną w tym artykule, wskazując, że zawiera on normę zakazującą domniemywania kompetencji takiego organu i tym samym nakazuje, by wszelkie działania organu władzy publicznej były oparte na wyraźnie określonej normie kompetencyjnej. Z kolei Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie dotyczącym art. 7 Konstytucji wskazał m. in., że *„Trybunał Konstytucyjny w swoim orzecznictwie zajmował w sprawie przepisów kompetencyjnych stanowisko zdecydowane, stwierdzając wielokrotnie, iż przepis kompetencyjny <podlega zawsze ścisłej wykładni literalnej, domniemanie objęcia upoważnieniem materii w nim nie wymienionych w drodze np. wykładni celowościowej nie może wchodzić w rachubę.>. (orzeczenie K. 5/86, zob. też P. 2/86, U. 6/87, K. 1/89, U 3/92, K. 11/93). Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego z konstytucyjnej zasady legalności jak również zasady demokratycznego państwa prawa wynika jednoznaczny wniosek, że w przypadku, gdy normy prawne nie przewidują wyraźnie kompetencji organu państwowego, kompetencji tej nie wolno domniemywać i w oparciu o inną rodzajowo kompetencję przypisywać ustawodawcy zamiaru, którego nie wyraził”<sup>1</sup> (podkreślenie pozwanego).*

Z zasady legalizmu wynika, że organ jest uprawniony do podjęcia działania jedynie w przepisanej przez prawo formie, na należytej podstawie prawnej i w zgodności z wiążącymi dany organ przepisami materialnymi.<sup>2</sup> Podkreślić też należy, że zasada legalizmu jest ściśle powiązana z zasadą demokratycznego państwa prawnego, a jej celem jest „*przeciwdziałanie dowolności i arbitralności działania organów państwa oraz poddanie tego działania kontroli w oparciu o kryterium zgodności z obowiązującym prawem. Działania organów bez podstawy prawnej i poza granicami prawa albo z naruszeniem tych granic są zawsze nielegalne i mogą rodzić odpowiedzialność konstytucyjną i karną osób te działania podejmujących, a także odpowiedzialność odszkodowawczą państwa.*”<sup>3</sup>

Przenosząc powyższe rozważania na grunt niniejszej sprawy należy wskazać, że określające właściwość Prezesa UOKiK przepisy prawa materialnego, tj. przepisy *ustawy o ochronie konkurencji*, nie zawierają podstawy prawnej pozwalającej Prezesowi UOKiK oceniać podlegające obowiązkowi zgłoszenia koncentracje pod kątem przesłanek takich jak „ograniczenie wolności prasy i innych środków społecznego przekazu”, „naruszenie wolności wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”, czy też „zachowania

<sup>1</sup> Uchwała TK z 10.05.1994 r., W 7/94, OTK 1994, nr 1, poz. 23.

<sup>2</sup> M. Zubik, W. Sokolewicz [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I, wyd. II*, red. L. Garlicki, Warszawa 2016, art. 7.

<sup>3</sup> M. Florczak-Wątor [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, wyd. II*, red. P. Tuleja, LEX/el. 2021, art. 7.

pluralizmu mediów”. Żaden też z przepisów tej ustawy, w szczególności jej art. 31, nie ustanawia Prezesa UOKiK organem właściwym w sprawach z zakresu ochrony pluralizmu mediów, w tym prasy.

Należy podkreślić, że wbrew twierdzeniom RPO<sup>4</sup>, zakres stosowania *ustawy o ochronie konkurencji* nie został określony w art. 2 tej ustawy, lecz w jej art. 1. Artykuł ten, którego treść w odwołaniu RPO całkowicie pomija, ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia określenia materialnoprawnych podstaw działania Prezesa UOKiK podejmowanych w zakresie kontroli koncentracji. Zgodnie z art. 1 ust 2 *ustawy o ochronie konkurencji*, reguluje ona zasady i tryb przeciwdziałania antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców. Treść przepisu wskazuje, że *ustawa o ochronie konkurencji* w sposób kompleksowy i wyczerpujący określa kompetencje Prezesa UOKiK w zakresie kontroli koncentracji oraz przesłanki badane w toku tej kontroli. Zgodnie z konstytucyjną zasadą legalizmu i wynikającą z niej koniecznością interpretacji przepisów kompetencyjnych w sposób ścisły i literalny Prezesowi UOKiK jako organowi antymonopolowemu dokonującemu kontroli koncentracji nie wolno zatem wyjść poza przepisy ustawy, chyba że same przepisy tej ustawy na to pozwalają (odsyłają do przepisów innych aktów prawnych). Uwzględnianie przez Prezesa UOKiK w toku badania zgodności z prawem konkurencji zgłoszonej koncentracji przesłanek wskazanych w innych ustawach lub z tych ustaw wywodzonych (np. w powoływanym przez RPO w odwołaniu art. 2 prawa prasowego), stanowiłoby działanie bez podstawy prawnej i poza granicami prawa, a zatem byłoby nielegalne. Stosowanie przez organ antymonopolowy przesłanek spoza *ustawy o ochronie konkurencji* byłoby przejawem niedozwolonej arbitralności działania organu, który miałby możliwość zdecydować o dopuszczalności lub niedopuszczalności danej transakcji na podstawie nieokreślonego (i nieprzewidywalnego) katalogu przesłanek dowolnie zapożyczanych z innych ustaw. Pozbawiłoby też przedsiębiorców biorących udział w transakcjach podlegających notyfikacji jakiegokolwiek pewności prawa, gdyż katalog przesłanek branych przy ocenie koncentracji pod uwagę przez organ byłby *de facto* nieograniczony. Przedsiębiorcy (zarówno ci, na których ciąży obowiązek zgłoszenia jak i ich kontrahenci) nie byłiby w stanie ocenić i przewidzieć, czy planowane przez nich transakcje są zgodne z prawem, a wysokie ryzyka biznesowe i prawne zniechęcałyby przedsiębiorców do dokonywania inwestycji.

---

<sup>4</sup> Str. 9 odwołania

Zasada praworządności nie pozwala także na wywodzenie kompetencji organu antymonopolowego z przepisów Konstytucji RP, które mają charakter ogólny, gdyż w przeciwnym razie powstawałyby wątpliwości, czy podejmując określone działania dany organ administracji rzeczywiście czyni to na podstawie i w granicach prawa. Kompetencje organów administracji powinny być określone w sposób wyraźny w ustawach i w nich precyzowane. Jak wskazuje się w orzecznictwie sądów administracyjnych *„Organy administracji publicznej są zobowiązane do działania zgodnie z przepisami prawa administracyjnego i związane są wykładnią pochodzącą od ich organów nadrzędnych. Nie mogą więc wydać decyzji administracyjnej, opierając się tylko na normie konstytucyjnej”*<sup>5</sup>. To z ustaw wynika, które organy administracji publicznej i w jakim trybie podejmują działania w celu realizowania określonych w Konstytucji RP obowiązków państwa, a ich kompetencje powinny być – jak to już zostało podkreślone - interpretowane w sposób ścisły. Stąd za nieprawidłowe uznać należy wywodzenie przez RPO kompetencji Prezesa UOKiK do uwzględniania w toku kontroli koncentracji przesłanki zachowania pluralizmu mediów bezpośrednio z art. 14 Konstytucji RP. Ani przepisy Konstytucji RP, ani *ustawy o ochronie konkurencji*, nie ustanawiają Prezesa UOKiK organem stojącym na straży wolności prasy czy też innych środków społecznego przekazu i nie przyznają mu w tym zakresie żadnych kompetencji. Sam fakt użycia w ww. art. Konstytucji RP sformułowania „państwo zapewnia” nie może czynić akurat organu antymonopolowego organem właściwym w tym zakresie, podobnie jak Prezes UOKiK nie jest organem realizującym, przykładowo, określony w art. 5 Konstytucji RP obowiązek zapewnienia przez państwo ochrony środowiska czy określony w art. 35 Konstytucji RP obowiązek zapewnienia ochrony mniejszości narodowych lub etnicznych. Co za tym idzie, organ antymonopolowy nie ma uprawnienia do uwzględniania tych wartości w toku wydawanych przez siebie decyzji z zakresu kontroli koncentracji (np. nie ma uprawnień do zakazania koncentracji ze względu na fakt, że przejęcia dokonuje przedsiębiorca nagminnie niestosujący się w swojej działalności do wymogów ochrony środowiska i uznawany za „truciciela”). Kompetencje Prezesa UOKiK są ściśle określone przepisami, których nie można interpretować rozszerzająco. Kompetencje te nie obejmują ochrony wolności i pluralizmu prasy i innych środków społecznego przekazu. Żadna inna ustawa również nie przyznaje Prezesowi UOKiK takich kompetencji.

---

<sup>5</sup> Wyrok WSA w Poznaniu z 26.01.2018 r., I SA/Po 1003/17, LEX nr 2448945 (utrzymany w mocy wyrokiem NSA z 17.12.2020 r., II FSK 2142/18, LEX nr 3109246).

Powyższe stanowisko Prezesa UOKiK potwierdzają także przywoływane w odwołaniu RPO poglądy doktryny<sup>6</sup>. W cytowanym tam Komentarzu do art. 14 Konstytucji RP jego autorzy stwierdzają, że dla realizacji prawa jednostki wynikających z tego artykułu konieczne jest „*stworzenie faktycznych przesłanek realizacji wolności mediów*”, a także „*sprecyzowanie obowiązków władz publicznych, służących zapewnieniu mediom rzeczywistej swobody działania*”. Zatem – jak wynika z poglądów doktryny – art. 14 Konstytucji RP sam w sobie nie określa wystarczająco obowiązków poszczególnych organów państwowych, konieczne jest w tym zakresie stworzenia przez ustawodawcę precyzujących tę kwestię przepisów prawa materialnego i procesowego. Jeśli chodzi o zachowanie pluralizmu prasy w związku z dokonywanymi na rynku prasy koncentracjami, takie szczególne przesłanki nie zostały w przepisach prawa określone, nie wyznaczono także organu właściwego w tym zakresie. Istniejąca, jak się wydaje, luka prawna nie może być jednak uzupełniona poprzez niezgodne z zasadą demokratycznego państwa prawnego domniemywanie i dotwarzanie organowi antymonopolowemu kompetencji i przesłanek działania.

W świetle przytoczonego wyżej orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego stanowisko przedstawione przez RPO w odwołaniu uznać należy za niezgodne z Ustawą Zasadniczą. Argumentacja RPO sprowadza się bowiem do niedozwolonego dotwarzania kompetencji Prezesa UOKiK, wynikającej z rzekomej konieczności przyjęcia przez ten organ na siebie obowiązków z zakresu ochrony pluralizmu mediów i wolności prasy.

Dodatkowo wskazać należy, że kompetencji organu do rozstrzygnięcia określonej sprawy nie można wywodzić z przepisów regulujących procedurę administracyjną, a tym bardziej – co oczywiste – nie da się z nich wyprowadzić podstawy materialnoprawnej (przesłanek), na podstawie których organy mają dokonywać rozstrzygnięć w ramach swoich kompetencji. Stąd za chybione należy uznać argumenty RPO, który z art. 7 kpa usiłuje wywieść rzekomy obowiązek Prezesa UOKiK zbadania pluralizmu mediów, gdyż takie badanie leżałoby „w interesie społecznym i słusznym interesie obywateli”<sup>7</sup>.

Za tym bardziej nieuzasadnione i pozbawione podstaw uznać należy podejmowane w uzasadnieniu odwołania próby wyinterpretowania kompetencji Prezesa UOKiK z Rezolucji Parlamentu Europejskiego. Rezolucja PE nie jest źródłem prawa powszechnie obowiązującego w UE, a tym w polskim porządku prawnym. Domniemywanie na tej podstawie kompetencji

---

<sup>6</sup> Str. 16 odwołania.

<sup>7</sup> Str. 15 odwołania



Prezesa UOKiK jest w oczywisty sposób niezgodne z Konstytucją RP. Pozwany podkreśla, że stanowisko RPO, zgodnie z którym skoro w polskim porządku prawnym koncentracja mediów nie została osobno uregulowana, to postanowienia – niewiążącej przecież – Rezolucji PE powinny być wdrożone „poprzez praktykę stosowania prawa przez organ antymonopolowy”<sup>8</sup> stoi w rażącej sprzeczności z przepisami Konstytucji RP (w szczególności z art. 2, 7, 20 i 22 Konstytucji RP). Taka interpretacja Rezolucji PE byłaby zresztą sprzeczna także z Kartą Praw Podstawowych UE, która w art. 52 ust. 1 stanowi, że wszelkie ograniczenia w korzystaniu z praw i wolności uznanych w KPP (w tym także wolności działalności gospodarczej uznanej w art. 16 KPP) muszą być przewidziane ustawą i szanować istotę tych praw i wolności. Nie mogą być zatem wywodzone z niewiążących dokumentów wydawanych przez instytucje unijne.

Niezależnie od powyższego pozwany wskazuje, że zarówno z Rezolucji PE jak i cytowanych w odwołaniu wypowiedzi doktryny (co zostanie szerzej omówione niżej) wynika, że możliwe i, zdaniem autorów tych publikacji, zasadne jest wprowadzenie w stosunku do koncentracji dokonywanych na rynkach medialnych przepisów bardziej restrykcyjnych niż w zakresie „zwykłej” kontroli koncentracji („stosowanie przepisów o koncentracji nie wyłącza jednak dalej idących środków, w tym chroniących pluralizm środków przekazu”)<sup>9</sup>. Pozwany nie podejmuje polemiki z tym poglądem. Jednocześnie jednak podkreślenia wymaga fakt, że w polskim porządku prawnym takie „dalej idące środki” nie istnieją. Jak zauważa sam RPO w odwołaniu, Polska jest jednym z krajów Unii Europejskiej (jak wynika z przytoczonej przez RPO publikacji – jedynym z szesnastu), który nie posiada szczególnych przepisów ochrony konkurencji w obszarze mediów<sup>10</sup>. W związku z tym w polskim porządku prawnym ocena koncentracji na rynkach medialnych i związanych z mediami odbywa się na takich samych zasadach, jak ocena koncentracji przedsiębiorców działających na innych rynkach. Ustanowienie odrębnych zasad kontroli transakcji podejmowanych przez przedsiębiorców działających na rynkach medialnych wymagałoby ustawowej regulacji (gdyż zgodnie z art. 22 Konstytucji RP ograniczenia swobody działalności gospodarczej muszą wynikać z ustawy), w której określono by zarówno konkretne przesłanki uprawniające do wydania zgody lub zakazu koncentracji, jak i ustanowiono by organ właściwy do dokonywania takiej oceny. Pozwany nie kwestionuje zasadności i konieczności ochrony pluralizmu mediów, w tym prasy.

<sup>8</sup> Str. 19 odwołania.

<sup>9</sup> Cytowany na str. 21 odwołania pochodzi z „*Współpraca KE z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*” prof. S. Dudzik.

<sup>10</sup> Monitoring Media Pluralism in the Digital Era. Raport 2020, European University Institute, str. 22 Odwołania

Być może konieczne jest stworzenie przepisów prawnych ustalających szczególne zasady oceny transakcji dotyczących przedsiębiorców prasowych (i innych środków masowego przekazu), które będą bardziej restrykcyjne niż przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz będą uwzględniać przesłanki pluralizmu środków masowego przekazu. Nie zmienia to jednak faktu, że w polskim systemie prawnym takie przepisy jak dotąd nie zostały wprowadzone.

Wskazać dodatkowo należy, że *de lege lata* nie istnieje także przepis zakazujący spółkom z udziałem Skarbu Państwa przejmowania spółek działających na rynku prasy lub innych środków społecznego przekazu. Tym bardziej nie istnieje więc przepis, który przyznawałby Prezesowi UOKiK kompetencje do egzekwowania takiego zakazu. Niezależnie od tego podkreślić należy, że żaden przepis Konstytucji RP czy ustaw nie czyni też Prezesa UOKiK organem właściwym w zakresie regulowania (w tym ograniczania) udziału właścicielskiego państwa w gospodarce.

Pozwany wskazuje także, że rozpatrywanie koncentracji Orlen-Polska Press przez pryzmat przesłanek nie uwzględnionych w *ustawie o ochronie konkurencji* byłoby sprzeczne nie tylko z art. 7, ale także z art. 20 i 22 Konstytucji RP. Zgodnie z art. 20 Konstytucji RP społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Natomiast zgodnie z art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Oba te przepisy Konstytucji należy odczytywać łącznie – art. 20 Konstytucji RP ustanawia wolność działalności gospodarczej, natomiast art. 22 dotyczy kwestii dopuszczalności ograniczania tej wolności.<sup>11</sup>

Przepisy *ustawy o ochronie konkurencji*, w szczególności art. 97 ustawy (który nakazuje wstrzymanie się przez przedsiębiorcę od dokonania koncentracji do czasu wydania zgody przez Prezesa UOKiK), stanowią niewątpliwie ograniczenie swobody działalności gospodarczej. Przesłanki brane pod uwagę, przy badaniu koncentracji, w szczególności przesłanki wydania zakazu koncentracji, muszą być zatem wyraźnie wskazane w przepisach ustawowych, tak by przedsiębiorca mógł ocenić, czy planowana przez niego transakcja jest dozwolona przez prawo

---

<sup>11</sup> L. Garlicki, M. Zubik [w:] M. Derlatka, K. Działocha, P. Sarnecki, W. Sokolewicz, J. Trzciniński, M. Wiącek, L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom I, wyd. II*, Warszawa 2016, art. 22.

i na podstawie jakich kryteriów będzie oceniana przez organ administracji. Jak wskazuje się w doktrynie, art. 22 Konstytucji RP „zawiera w sobie także nakaz dochowania odpowiedniej jakości unormowania ustawowego, zwłaszcza z punktu widzenia zasady określoności. Zarówno bowiem na tle klauzuli demokratycznego państwa prawnego (wynikających z niej „zasad przyzwoitej legislacji”), jak i na tle art. 31 ust. 3, wykluczone jest ustanawianie przepisów pozbawionych dostatecznego stopnia precyzji”<sup>12</sup>. Skoro zatem nie jest dozwolone ustalanie przesłanek ingerencji państwa w wolność gospodarczą poprzez ustanawianie przesłanek niewystarczająco określonych, tym bardziej za niezgodne z tym przepisem uznać należy uwzględnianie przy podejmowaniu przez organ rozstrzygnięć przesłanek w ogóle nie wskazanych wprost w przepisach jako przesłanki zgody lub zakazu na dokonanie koncentracji. Zgodnie z art. 20 ustawy o ochronie konkurencji, jedyną przesłanką wydania zakazu koncentracji stanowi istotne ograniczenie konkurencji na rynku, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku (przy czym – jak zostanie wyjaśnione niżej w pkt Ad. 2 niniejszej odpowiedzi na odwołanie - zarówno „konkurencja” jak i „rynek” mają w prawie konkurencji swój konkretny zakres znaczeniowy). Żaden inny przepis ustawy o ochronie konkurencji lub innych ustaw nie ustanawia innych przesłanek. Badanie koncentracji pod kątem innych przesłanek, co do których nie wskazano wyraźnie w ustawie, że znajdują zastosowanie przy badaniu koncentracji (np. przesłanki wskazane w art. 2 Prawa prasowego lub art. 14 Konstytucji RP), stanowiłoby naruszenie art. 22 Konstytucji RP. Za niezgodne z art. 22 Konstytucji RP uznać by należało także dokonywanie rozstrzygnięć co do zgody/braku zgody na koncentrację na podstawie niewiążących aktów, takich jak powoływana przez RPO Rezolucja Parlamentu Europejskiego.

Niezgodna z art. 22 Konstytucji RP jest także przyjęta w uzasadnieniu odwołania interpretacja przepisów, zgodnie z którą zakazane jest przejmowanie przedsiębiorcy działającego na rynku mediów przez spółkę z udziałem Skarbu Państwa. Obowiązujące obecnie przepisy ustaw nie przewidują takiego zakazu. W świetle art. 22 Konstytucji RP zakaz taki musi wynikać wyraźnie z ustawy, tym bardziej że ogranicza on swobodę działalności gospodarczej nie tylko spółek z udziałem Skarbu Państwa jako przedsiębiorców, lecz także przedsiębiorców będących ich potencjalnymi kontrahentami (np. w niniejszej sprawie dotychczasowego właściciela udziałów Polska Press).

---

<sup>12</sup> *Ibidem*



W tym miejscu pozwany pragnie odnieść się także do zawartej w odwołaniu błędnej, zdaniem pozwanego, interpretacji art. 20 Konstytucji RP. RPO wskazał bowiem, że przejęcie przez Orlen spółki Polska Press doprowadzi do stanu „niekonstytucyjnego”, gdyż przejęcie to jest równoznaczne, jak należy rozumieć, ze znaczącym wzrostem ingerencji państwa i jego uprawnień właścicielskich w gospodarce, w której zasadą jest brak aktywności państwa, co z kolei ma wynikać z art. 20 Konstytucji RP.

Zdaniem pozwanego, RPO w sposób nieznajdujący potwierdzenia w przepisach prawa utożsamia spółkę z udziałem Skarbu Państwa z państwem jako takim. Prezesowi UOKiK nie są znane przepisy prawa, które pozwalałyby na uznanie, że spółka z udziałem Skarbu Państwa może być utożsamiana ze Skarbem Państwa lub państwem. Wręcz odwrotnie, spółka taka nie może być uznawana za państwową osobę prawną. Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym<sup>13</sup>, która to ustawa zawiera uniwersalną definicję państwowej osoby prawnej<sup>14</sup>, państwową osobą prawną jest spółka, której akcjonariuszami są wyłącznie Skarb Państwa lub inne państwowe osoby prawne. Należy podkreślić, że wskazana definicja ustawowa uwzględnia poglądy Sądu Najwyższego, który w swoim orzecznictwie wskazywał m. in., że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której udziałowcami obok przedsiębiorstw państwowych są także osoby fizyczne, jest niepaństwową osobą prawną<sup>15</sup>.

Orlen wskazanej wyżej definicji państwowej osoby prawnej nie spełnia, zatem nie jest państwową osobą prawną. Zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami dotyczącymi akcjonariatu Orlen, w spółce tej większość akcji posiadają osoby prywatne<sup>16</sup>. W związku z tym nie może być uznany za państwową osobę prawną, a tym bardziej za Skarb Państwa lub państwo jako takie. Stąd twierdzenia RPO w tym zakresie uznać należy w ocenie pozwanego, za nieuzasadnione.

Podsumowując, w ocenie pozwanego, Prezes UOKiK nie miał uprawnień do oceny koncentracji Orlen-Polska Press na podstawie przesłanek niewskazanych w ustawie, w tym przy uwzględnieniu przesłanki pluralizmu środków masowego przekazu. Prezes UOKiK nie ma także kompetencji do zakazywania dokonywania przez spółki z udziałem Skarbu Państwa przejmowania przedsiębiorców medialnych (tym bardziej, że taki ustawowy zakaz nie istnieje).

<sup>13</sup> Tekst jedn. Dz.U. z 2020, poz. 735.

<sup>14</sup>por. A. Daszkiewicz [w:] *Zasady zarządzania mieniem państwowym. Komentarz*, Warszawa 2020, art. 3.

<sup>15</sup> Uchwała SN z 10.01.1992 r., III CZP 140/91, OSNC 1992, nr 6, poz. 109.

<sup>16</sup> <https://www.ornlen.pl/PL/RelacjeInwestorskie/Gielda/StrukturaAkcjonariatu/Strony/default.aspx>

Zastosowanie przez Prezesa UOKiK takich przesłanek byłoby nielegalne, jako sprzeczne z art. 7, 20 i 22 Konstytucji RP i stanowiłoby rażące naruszenie prawa.

Dodatkowo pozwany chce się odnieść do podniesionego przez RPO argumentu, jakoby zgodnie z poglądami doktryny dozwolone, a nawet konieczne było dokonywanie przez organy antymonopolowe w ramach kontroli koncentracji oceny przesłanek takich jak m. in. pluralizm mediów.

W ocenie pozwanego z powoływanych przez RPO publikacji płyną całkowicie odmienne wnioski. Zdaniem ich autorów zasadne jest wprowadzenie w stosunku do koncentracji dokonywanych na rynkach medialnych obok „zwykłej” kontroli na podstawie przepisów antymonopolowych, także dodatkowych przepisów, bardziej restrykcyjnych i obejmujących także kontrolę innych istotnych wartości. Wymaga to jednak wyraźnej woli ustawodawcy, który w powszechnie obowiązujących przepisach prawa powinien określić tryb i zasady ochrony tych innych wartości, w tym np. pluralizmu środków masowego przekazu.

H. Rostek w cytowanym przez RPO artykule<sup>17</sup>, analizując regulacje prawne w poszczególnych państwach UE wydane na podstawie art. 21 ust. 4 Rozporządzenia 139/2004/WE wskazuje, że *„Ponadto zapis artykułu 21(4) wymienionego Rozporządzenia pozwala państwom członkowskim na zastosowanie w sektorze mediów dodatkowych mechanizmów kontrolnych mających na celu ochronę pluralizmu. Poniższa analiza pokazuje, że wiele krajów skorzystało z tej możliwości i wprowadziło specyficzne przepisy antykoncentracyjne dla mediów.”* Zauważyła przy tym, że *„Regulacje mające przeciwdziałać nadmiernej koncentracji przedsiębiorstw zawarte są w prawie konkurencji, a te dotyczące mediów – bardziej szczegółowo w ustawach medialnych (...). W większości opisywanych krajów organy regulacyjne mediów są włączone w monitorowanie procesów koncentracji kapitału na rynku mediów.”*<sup>18</sup> Nadto stwierdza, że *„We wszystkich badanych krajach organ regulacyjny ds. mediów uczestniczy w różnym zakresie w analizowaniu procesów koncentracji na rynku mediów współpracując z organami ds. konkurencji lub w przypadku niektórych regulatorów zintegrowanych posiada odpowiednie kompetencje w tej kwestii”*<sup>19</sup> (podkreślenia pozwanego).

<sup>17</sup> Regulacje dotyczące koncentracji własności na rynku mediów w wybranych krajach, KRRiT, Departament Strategii, Warszawa 2015 s. 18 odwołania

<sup>18</sup> Str. 4 cytowanego artykułu

<sup>19</sup> str. 26 cytowanego artykułu.

Z powyższej publikacji wynika zatem, że w krajach UE:

- podstawą do badania koncentracji pod kątem pluralizmu są przepisy prawa odrębne od prawa konkurencji,
- badanie w ww. zakresie realizowane jest przez właściwy ds. mediów organ regulacyjny (nie przez organ ds. ochrony konkurencji) lub przez regulatora zintegrowanego.

Podobne stanowisko wyraża także P. Stępka, w cytowanej przez RPO publikacji „*Unia Europejska względem zjawiska koncentracji własności mediów*”<sup>20</sup>. RPO w odwołaniu cytuje artykuł pomijając istotny jego fragment. Cytat w całości brzmi następująco: „*Ze względu na szczególną rolę mediów w systemie demokratycznym konieczność zachowania pluralistycznego charakteru tego rynku jest silniejsza niż w przypadku innych branż. Dlatego kluczowe dla niniejszego artykułu pojęcie koncentracji własności mediów nie powinno być utożsamiane z charakterystycznym dla prawa konkurencji terminem koncentracji przedsiębiorstw. O ile bowiem prawo antymonopolowe odwołuje się do pojęcia dominującej pozycji rynkowej danego podmiotu (dominant market position), o tyle termin koncentracji własności mediów wiąże się z tzw. dominującą pozycją opiniotwórczą danej firmy medialnej (dominant power of opinion)*” (pogrubioną czcionką zaznaczono fragment cytatu pominięty w odwołaniu). Z pominiętego w odwołaniu RPO fragmentu wynika więc wprost, że należy odróżnić kontrolę koncentracji podejmowaną przez organ antymonopolowy zgodnie z prawem konkurencji, od kontroli „koncentracji własności mediów” (w tym tworzenie dominującej pozycji opiniotwórczej danego przedsiębiorcy medialnego), która może być podejmowana jedynie na podstawie właściwych przepisów regulujących „koncentrację własności mediów”. Badanie koncentracji na podstawie prawa antymonopolowego odbywa się zatem na tych samych zasadach wobec wszystkich przedsiębiorców, w tym także przedsiębiorców działających na rynkach medialnych.

Podobne niedokładności, wpływające na prawidłowe rozumienie intencji autora, dotyczą także cytowanych w odwołaniu fragmentów monografii prof. S. Dudzika pt. „*Współpraca KE z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*”. Autor ten omawiając przesłankę „pluralizmu środków przekazu” wskazuje w pierwszej kolejności, że „*Uzasadnionym interesem, którego ochrona może stać się przesłanką zastosowania wobec*

---

<sup>20</sup> Str. 18 odwołania.

*danej koncentracji określonych środków krajowych, jest pluralizm środków przekazu” (co zostało pominięte w cytacie przytoczonym w odwołaniu RPO).<sup>21</sup>*

Całościowe i wierne przytoczenie fragmentu pracy S. Dudzika umożliwia prawidłowe zrozumienie twierdzeń autora, a mianowicie, że prawo UE dopuszcza możliwość wprowadzenia przez Państwa członkowskie odpowiednich krajowych regulacji (środków krajowych), stanowiących dotatkowe w stosunku do przepisów prawa ochrony konkurencji ograniczenia koncentracji z uwagi na pluralizm mediów. Potwierdza to także inny fragment z cytowanej monografii, gdzie autor wskazuje, że „*celem [unijnej kontroli koncentracji – przypis pozwanego] jest ochrona skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym (por. art. 2 rozporządzenia), co nie wyłącza jednak dalej idących środków, w tym chroniących pluralizm środków przekazu, stosowanych zarówno na szczeblu unijnym (np. dyrektywa "telewizja bez granic"), jak i krajowym (w oparciu o art. 21 ust. 4 rozporządzenia)*” (pierwsze i ostatnia część tego cytatu zostały w odwołaniu RPO pominięte)<sup>22</sup>.

Ze wskazanej publikacji wynika zatem, że pluralizm mediów może być chroniony na podstawie przepisów regulujących koncentracje na rynkach medialnych, tj. na podstawie przepisów różnych od „zwykłego” prawa konkurencji, a prawo konkurencji nie ma za zadanie zapobiegać wszelkim możliwym niepożądanym aspektom przejęć, lecz wyłącznie chronić efektywną konkurencję rynkową. Treść publikacji nie pozwala przyjąć, by w przypadku, gdy ustawodawca krajowy nie wprowadzi takich dalej idących przepisów, organy administracji publicznej państw członkowskich mogły *ad hoc* stosować dodatkowe ograniczenia swobody działalności gospodarczej (jaką jest w istocie kontrola koncentracji). To państwa członkowskie jako ustawodawcy krajowi mają możliwość wprowadzenia takich przepisów.

Jak wynika z powyższego, poglądy doktryny wspierają stanowisko prezentowane przez Prezesa UOKiK w zaskarżonej Decyzji i niniejszej odpowiedzi na odwołanie.

**Ad. 2. Odniesienie się do zastosowanego w odwołaniu nieprawidłowego rozumienia pojęcia ochrony konkurencji, nieprawidłowego rozumienia celu i zakresu antymonopolowej kontroli koncentracji, w tym wyznaczania rynków właściwych,**

---

<sup>21</sup> Str. 21 odwołania

<sup>22</sup> Str. 21 odwołania

## **nieprawidłowego rozumienia pojęcia rynku właściwego oraz postulowanej przez RPO definicji tego rynku jako rynku środków społecznego przekazu**

Przedstawiona w odwołaniu RPO argumentacja świadczy o niezrozumieniu celu i zakresu prowadzonej na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i kontroli koncentracji, założeń stojących u podstaw metodologii stosowanej przy ocenie koncentracji, w tym także znaczenia i sposobu wyznaczania rynku właściwego. Z tego względu pozwany pragnie zwięźle wyjaśnić te kwestie oraz odnieść się do twierdzeń zawartych w odwołaniu.

Podstawowym ustawowym zadaniem Prezesa UOKiK jest prowadzona w interesie publicznym ochrona konkurencji przed ograniczeniem ze strony przedsiębiorców zawierających porozumienia ograniczające konkurencję, nadużywających pozycji dominującej, czy też tworzących większe organizmy gospodarcze w drodze koncentracji. Powyższej ochronie podlega konkurencja rozumiana nie według potocznego znaczenia tego słowa, lecz jako mechanizm ekonomiczny, prowadzący do optymalnej alokacji zasobów oraz stymulujący innowację.

W ocenie Sądu Najwyższego (wyrok z dnia 19 października 2006 r., III SK 15/06) „[p]o pierwsze, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zapewnia istnienie mechanizmu konkurencji na rynku, jako optymalnego sposobu podziału dóbr między członków społeczeństwa. Konkurencja jest zjawiskiem ze wszech miar pozytywnym. Prowadzi do podniesienia efektywności całej gospodarki. Wymusza dbanie o konsumentów i ich interesy, poprzez oferowanie im coraz lepszych produktów, dodatkowych usług, nowych technologii, itp. Dlatego ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów chroni mechanizm konkurencji przed wszelkiego rodzaju próbami jego ograniczenia, eliminacji lub zniekształcenia przez jedną z grup uczestników rynku - przedsiębiorców. Po drugie, pod pojęciem konkurencji należy rozumieć proces rywalizacji niezależnych przedsiębiorstw, który prowadzi do podniesienia poziomu dobrobytu konsumentów [...]. Zachowania przedsiębiorstw, które prowadzą do wzrostu produkcji lub sprzedaży, obniżenia cen, postępu technicznego oraz poszerzenia oferty rynkowej, zwiększenia zakresu wyboru dostępnego konsumentom należy oceniać pozytywnie, jako służące realizacji postulatu najpełniejszego zaspokojenia potrzeb konsumentów przez działających w sposób wolny od ingerencji organów państwa przedsiębiorców”.

Analogiczne stanowisko prezentuje doktryna. Jak wskazuje komentarz do ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów pod redakcją E. Stawickiego „[konkurencja jest więc określonym mechanizmem funkcjonowania gospodarki, takim który poprzez rywalizację i wzrost



*efektywności uczestników gry rynkowej prowadzi do optymalnej alokacji zasobów, a w konsekwencji do obniżania kosztów produkcji (działalności) i przez to do upowszechniania (zwiększenia dostępności) towarów i usług, do innowacyjności, do wzrostu dobrobytu społeczeństwa.”<sup>23</sup>.*

Wątpliwości co do celu i zakresu kontroli koncentracji dokonywanego na podstawie przepisów prawa konkurencji nie pozostawia również Komisja Europejska, która w punkcie ósmym Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw<sup>24</sup> wyjaśnia, iż *„[skuteczna konkurencja daje konsumentom korzyści, np. niskie ceny, wysokiej jakości produkty, duży wybór produktów i usług oraz innowacje. Poprzez kontrolę połączeń Komisja zapobiega takim połączeniom, które mogłyby pozbawić klientów tych korzyści poprzez znaczne wzmocnienie siły rynkowej przedsiębiorstw. Poprzez "wzmocnioną siłę rynkową" rozumie się zdolność jednego lub więcej przedsiębiorstw do opłacalnego podnoszenia cen, zmniejszania produkcji, wyboru lub jakości produktów i usług, zmniejszenie innowacyjności lub wpływanie w inny sposób na parametry konkurencji.”.*

Powyższe jasno wskazuje, że interwencje organu antymonopolowego skierowane są wyłącznie przeciw zachowaniom przedsiębiorców, które zmniejszają (mikro)ekonomiczną efektywność funkcjonowania rynków. Zachowania rynkowe, w tym koncentracje, mogą, oczywiście, prowadzić również do szeregu innych negatywnych zjawisk. Przykładowo, przejęcia niektórych strategicznych przedsiębiorstw mogą godzić w bezpieczeństwo państwa, koncentracje między uczestnikami rynku finansowego mogą podważać stabilność systemu finansowego, wreszcie, jak wskazuje powód, przejęcia w branży medialnej mogą prowadzić do dominacji jednej opcji politycznej lub światopoglądowej w środkach masowego przekazu. Zagrożenia takie nie podlegają jednak ocenie ze strony organów ochrony konkurencji – oceną taką zajmują się wyspecjalizowane instytucje, odpowiedzialne za bezpieczeństwo państwa, czy też stabilność systemu finansowego (np. Komisja Nadzoru Finansowego). Jak słusznie zauważa były główny ekonomista ds. konkurencji Komisji Europejskiej, prof. Massimo Motta, skupienie polityki konkurencji na zapewnieniu ekonomicznej efektywności funkcjonowania rynków nie oznacza, że inne cele polityki publicznej nie są istotne, implikuje jedynie, że rząd, jeśli chce te

<sup>23</sup> A. Stawicki, W. Kulczyk [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, red. E. Stawicki, Warszawa 2016, art. 1.

<sup>24</sup> Wytyczne Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03)

cele osiągnąć, nie powinien do tego używać polityki konkurencji, lecz innych instrumentów, które zniekształcają konkurencję w możliwie najmniejszym stopniu<sup>25</sup>.

Przeciwdziałanie antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców dokonywane jest przez organy ochrony konkurencji zgodnie z wypracowaną na przestrzeni wielu lat i uwzględniającą wiedzę ekonomiczną metodologią. Teoretyczne i empiryczne badania ekonomiczne, jak również praktyka urzędów ochrony konkurencji wskazują na szereg scenariuszy, w ramach których może dojść do istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku koncentracji. Scenariusze takie opisane są w publikowanych przez szereg organów ochrony konkurencji dokumentach, zawierających wyjaśnienie ich podejścia do oceny koncentracji<sup>26</sup> i stanowią powszechnie przyjęte ramy dla oceny zgłaszanych koncentracji z punktu widzenia ochrony konkurencji.

Pierwsza i najważniejsza grupa możliwych antykonkurencyjnych scenariuszy obejmuje koncentracje **horyzontalne**, tj. koncentracje między bezpośrednimi konkurentami – przedsiębiorcami działającymi na tym samym rynku, walczącymi o tych samych klientów. Swoimi decyzjami co do warunków, na których oferują towary, konkurenci wywierają na siebie wzajemnie presję konkurencyjną. O wielkości sprzedaży przedsiębiorcy nie decyduje bowiem wyłącznie oferowana przez niego cena, ale przede wszystkim ceny oferowane przez jego konkurentów. Koncentracja między konkurentami zmniejsza ich liczbę i tym samym presję konkurencyjną, jaka jest na każdego z nich wywierana przez pozostałych uczestników rynku.

W szczególności jeśli na rynku działa niewielu konkurentów (rynek jest skoncentrowany), fuzja między dwoma z nich prowadzi do sytuacji, w której presja konkurencyjna, jaką na siebie wzajemnie wywierali, zniknie, umożliwiając im oraz pozostałym uczestnikom takiego rynku podniesienie cen. Uczestnicy koncentracji mogą być również szczególnie bliskimi konkurentami. Fuzja takich bliskich konkurentów tworzy im silne bodźce do podniesienia cen, ponieważ klienci rezygnujący z produktu, którego cena została podniesiona (produkt pierwszego uczestnika transakcji), w zdecydowanej większości zaczną nabywać najbliższy substytut – produkt drugiego uczestnika transakcji. Tym samym podwyżka cen jednego z produktów zwiększy zyski z jego sprzedaży, natomiast nie spowoduje istotnej utraty klientów,

---

<sup>25</sup> M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge 2004, s. 30.

<sup>26</sup> Jako przykład można wskazać tu wyjaśnienia Komisji Europejskiej (Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03) oraz Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 265/07)).



ponieważ niezadowoleni z podwyżki klienci przeniosą swój popyt z jednego produktu nowopowstałej firmy na drugi.

Koncentracje między konkurentami mogą również prowadzić do niekorzystnych dla konkurencji efektów skoordynowanych. Mogą one wystąpić wówczas, gdy uczestnicy oligopolistycznego rynku (tj. rynku, na którym funkcjonuje niewielu przedsiębiorców, a ich decyzje strategiczne, w szczególności dotyczące poziomu cen, są silnie współzależne) mogą dzięki koncentracji usunąć przeszkodę dla skutecznej koordynacji zachowań na rynku. Przykładowo, jeśli na rynku funkcjonuje trzech dużych przedsiębiorców preferujących „spokojne życie”, bez angażowania się w intensywną konkurencję, zaś na rynek wchodzi czwarty podmiot, który okazuje się być agresywnym konkurentem, za wszelką cenę dążącym do szybkiego zwiększenia udziału w rynku, „spokojne życie” staje się niemożliwe i dotychczasowi uczestnicy rynku muszą podjąć – kosztem zysków - walkę konkurencyjną lub liczyć się z szybką utratą klientów. Przejęcie takiego agresywnego konkurenta przez jednego z uczestników rynku pozwoliłoby na powrót do wyjściowej, niekonkurencyjnej równowagi rynkowej, z mniej korzystną dla klientów ofertą, za to wyższymi zyskami.

Koncentracje horyzontalne, z uwagi na ich bezpośredni, negatywny wpływ na presję konkurencyjną (poprzez eliminację z rynku konkurenta) są potencjalnie najgroźniejsze dla konkurencji. Do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku mogą jednak również prowadzić koncentracje **niehoryzontalne**, tj. takie, których uczestnicy ze sobą nie konkurują.

Uczestnikami koncentracji **wertykalnych** są podmioty działające na kolejnych szczeblach obrotu, tj. będące dla siebie dostawcami lub odbiorcami. Podstawowym zagrożeniem dla konkurencji związanym z takimi koncentracjami jest wykluczenie/zamknięcie dostępu do rynku konkurentom (ang. *foreclosure*). Podmiot posiadający silną pozycję na kolejnych szczeblach obrotu może:

- utrudniać konkurentom na niższym szczeblu obrotu dostęp do surowca (ang. *input foreclosure*, np. dominujący wytwórca butów, posiadający jednocześnie sieć ich sprzedaży detalicznej może odmówić sprzedaży własnych butów konkurentom na rynku sprzedaży detalicznej butów bądź też sprzedawać im je na niekorzystnych warunkach, w celu podniesienia cen detalicznych butów i zwiększenia własnych zysków na tym rynku),
- utrudniać konkurentom na wyższym szczeblu obrotu dostęp do kanałów dystrybucji (ang. *customer foreclosure*, np. ważny dystrybutor butów, będący zarazem ich znaczącym

producentem, może odmawiać producentom innych marek dostępu do swojej sieci detalicznej, w celu osłabienia rywali na rynku produkcji butów).

Ostateczne skutki koncentracji zależą nie tylko od możliwości wywarcia negatywnego wpływu na konkurencyjność rywali na wyższym lub niższym szczeblu obrotu, ale również opłacalności takiego zachowania po stronie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji. Jeśli wykluczanie konkurentów będzie się wiązało z kosztami przewyższającymi ewentualne korzyści (np. utrudnienie konkurentowi dostępu do określonego surowca wpłynie jedynie w niewielkim stopniu na jego konkurencyjność na niższym szczeblu obrotu, natomiast istotnie ograniczy zyski ze sprzedaży tego surowca), strategia taka będzie nieopłacalna i racjonalny, dbający o zyski przedsiębiorca nie będzie jej stosować.

Koncentracje **konglomeratowe** mają miejsce między podmiotami, które nie są ani konkurentami, ani nie łączą ich relacje typu dostawca-odbiorca. Mogą one prowadzić do ograniczenia konkurencji, jeśli uczestniczą w nich przedsiębiorcy funkcjonujący na ściśle powiązanych rynkach, w szczególności dostawcy dóbr komplementarnych, względnie produktów kupowanych przez odbiorców co do zasady wspólnie i mających to samo ostateczne zastosowanie. Podobnie jak w przypadku koncentracji wertykalnych, zagrożeniem dla konkurencji jest wykluczanie konkurentów z rynku. W przypadku koncentracji konglomeratowych narzędziem to umożliwiającym może być wiązanie produktów i sprzedaż pakietowa.

Przykładowo, dominujący sprzedawca jednego produktu, decydując się na jego sprzedaż wyłącznie z innym produktem, może znacząco ograniczyć sprzedaż dostawców drugiego produktu, jeśli produkty te są co do zasady nabywane razem (np. system operacyjny dla komputerów osobistych i przeglądarka internetowa). Nabywając pierwszy produkt, znaczna część klientów zaspokoi bowiem również swój popyt na produkt drugi, sprzedawany w pakiecie z produktem pierwszym. Konkurenci, w obliczu znacząco zmniejszonej sprzedaży, mogą nie być w stanie pokryć kosztów stałych i w konsekwencji opuścić rynek. Ostateczne prawdopodobieństwo wystąpienia antykonkurencyjnych skutków koncentracji konglomeratowej, analogicznie do koncentracji wertykalnych, zależy nie tylko od możliwości negatywnego wpływu na konkurentów, ale również opłacalności strategii wykluczeniowej – jeśli strategia taka będzie nieopłacalna dla nowopowstałego przedsiębiorcy, nie będzie miał bodźców, by się w nią angażować.



Koncentracje niehoryzontalne, podobnie jak horyzontalne, mogą również wywoływać negatywne efekty skoordynowane, jeśli w ich wyniku koordynacja zachowania między konkurentami stanie się łatwiejsza. Może się tak stać, jeśli – przykładowo – w wyniku koncentracji niehoryzontalnej nowopowstały podmiot uzyska zdolność do wykluczenia z rynku szczególnie agresywnego konkurenta i powrót do niekonkurencyjnej równowagi rynkowej.

Rozważania dotyczące możliwego wpływu koncentracji na konkurencję nie mogą odbywać się w próżni i abstrahować od faktycznej sytuacji rynkowej. Niezbędne dla powyższej oceny jest narzędzie pozwalające ocenić, na ile silne są relacje konkurencyjne między uczestnikami koncentracji oraz między nimi i innymi przedsiębiorcami. Innego bowiem wpływu na konkurencję można oczekiwać po połączeniu dwóch nieznaczących dostawców określonego produktu, innego natomiast w przypadku fuzji między dwoma głównymi podmiotami na rynku. Narzędziem takim jest rynek właściwy, zdefiniowany w art. 4 pkt 9 *ustawy o ochronie konkurencji* jako 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. Pozwala on na identyfikację konkurentów łączących się przedsiębiorców, którzy są istotni z punktu widzenia rozpatrywanych scenariuszy wpływu koncentracji na konkurencję oraz systematyczną ocenę presji konkurencyjnej, jaką wywierają na uczestników koncentracji. Umożliwia to osadzenie ww. scenariuszy w rzeczywistości gospodarczej i możliwie pewną predykcję wpływu koncentracji na proces konkurencyjny.

Identyfikacja podmiotów działających na rynku właściwym odbywa się zarówno w wymiarze produktowym („producenci jakich produktów konkurują z uczestnikami koncentracji?”), jak i geograficznym („przedsiębiorcy z jakiego obszaru konkurują z uczestnikami koncentracji?”). Samo wskazanie wymiaru produktowego lub geograficznego nie pozwala na identyfikację rynku, na którym występuje konkurencja. W pierwszym przypadku wiadomo jedynie, jakiego rodzaju przedsiębiorstwa wywierają presję konkurencyjną na uczestników koncentracji, jednak nie wiadomo, czy są to podmioty znajdujące się w bezpośrednim sąsiedztwie zakładów uczestników koncentracji, w całym kraju, Europie, czy może na świecie. Z kolei w drugim przypadku wiemy jedynie, że konkurentami uczestników koncentracji są przedsiębiorcy działający na określonym obszarze (np. kraju), jednak nie da się stwierdzić, jakiego rodzaju produkty lub usługi dostarczają.



Podstawowym wyznacznikiem przynależności produktów do jednego rynku produktowego jest substytucyjność popytowa – presja konkurencyjna wynikająca z zamienności produktów z punktu widzenia kontrahentów. Dwa produkty należą do tego samego rynku właściwego, jeśli w reakcji na niewielki lecz trwały wzrost ceny jednego z produktów, na drugi produkt przerzuci się wystarczająco duża liczba odbiorców, by uczynić taki wzrost ceny nieopłacalnym. Podejście takie zapewnia z jednej strony, że analizując wpływ koncentracji Prezes UOKiK nie bierze pod uwagę towarów irrelewantnych z punktu widzenia procesu konkurencyjnego, ponieważ nie wywierają presji konkurencyjnej na towary dostarczane przez uczestników koncentracji. Z drugiej zaś strony w analizie nie zostają pominięte towary, ze strony których taka presja istnieje.

Należy podkreślić, że rynek właściwy ma bardzo konkretny charakter i odnosi się do określonych towarów, które są sprzedawane i kupowane na rynku – por. odwołanie w definicji rynku właściwego do „nabywców” oraz okoliczności, iż towary są „oferowane”. Rynku właściwego nie tworzą kategorie, które nie są towarami podlegającymi obrotowi - np. idee, czy małżeństwa, mimo że zjawiska te są z sukcesem analizowane przez ekonomistów i w literaturze przedmiotu funkcjonują pojęcia takie, jak „rynek idei”<sup>27</sup>, czy „rynek małżeński”<sup>28</sup>. Nie stanowią rynku właściwego również grupy produktów lub usług, które nie są wzajemnie dla siebie substytucyjne, choć postrzegane są jako należące do jednej, szerokiej kategorii (np. rynek finansowy, obejmujący szereg wzajemnie niesubstytucyjnych usług, takich jak ubezpieczenia i obrót papierami wartościowymi, czy też rynek samochodowy, na którym sprzedawane są zarówno małe samochody, jak i furgonetki). Nie oznacza to, że powyższe rynki są określone w sposób nieprawidłowy, jedynie że ich przydatność dla oceny wpływu koncentracji (i innych zachowań przedsiębiorców) na konkurencję jest bardzo ograniczona, ponieważ zostały one stworzone do innych celów.

Podsumowując, organ antymonopolowy, aby ocenić, czy dana koncentracja prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji bada, czy w stanie faktycznym danej sprawy skutek dokonanej koncentracji, rzeczywiście możliwe jest spełnienie się któregoś z opisanych wyżej negatywnych dla konkurencji scenariuszy. W tym celu konieczne jest prawidłowe

---

<sup>27</sup> Por. R. H. Coase, *The Market for Goods and the Market for Ideas*, *The American Economic Review*, Vol. 64, No. 2, *Papers and Proceedings of the Eighty-sixth Annual Meeting of the American Economic Association* (May, 1974), ss. 384-391.

<sup>28</sup> Por. G. S. Becker, *A Theory of Marriage*, w: *Economics of the Family: Marriage, Children, and Human Capital*, T. W. Schultz (red.), University of Chicago Press, 1974.

zdefiniowanie rynków właściwych, na których działają uczestnicy koncentracji. Następnie badane jest istnienie opisanych wyżej powiązań (horyzontalnych, wertykalnych) i związanego z nimi oraz siłą rynkową uczestników koncentracji, wpływu na rynek. Dzięki tej metodologii dokonywana przez organy ochrony konkurencji analiza skupia się na tych rynkach, na których przynajmniej teoretycznie warunki konkurencji mogą się wskutek koncentracji zmienić.

Rozpatrując odwołanie w kontekście wyżej zarysowanych ram oceny koncentracji z perspektywy prawa konkurencji, stosowanych przez Komisję Europejską oraz organy ochrony konkurencji wszystkich państw członkowskich UE, można dostrzec daleko idącą konfuzję w argumentacji powoda.

Po pierwsze, RPO konstruując w odwołaniu zarzuty i ich uzasadnienie opiera się na innej niż przyjęte w polskim i unijnym prawie konkurencji rozumieniu pojęcia ochrony konkurencji, co skutkuje nieuprawnionym rozszerzeniem tego pojęcia poza jego właściwe ramy i domaganiem się przeciwdziałaniu przez Prezesa UOKiK przeciwdziałaniu „monopolom informacyjnym”, podczas gdy – jak to już wyjaśniono wyżej – zachowanie różnorodności światopoglądowej, którą RPO utożsamia „konkurencją”<sup>29</sup>, nie mieści się w realizowanej przez organy ochrony konkurencji ochronie konkurencji, rozumianej jako ekonomiczna efektywność funkcjonowania rynków. Argumenty podnoszone przez powoda w tym zakresie należy uznać za chybione.

Po drugie, powód nie potrafi jasno określić rynku właściwego, na którym jego zdaniem w wyniku rozpatrywanej koncentracji miałyby dojść do ograniczenia konkurencji. Wskazuje tutaj raz „rynek środków społecznego przekazu w tym prasy” (s. 2) oraz jego warianty, takie jak „rynek środków społecznego przekazu” (s. 13) i „rynek prasy i innych środków społecznego przekazu” (s. 13), innym razem odwołuje się do „rynku wolnego słowa, prawa do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej” (s. 12-13).

Rynek środków społecznego przekazu jest rynkiem dużo szerszym niż jakkolwiek rynek właściwy definiowany na potrzeby antymonopolowej oceny zachowania przedsiębiorców funkcjonujących w szeroko pojętej branży medialnej. W ocenie pozwanego tak szeroka definicja rynku jest nieprawidłowa, a co za tym idzie nieprzydatna do oceny rzeczywistych warunków rynkowych, w jakich funkcjonują uczestnicy koncentracji oraz wpływu tej koncentracji na konkurencję.

---

<sup>29</sup> Str. 8 odwołania

Wbrew przekonaniu powoda, środki społecznego przekazu (do których powód zalicza prasę drukowaną, radio, telewizję i Internet) nie są uznawane przez konsumentów za substytuty. Nawet w ramach jednego medium (takiego jak telewizja czy prasa) nie możemy mówić o substytucyjności treści. Telewizyjny program ogólnoinformacyjny, taki jak TVN24 czy TVP Info zdecydowanie nie jest zamiennikiem programu pokazującego filmy fabularne. Tak samo prasa o tematyce specjalistycznej (np. wydawnictwa adresowane do inżynierów lub prawników) nie stanowi substytutu prasy o tematyce ogólnoinformacyjnej.

W praktyce orzeczniczej organów ochrony konkurencji medialne rynki właściwe definiowane są znacznie wężiej, odzwierciedlając realne relacje substytucyjności między poszczególnymi produktami. Przykładowo, na potrzeby analizy antymonopolowej Prezes UOKiK definiował rynek regionalnej prasy codziennej o charakterze informacyjnym w Wielkopolsce oraz rynek sprzedaży reklamy w niej (decyzja RPZ-2/2004), czy też krajowy rynek tabloidów (decyzja DOK-158/2005), a więc rynki, na których konkurują dostawcy wzajemnie substytucyjnych wobec siebie towarów.

W odniesieniu do rynku reklamowego w prasie codziennej Prezes UOKiK w dotychczasowym orzecznictwie<sup>30</sup>, wyróżniał rynek reklamy ogólnopolskiej oraz reklamy regionalnej, co wynika z faktu, iż rynek reklamy prasowej, będący bardzo ściśle powiązany z rynkiem prasy, podlega zatem podobnym jak rynek prasy podziałom.

Zasadność podziału rynku mediów na poszczególne sektory została uznana także przez Komisję Europejską w decyzji wydanej w sprawie IV/M.1401<sup>31</sup> oraz w sprawie IV/M665<sup>32</sup>. Komisja Europejska wskazuje również, że rynek prasy można podzielić na rynek prasy codziennej o charakterze lokalnym lub ogólnokrajowym (dzienniki) oraz rynek czasopism. Dzienniki bowiem ze względu na częstotliwość ukazywania się, a w konsekwencji również charakter zawartych w nich informacji, stanowią grupę odrębną od rynku czasopism. Odnosząc się do rynku czasopism wskazać należy, iż z uwagi na treść informacji zawieranych w poszczególnych rodzajach czasopism oraz tematykę, wokół jakiej się koncentrują, co ma zasadnicze znaczenie dla określenia grupy czytelników, do której takie czasopisma są kierowane, zasadne jest wyznaczenie odrębnych rynków produktowych dla poszczególnych czasopism.

<sup>30</sup> Decyzje: DKK-37/2008 z 22 kwietnia 2008 r., DKK-135/2013 z 24 października 2013 r.

<sup>31</sup> Case IV/M.1401, 01. 02. 1999r., Recoletos/Uniseda

<sup>32</sup> Case IV/M.665, 29.11.1995, Havas/Groupe de la Cité



Wskazać również należy na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r. (sygn. akt III SK 5/09), w którym Sąd Najwyższy nie zgodził się z substytucyjnością czasopism sportowych względem gazet codziennych, mimo że te ostatnie zawierały również informacje sportowe. Sąd Najwyższy potwierdził, że kluczowe znaczenie dla określenia produktów konkurencyjnych ma rodzaj informacji oraz częstotliwość publikacji. Konsekwentnie, w analizowanej przez Sąd Najwyższy decyzji Prezesa UOKiK wyodrębniono osobny rynek czasopism sportowych, ponieważ jest to specyficzny rodzaj gazety, dostarczającej czytelnikom informacje z wąskiego zakresu, jakim jest sport. Kupują je w istocie osoby żywo zainteresowane szeroko rozumianym sportem lub daną dyscypliną sportową. Działy sportowe w gazetach codziennych nie dostarczają czytelnikom tego rodzaju szczegółowej, obszernej wiedzy, której poszukują tego rodzaju czytelnicy.

Dodatkowego podkreślenia wymaga, że w przypadku przyjęcia postulowanej przez powoda definicji rynku, tj. jako rynku środków społecznego przekazu, udziały Polska Press w tak określonym rynku obejmującym również nadawców telewizyjnych, radiowych i portale internetowe, byłyby znikome<sup>33</sup>. Analiza koncentracji polegającej na przejściu pojedynczego wydawcy, takiego jak Polska Press na tak zdefiniowanym rynku musiałaby zawsze prowadzić do konstatacji, że przejście to nie zmienia w jakikolwiek dostrzegalny sposób sytuacji rynkowej.

Najistotniejszym brakiem związanym z zaproponowaną przez powoda definicją rynku jest jednak brak jej wymiaru geograficznego. Powód nie wskazuje, czy jest to rynek lokalny, regionalny, krajowy, czy szerszy, w związku z czym nie sposób ustalić, pomiędzy jakimi podmiotami konkurencja miałaby zostać w wyniku koncentracji ograniczona.

Odnosząc się do drugiego ze wskazanych przez powoda „rynków właściwych”, tj. „rynków wolnego słowa, prawa do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”, należy zauważyć, że nie obejmuje on wzajemnie substytucyjnych produktów, lecz zbiór praw obywatelskich. Jeśli miałyby one stanowić rynek właściwy,

---

<sup>33</sup> Zgodnie z danymi KRRiT („Informacja o podstawowych problemach radiofonii i telewizji w 2019 roku”, s. 33) przychody reklamowe dzienników stanowiły niecałe 2% wydatków reklamowych w telewizji, radiu i Internecie. Nawet jeśli uwzględną się przychody dzienników z innych niż reklama źródeł (zakładając bardzo ostrożnie, że są one trzykrotnie wyższe niż przychody reklamowe) i całkowicie zignoruje inne niż reklamowe przychody dostawców telewizyjnych, radiowych i internetowych, udział wszystkich dzienników w rynku właściwym określonym przez powoda wciąż kształtuje się na poziomie niewiele wyższym niż 7%. Biorąc pod uwagę, że na rynku działa szereg innych niż Polska Press wydawców dzienników (w szczególności wydawcy wysokonakładowych dzienników ogólnopolskich, takich jak „Fakt”, „Super Express”, „Rzeczpospolita”, „Gazeta Wyborcza”, czy „Dziennik Gazeta Prawna”), udział tego ostatniego w rynku środków społecznego przekazu musiałby zostać określony jako śladowy.

zgodnie z ustawową definicją należałoby je postrzegać jako „**towary**” które ze względu na ich przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich **nabywców** za substytut”. Ponieważ, jak zostało to wskazane wyżej, rynek towaru to rynek, na którym dany towar jest sprzedawany i kupowany (podlega obrotowi) - rynek „wolnego słowa, prawa do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej” należałoby rozumieć jako rynek, na którym sprzedaje się i kupuje ww. prawa. Rynek taki jednak nie istnieje - powyższe fundamentalne prawa obywatelskie są niezbywalne i nie podlegają obrotowi.

Podsumowując, pozwany wskazuje, że zarzuty RPO, jakoby za rynek właściwy w niniejszej sprawie uznany powinien być rynek środków społecznego przekazu, w tym prasy, są bezzasadne.

### **Ad. 3 Przedstawienie argumentacji uzasadniającej dokonaną w zaskarżonej Decyzji ocenę badanej koncentracji jako zgodnej z prawem konkurencji**

Wbrew twierdzeniom RPO, Prezes UOKiK przeprowadził prawidłową analizę wpływu koncentracji na konkurencję. W ramach tej analizy Prezes UOKiK zidentyfikował wszystkie rynki właściwe, na które choćby potencjalnie koncentracja mogła wywrzeć wpływ i prawidłowo je zdefiniował, posiłkując się przy tym dotychczasowym orzecnictwem polskim i unijnym. W konsekwencji Prezes UOKiK słusznie ocenił, że w wyniku tej koncentracji, konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku.

Jak już pozwany wyjaśnił wyżej, postulowana przez powoda definicja rynku właściwego w niniejszej sprawie, tj. rynek środków społecznego przekazu, nie jest prawidłowa. W ocenie pozwanego jest ona zbyt szeroka, nie uwzględnia braku substytucyjności pomiędzy poszczególnymi środkami społecznego przekazu, a w konsekwencji nie pozwala na prawidłową analizę skutków rozpatrywanej koncentracji.

W toku postępowania, zgodnie z przyjętą metodologią, Prezes UOKiK przeanalizował, czy przedmiotowa koncentracja może wywrzeć wpływ na rynki w układzie (i) horyzontalnym, (ii) wertykalnym oraz (iii) konglomeratowym.

(i) W postępowaniu antymonopolowym zakończonym zaskarżoną przez RPO Decyzją Prezes UOKiK wyznaczając rynki właściwe, na które koncentracja wywiera wpływ ustalił, że uczestnicy koncentracji nie prowadzą działalności na żadnym rynku wspólnym, tj. na żadnym



z tych rynków nie występują jako konkurenci. Działalność grupy PKN Orlen koncentruje się bowiem na przemyśle naftowym oraz petrochemicznym i obejmuje m.in. wydobycie i produkcję gazu ziemnego i ropy naftowej, rafinację, a także obrót ropą, paliwami i produktami ropopochodnymi. Zakłady wydobywcze PKN Orlen zlokalizowane są w Polsce i Kanadzie, a rafinerie ropy naftowej w Polsce, Czechach oraz na Litwie. Na szczeblu detalicznym paliwa samochodowe sprzedawane są za pośrednictwem stacji zlokalizowanych w Polsce, Czechach, Niemczech, Słowacji oraz na Litwie. Ponadto grupa PKN Orlen prowadzi działalność m.in. w zakresie hurtowej dystrybucji prasy, poprzez RUCH S.A. (dalej jako „RUCH”), oraz sprzedaży detalicznej prasy, poprzez sklepy stanowiące część stacji paliw oraz placówki RUCH. Natomiast działalność grupy Polska Press koncentruje się na wydawaniu prasy i serwisów internetowych oraz sprzedaży powierzchni reklamowej w prasie i internecie, a także świadczeniu usług poligraficznych.

Wskazać zatem należy, iż grupa PKN Orlen nie prowadzi działalności w zakresie, w którym obecna jest grupa Polska Press. Zasadne zatem było zawarte w zaskarżonej decyzji stwierdzenie, że koncentracja nie wywiera wpływu na żaden rynek w układzie horyzontalnym. Przy czym w sytuacji braku rynków wspólnych pomiędzy uczestnikami koncentracji wskazany w definicji „rynku na który koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym” próg udziałów rynkowych (łączy udział uczestników koncentracji powstały w wyniku dokonania koncentracji przekraczający poziom 20%) nie ma znaczenia. Analizowana koncentracja nie miała zatem charakteru horyzontalnego - nie dotyczyła połączenia potencjałów konkurentów, a to głównie tego rodzaju transakcje, jak zostało wskazane powyżej, z uwagi na bezpośredni negatywny wpływ na presję konkurencyjną uznawane są za najgroźniejsze dla konkurencji

W tym miejscu należy także wyjaśnić, że rynek sprzedaży prasy, na którym działają wydawcy prasy tacy jak Polska Press nie jest tym samym rynkiem właściwym, na którym działalność prowadzą kolporterzy prasy, tacy jak RUCH. Charakterystyczne dla tego rynku jest bowiem to, że wydawcy prasy nie sprzedają bezpośrednio wydawanych przez siebie dzienników czy czasopism, ale czynią to za pośrednictwem podmiotów zajmujących się kolportażem, takich jak RUCH. Podmioty te nie są względem siebie konkurentami a kontrahentami, zaś relacja zachodząca pomiędzy nimi ma charakter wertykalny (co w takim zakresie zostało poddane analizie przez Prezesa UOKIK, o czym poniżej). Wydawcy prasy i kolporterzy działają zatem ma różnych szczeblach obrotu, a w konsekwencji na różnych rynkach właściwych.



(ii) W postępowaniu w sprawie koncentracji polegającej na przejęciu przez PKN Orlen kontroli nad Polska Press ocenie poddano również działalność uczestników koncentracji w zakresie występujących pomiędzy nimi relacji wertykalnych (tj. relacji typu dostawca-odbiorca). Analiza taka powinna zmierzać po pierwsze do ustalenia, czy koncentracja ta będzie miała wpływ na jakiś lub jakieś rynki w układzie wertykalnym (czy wskutek koncentracji warunki na tych rynkach ulegną jakiegokolwiek zmianie), a po wtóre czy na tych rynkach, koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Jak zostało powyżej wskazane podstawowym zagrożeniem dla konkurencji związanym z koncentracjami wertykalnymi, które należy badać w przypadku koncentracji o charakterze wertykalnym jest wykluczenie/zamknięcie dostępu do rynku konkurentom, które może przybierać formę utrudniania przez podmiot posiadający silną pozycję na wyższym szczeblu obrotu konkurentom na niższym szczeblu obrotu dostępu do surowca oraz utrudniania przez podmiot posiadający silną pozycję na niższym szczeblu konkurentom na wyższym szczeblu obrotu dostępu do kanałów dystrybucji.

Zgodnie z rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w *sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców* rynkiem właściwym, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym (pionowym), jest każdy rynek właściwy, jeżeli równocześnie:

- i. działa na nim co najmniej jeden przedsiębiorca uczestniczący w koncentracji i jest on równocześnie rynkiem zakupu lub sprzedaży (poprzedni lub następny szczebel obrotu), na którym działa którykolwiek z pozostałych przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji oraz
- ii. udział w rynku przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji na którymkolwiek z tych rynków przekracza 30%, bez względu na to, czy aktualnie istnieje powiązanie typu dostawca – odbiorca między tymi przedsiębiorcami.

Z powyższego wynika zatem, że aby można było mówić o rynku, na którym koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji muszą jednocześnie prowadzić działalność po dwóch stronach danego rynku tzn. po stronie popytowej (dokonując zakupów towarów lub usług) i po stronie podaźowej (realizując sprzedaż tych towarów lub usług) i przynajmniej jeden z nich musi dysponować udziałem przekraczającym 30%. Udział w rynku przekraczający próg 30% przy koncentracjach wertykalnych powoduje, że mamy do czynienia z rynkiem, na który koncentracja wywiera **wpływ** w układzie wertykalnym, natomiast gdy udział przedsiębiorcy na takim rynku jest poniżej poziomu 30%

w sprawie występują **powiązania** (relacje) wertykalne. Rynki, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym należy poddać pogłębionej analizie pod kątem ewentualnych negatywnych skutków takiej koncentracji. Niemniej jednak w przypadku przedmiotowej koncentracji analizie poddano wszystkie występujące pomiędzy grupą PKN Orlen a Polska Press relacje wertykalne, a zatem również te, gdzie żaden z uczestników koncentracji nie osiągał 30% udziału w rynku.

W wyniku tej analizy Prezes UOKiK zidentyfikował następujące rynki, na których pomiędzy uczestnikami koncentracji występują powiązania wertykalne:

#### 1) **regionalne rynki reklamy prasowej**

Na rynkach tych Polska Press sprzedaje powierzchnię reklamową w wydawanej przez siebie prasie. Nabywcami usług Polska Press oferowanych na tych rynkach jest co najmniej potencjalnie Grupa PKN Orlen oraz dom mediowy Sigma BIS.

Jak zostało wyjaśnione powyżej, Prezes UOKiK wyznacza rynki właściwe w sprawie w oparciu o definicję rynku wskazaną w art. 4 pkt 9 *ustawy o ochronie konkurencji*, mając w szczególności na względzie przesłankę substytucyjności produktowej i posiłkując się dotychczasowym orzecznictwem w tym zakresie zarówno własnym, jak i Komisji Europejskiej.

Mając powyższe na względzie, zasadne jest stanowisko przyjęte przez Prezesa UOKiK, iż reklamy w poszczególnych mediach, tj. w: telewizji, radio, prasie, billboardach (outdoor), kinie, internecie należą do osobnych rynków właściwych i nie są substytucyjne wobec siebie. W oparciu o dotychczasowe orzecznictwo<sup>34</sup>, w odniesieniu do rynku reklamowego w prasie codziennej (rozumianego jako usługa, polegająca na udostępnianiu powierzchni reklamowej) możemy wyróżnić rynek reklamy ogólnopolskiej oraz reklamy regionalnej. Rynek prasy jest bowiem tzw. rynkiem podwójnego produktu. W jego skład wchodzi z jednej strony usługa (produkt) dostarczania czytelnikom informacji w formie druku, a z drugiej usługa (produkt), polegająca na udostępnianiu powierzchni reklamowej. Tym samym rynek sprzedaży reklamy prasowej, będący bardzo ściśle powiązany z rynkiem prasy, podlega podobnym podziałom jak rynek prasy. Również w tym przypadku należy oddzielić rynek sprzedaży powierzchni reklamowej w gazetach regionalnych, obejmujących nie tylko dzienniki płatne, ale również inną niż dzienniki lokalną prasę np. tygodniki oraz prasę bezpłatną, od rynku sprzedaży powierzchni reklamowej w dziennikach o zasięgu krajowym.

<sup>34</sup> Decyzje: DKK-37/2008 z 22 kwietnia 2008 r., DKK-135/2013 z 24 października 2013 r.

Wynika to przede wszystkim z faktu, iż inna grupa reklamodawców zainteresowana jest zakupem powierzchni reklamowej, która dotrze do różnych grup docelowych w całym kraju, natomiast inna będzie zainteresowana tym, aby reklama ich produktu dotarła jedynie do odbiorców z danego regionu (bez względu na to, czy ich reklama pojawi się w dzienniku płatnym czy dzienniku lub tygodniku bezpłatnym). Zdecydowana większość dużych kampanii reklamowych przeznaczona jest do gazet ogólnokrajowych. Wydawcy prasy codziennej regionalnej prowadzą działalność na rynku reklamy regionalnej (zawężonej przeważnie do jednego województwa). Dlatego też Prezes UOKiK uznał, że rynkami właściwymi w sprawie są rynki regionalnej reklamy prasowej, obejmujące swoim zasięgiem geograficznym poszczególne województwa.

Z uwagi na fakt, iż udział Polska Press w:

- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa dolnośląskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa kujawsko-pomorskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa lubelskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa lubuskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa łódzkiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa małopolskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa opolskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa podkarpackiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa podlaskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa pomorskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa śląskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa świętokrzyskiego,
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa wielkopolskiego i
- rynku regionalnej reklamy prasowej na terenie województwa zachodniopomorskiego.

przekroczył próg 30% rynki te zostały poddane przez Prezesa UOKiK wnikliwej analizie jako rynki, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym.

Oceniając wpływ tej koncentracji na rynki reklamy prasowej, na które koncentracja ta wywiera wpływ w układzie wertykalnym, Prezes UOKiK uznał, iż nie doprowadzi ona do istotnego ograniczenia konkurencji na tych rynkach, bowiem z uwagi na specyfikę prowadzonej przez



PKN Orlen działalności i rodzaj produktów oferowanych przez ten podmiot reklama prasowa na poziomie regionalnym, nie jest w jego działalności istotna. Za takim wnioskiem przemawiała analiza wydatków tego podmiotu na reklamę prasową (wydatki te stanowiły ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – decyzja karta 627b]% całkowitych wydatków na reklamę tej grupy, a wydatki grupy PKN Orlen na reklamę w prasie należącej do grupy Polska Press zaledwie [tajemnica przedsiębiorstwa – decyzja karta 627b]% wydatków grupy PKN Orlen na reklamę prasową. Ponadto wydatki reklamowe PKN Orlen na całą reklamę prasową w Polska Press, mieściły się w przedziale od 0 do 5% przychodów Polska Press z reklamy regionalnej).

Dowód: pismo PKN Orlen z 28 stycznia 2021 r. - karty 594 i 596

Orlen nie jest zatem istotnym nabywcą usług reklamy prasowej na rynku lokalnym. Z tego też względu trudno uznać, że po dokonaniu koncentracji PKN Orlen będzie miał bodźce do ograniczania swoim konkurentom możliwości reklamowania się w prasie wydawanej przez Polska Press. Szczególnie, że zarówno analiza przychodów Polska Press, jak i ogólnodostępne informacje<sup>35</sup> wskazują na tendencję spadkową całego rynku reklamy prasowej, co świadczy o coraz mniejszym znaczeniu dla reklamodawców tego rodzaju reklamy. W tej sytuacji ograniczenie dostępu reklamodawcom do reklamy w wydawanej przez Polska Press doprowadziłoby do spadków przychodów tej Spółki z prowadzonej przez nią działalności, co byłoby całkowicie nieuzasadnione ekonomicznie. Za zasadną zatem należy przyjąć dokonaną przez Prezesa UOKiK ocenę, iż realizacja tej koncentracji nie będzie stanowić realnego zagrożenia prowadzącego do wykluczenia konkurentów uczestników koncentracji z poszczególnych szczebli obrotu tego rynku.

Oceniając tę koncentrację w tym zakresie Prezes UOKiK uwzględnił również działalność Sigma BIS S.A. - podmiotu utworzonego przez PKN Orlen wraz z PZU S.A. z siedzibą w Warszawie – będącą domem mediowym, a zatem działającą jako pośrednik w procesie szeroko rozumianego zakupu mediów. Za rynek właściwy w aspekcie geograficznym dla rynku pośrednictwa w zakupie reklam należy uznać rynek krajowy. Jednakże z uwagi na nieznaczny – wynoszący w 2020 r. ok [tajemnica przedsiębiorstwa – karta 594b]% udział tej spółki w krajowym rynku pośrednictwa w zakupie reklam również brak jest podstaw do przyjęcia, że koncentracja negatywnie wpłynie na ten rynek.

<sup>35</sup> <https://brief.pl/publicis-groupe-wartosc-ryнку-reklamy-w-polsce-w-2019-wyniosła-niemal-10-mln-zł/>

Dowód: pismo PKN Orlen z 28 stycznia 2021 r. - karta 594

- 2) krajowy **rynek reklamy prasowej** (grupa PKN Orlen występuje bowiem na tym rynku jako reklamodawca (nabywca usług reklamowych), a grupa Polska Press jako sprzedający powierzchnię reklamową). Jak ustalono udział PKN Orlen w krajowym rynku zakupu reklamy prasowej był nieznaczny i kształtował na poziomie w przedziale od 0 do 5% całkowitych wydatków na reklamę prasową (reklamę w dziennikach i magazynach). Gdyby przyjąć, że wydatki PKN Orlen na reklamę prasową przypadają wyłącznie na reklamę w dziennikach, to udział PKN Orlen w zakupach reklamy w dziennikach na terenie Polski kształtował się w 2019 r. na poziomie w przedziale od 5 do 10% w Polsce, a zatem znacznie poniżej 30% – rynek ten nie stanowił zatem rynku, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym.

Dowody: pismo PKN Orlen z 4 stycznia 2021 r. – karta 352, pismo PKN Orlen z 28 stycznia 2021 r. - karta 594, Decyzja Prezesa UOKiK nr DKK-29/2021 z 5 lutego 2021 – karta 627

- 3) krajowy **rynek reklamy internetowej** (podobnie jak w przypadku reklamy prasowej, grupa PKN Orlen występuje na tym rynku jako reklamodawca i pośrednik w procesie szeroko rozumianego zakupu mediów, a Polska Press prowadzi działalność po stronie podażowej tego rynku). Mając na uwadze wysokość poniesionych przez grupę PKN Orlen wydatków na reklamę internetową w 2019 r. stanowiącą ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – decyzja karta 628] % wydatków na reklamę internetową w Polsce, oraz udział grupy Polska Press w krajowym rynku reklamy internetowej kształtujący się na poziomie ok [tajemnica przedsiębiorstwa – decyzja karta 628] %. Prezes UOKiK uznał, że również na tych rynkach koncentracja ta nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji.

Dowody: pismo PKN Orlen z 4 stycznia 2021 r. – karta 352, pismo PKN Orlen z 28 stycznia 2021 r. - karty 594 i 595)

- 4) krajowy **rynek hurtowej dystrybucji prasy** (grupa PKN Orlen jest obecna na tym rynku za pośrednictwem RUCH, który jest hurtowym dystrybutorem prasy, Polska Press jest zaś wydawcą prasy. Wydawcy prasy, co do zasady, nie prowadzą samodzielnie sprzedaży wydawanych przez siebie tytułów i korzystają w tym zakresie z usług hurtowych



dystrybutorów prasy). Z uwagi na fakt, że udział dzienników grupy Polska Press w rozpowszechnianiu wszystkich dzienników w 2019 tym okresie wyniósł ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – decyzja karta 628b]%, a w zakresie czasopism ok. [tajemnica przedsiębiorstwa – decyzja karta 628b]%, zaś udział RUCH w krajowym rynku hurtowej dystrybucji prasy kształtował się na poziomie ok. 23% koncentracja ta nie wywierała wpływu na ten rynek w układzie wertykalnym. Mimo nieosiągnięcia przez uczestników koncentracji wskazanego w Rozporządzeniu progu udziału rynkowego, Prezes UOKiK przeprowadził analizę wpływu koncentracji na badany rynek, biorąc pod uwagę przede wszystkim następujące okoliczności:

- strukturę rynku hurtowej dystrybucji prasy, na którym poza RUCH działają jeszcze dwa główne podmioty, tj. Kolporter oraz Garmond z udziałami rynkowymi na poziomie odpowiednio: ok 52%, i ok. 13%
- fakt, że grupa Polska Press sprzedaje wydawaną prasę za pośrednictwem zarówno każdego z tych podmiotów, jak również innych dystrybutorów,
- udział przychodów osiągniętych przez RUCH S.A., Kolportera oraz Garmonda z hurtowej dystrybucji prasy wydawanej przez Polska Press w całości osiągniętych przychodów z hurtowej dystrybucji prasy na terenie Polski w 2019 r. u żadnego z nich nie przekroczył 10%.

Dowody: pismo PKN Orlen z 10 grudnia 2020 r. – karty 20 i 22, pismo PKN Orlen z 4 stycznia 2021 r. – karta 350, pismo PKN Orlen z 28 stycznia 2021 r. - karta 572, pismo KOLPORTER sp. z o.o. z 18 stycznia 2021 r. – karta 576, pismo Garmond Press sp. z o.o. z 1 lutego 2021 r. – karta 608.

W ocenie Prezesa UOKiK powyższe okoliczności wskazują, że działania mające na celu ograniczanie przez PKN Orlen, po dokonaniu koncentracji, dostępu do wydawanych przez Polska Press dzienników i czasopism innym niż RUCH podmiotom zajmującym się hurtową dystrybucją prasy, wydają się nieuzasadnione ekonomicznie. Wpłynęłoby to negatywnie na wielkość sprzedaży prasy wydawanej przez Polska Press, co w sytuacji panującej od kilku lat tendencji spadkowej w zakresie sprzedaży prasy codziennej byłoby wręcz działaniem na szkodę spółki. Brak jest tym samym racjonalnych argumentów przemawiających za tym, aby po przejęciu Polska Press przez PKN Orlen po stronie PKN Orlen powstały istotne bodźce do zmiany w zakresie oferowania wydawanej prasy innym jej dystrybutorom, a tym samym wykluczenia konkurentów uczestników koncentracji z poszczególnych szczebli obrotu. Z

jednej strony takie działanie wpłynęłoby bowiem negatywnie na sprzedaż prasy wydawanej przez Polska Press zmniejszając jej zasięg. Z drugiej natomiast strony takie działanie nie miałoby dużego wpływu na działalność konkurentów RUCH, których przychody osiągnane ze sprzedaży prasy należącej nie są znaczne i u żadnego z istotnych konkurentów RUCH nie przekraczają poziomu 10%.

(iii) Prezes UOKiK dokonał również analizy przedmiotowej koncentracji pod kątem jej wpływu na rynki w układzie konglomeratowym, (rynki, które nie są ani wspólne dla uczestników koncentracji, ani na których nie zachodzą pomiędzy nimi relacje typu odbiorca-dostawca, a w których udział któregokolwiek z uczestników koncentracji przekracza poziom 40%). Należy przy tym podkreślić, że sam fakt zidentyfikowania wpływu konglomeratowej koncentracji na rynek nie oznacza, że warunki na takim rynku wskutek koncentracji się zmieniają, a tym bardziej, że dojdzie do ograniczenia konkurencji.

W wyniku tej analizy ustalono, iż koncentracja ta wywiera wpływ na szereg rynków w układzie konglomeratowym, tj.:

- 1) w związku z wysokim udziałem PKN Orlen są to:
  - a) rynki sprzedaży paliwa lotniczego dla których właściwy w aspekcie geograficznym jest rynek poszczególnych lotnisk, i tak są to rynki obejmujące Port Lotniczy w Bydgoszczy, W Krakowie – Balicach, w Katowicach -Pyrzowicach, w Łodzi, w Lublinie, w Poznaniu- Ławicy, w Szczecinie -Goleniowie, w Warszawie-Babicach, Lotnisku Chopina w Warszawie, Mazowieckim Porcie Warszawa-Modlin,
  - b) krajowy rynek asfaltu,
  - c) krajowy rynek magazynowania zapasów obowiązkowych ropy naftowej,
  - d) krajowy rynek sprzedaży lekkiego oleju opałowego,
  - e) lokalne rynki dystrybucji energii elektrycznej obejmujące: teren rafinerii w Płocku oraz jej bezpośrednie sąsiedztwo; teren zakładu w Jedliczu oraz bezpośrednie sąsiedztwo; Trzebinę, terminale paliwowe w Krakowie-Olszaniczy, Ostrowie Wielkopolskim, Lublinie, Szczecinie, Wrocławiu, Świnoujściu, Gutkowie, Sokółce, Mościskach, Żurawicy, Widelkach, Nowej Soli; teren zakładu w Anwilu i jego bezpośrednie sąsiedztwo,
  - f) lokalne rynki wytwarzania, przesyłu, dystrybucji i dostawy ciepła,
  - g) lokalne rynki wytwarzania/ przesyłu/ dystrybucji energii elektrycznej: teren zakładu w Płocku, Włocławku, Trzebini, Jedliczu i ich bezpośrednie sąsiedztwo;
  - h) lokalne rynki dostawy ciepła: Płock i bezpośrednia okolica.



Dokonując oceny wpływu koncentracji na ww. rynki Prezes UOKiK uznał, iż z uwagi na fakt, iż rynki te nie są w żaden sposób powiązane z rynkami, na których obecna jest Polska Press brak podstaw do przyjęcia, że w wyniku koncentracji siła rynkowa PKN Orlen z tych rynków zostanie przeniesiona na rynki, na których prowadzi działalność grupa Polska Press.

2) w związku z wysokim udziałem Polska Press są to:

- a) krajowy rynek druku gazet - W ocenie Prezesa UOKiK koncentracja nie doprowadzi do ograniczenia konkurencji na tym rynku z uwagi na to, że PKN Orlen nie prowadzi działalności na rynku, na którym istniałaby potencjalna możliwość przeniesienia siły rynkowej z tego rynku. W wyniku koncentracji PKN Orlen przejmie jedynie pozycję rynkową grupy Polska Press nie zwiększając w żaden sposób swojego potencjału na żadnym rynku, na którym grupa ta była dotychczas obecna. Tym samym bodźce ekonomiczne oddziałujące na PKN Orlen na tym rynku będą takie same, jak bodźce ekonomiczne oddziałujące przed koncentracją na Polska Press (jej poprzedniego właściciela). Brak jest zatem racjonalnych argumentów przemawiających za tym aby po przejściu Polska Press przez PKN Orlen dotychczasowi konkurenci Polska Press na rynku prasy lokalnej otrzymali gorsze warunki współpracy. W związku z powyższym koncentracja ta nie wpłynie, w ocenie Prezesa UOKiK, w żaden sposób na dotychczasowe relacje Polska Press i konkurentów i w konsekwencji nie doprowadzi do żadnego ograniczenia konkurencji na tym rynku.
- b) rynkach dzienników regionalnych w województwach: kujawsko-pomorskim, lubuskim, łódzkim i opolskim. Na tym rynku Polska Press działa jako wydawca prasy. Natomiast grupa PKN Orlen prowadzi działalność na rynkach znacząco różnych (niepowiązanych z rynkiem wydawania prasy) brak jest przesłanek do stwierdzenia, iż siła rynkowa w zakresie wydawania dzienników regionalnych może zostać przeniesiona na inne rynki, na których obecna jest grupa PKN Orlen (tj. na przykład na rynki związane z przemysłem naftowym oraz petrochemicznym) lub w jakikolwiek sposób dodatkowo wzmocniona poprzez wzajemne relacje wewnątrzgrupowe. Także pozycja rynkowa grupy Polska Press jako wydawcy prasy ani jej udziały w poszczególnych wojewódzkich rynkach wydawania dzienników regionalnych nie zmienią się w wyniku planowanej koncentracji.

Podsumowując, uczestnicy koncentracji nie działają na rynkach wspólnych, zidentyfikowane powiązania wertykalne nie wskazują na istnienie realnego zagrożenia dla konkurencji, zaś siła rynkowa uczestników koncentracji posiadana na zidentyfikowanych rynkach w układzie



konglomeratowym, z uwagi na brak powiązań z innymi rynkami, na których działają, nie zostanie przeniesiona na te rynki.

Jak wynika z powyższego, Prezes UOKiK przeprowadził pełną i wszechstronną analizę przedmiotowej koncentracji, zdefiniował wszystkie rynki właściwe, na których działają uczestnicy tej koncentracji, uwzględniając wszystkie relewantne okoliczności. Rynki właściwe w postępowaniu w sprawie koncentracji polegającej na przejściu przez PKN Orlen kontroli nad Polska Press zostały wyznaczone w oparciu o definicję zawartą w art. 4 pkt 9 *ustawy o ochronie konkurencji* oraz z uwzględnieniem dotychczasowego orzecznictwa również Komisji Europejskiej, a wyznaczone w tej koncentracji rynki nie odbiegały od dotychczasowego orzecznictwa w tym zakresie (wszystkie rynki, na których działa grupa Polska Press były już bowiem przedmiotem analizy w innym postępowaniu koncentracyjnym z udziałem tego podmiotu<sup>36</sup>).

W tym miejscu należy podkreślić, iż Prezes UOKiK przy ocenie tej transakcji przeanalizował wszelkie potencjalne zagrożenia wynikające z tej transakcji, na których analizę pozwalały mu narzędzia i środki stosowane w prawie konkurencji. Analiza przeprowadzona przez Prezesa nie odbiega przy tym od metodologii Komisji Europejskiej, określonej w Wytycznych Komisji Europejskiej *w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2008/C 265/07) Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 265/6*. Analiza wszystkich wskazanych powyżej zagrożeń doprowadziła do wniosku, że koncentracja ta nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na żadnym z analizowanych i ocenianych rynków. W tej sytuacji Prezes UOKiK nie mógł wydać innej decyzji niż wyrażającej zgodę na dokonanie tej koncentracji.

Mając na względzie powyższe podniesiony przez RPO zarzut naruszenia przez Prezesa UOKiK art. 18 w zawiązku z art. 4 pkt 9 *ustawy o ochronie konkurencji* należy uznać za całkowicie bezzasadny.

#### **Ad. 4 Odniesienie się do zarzutu dotyczącego nieuwzględnienia przez Prezesa UOKiK potencjału innych przedsiębiorców działających w zakresie mediów kontrolowanych przez Skarb Państwa**

<sup>36</sup> Postępowanie antymonopolowe zakończone decyzją nr DKK-135/2013 z 24 października 2013 r.

Ustosunkowując się do tego zarzutu należy przede wszystkim wskazać, że Skarb Państwa nie jest uznawany za przedsiębiorcę przez prawo antymonopolowe w zakresie kontroli koncentracji, co oznacza z kolei, że Skarb Państwa nie może tworzyć grupy kapitałowej w rozumieniu przepisów ustawy o ochronie konkurencji.

Zgodnie z definicją grupy kapitałowej zawartą w art. 4 pkt 14 *ustawy o ochronie konkurencji* przez grupę kapitałową należy rozumieć wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Aby zatem prawidłowo określić skład grupy kapitałowej istotne jest określenie czy podmioty zarówno sprawujące kontrolę, jak i kontrolowane mają status przedsiębiorcy. Jak zostało wskazane powyżej zarówno dotychczasowa praktyka orzecznicza Prezesa UOKiK, jak i doktryna nie uznają Skarbu Państwa za przedsiębiorcę. W konsekwencji przedsiębiorcy bezpośrednio kontrolowani przez Skarb Państwa nie tworzą jednej grupy kapitałowej<sup>37</sup>. Koncentracje pomiędzy tymi przedsiębiorcami są zatem rozpatrywane przez Prezesa UOKiK, gdyż nie podlegają wyłączeniu przewidzianemu w art. 14 pkt 5 *ustawy o ochronie konkurencji*, tj. odnoszącemu się do koncentracji dokonywanych w ramach jednej grupy. Na potrzeby prawa konkurencji grupa kapitałowa jest bowiem traktowana jako jeden organizm gospodarczy. Przedsiębiorcy, których właścicielem jest Skarb Państwa, mogą natomiast tworzyć własne grupy kapitałowe i koncentracje dokonywane w ich ramach są wyłączone spod obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK<sup>38</sup>.

Natomiast przyjęcie interpretacji odwrotnej, tj. uznanie, że przedsiębiorcy kontrolowani przez Skarb Państwa tworzą jedną grupę kapitałową powodowałoby, że szereg koncentracji w ogóle nie podlegałyby rozpatrzeniu przez Prezesa UOKiK, co w niektórych przypadkach mogłoby negatywnie wpłynąć na konkurencję na rynkach. Nie podlegałyby kontroli Prezesa UOKiK przykładowo koncentracja spółek kontrolowanych przez Skarb Państwa, w której Prezes UOKiK decyzją z dnia 13 stycznia 2011 r. nr DKK- 1/2011 wydał zakaz przejęcia przez PGE SA kontroli nad Energa SA i która to decyzja została podtrzymana prawomocnym wyrokiem SOKiK<sup>39</sup>. W sprawie tej SOKiK nie miał wątpliwości, że wskazana koncentracja podlega kontroli Prezesa UOKiK jako podejmowana przez dwóch niezależnych, nienależących do jednej grupy kapitałowej, przedsiębiorców.

<sup>37</sup> Ustawa o Ochronie konkurencji i Konsumentów. Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2019 str. 816 pkt 66.

<sup>38</sup> Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK ([https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia\\_w\\_sprawie\\_zglaszania\\_koncentracji.php](https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php)).

<sup>39</sup> Wyrok z dnia 14 maja 2012 r. sygn. akt XVII AmA 41/11

Należy podkreślić, że stanowisko prezentowane przez Prezesa UOKiK w tym zakresie podziela również Komisja Europejska. Gdyby bowiem Komisja Europejska uznawała, że przedsiębiorcy kontrolowani przez Skarb Państwa tworzą jedną grupę kapitałową, Komisja nie rozpatrywałaby koncentracji polegającej na przejęciu przez PKN Orlen (podmiot kontrolowany przez Skarb Państwa) kontroli nad Grupą Lotos SA (również podmiot kontrolowany przez Skarb Państwa)<sup>40</sup>. Komisja jednak rozpatrywała tę koncentrację i nałożyła w niej szereg warunków na Orlen, służących zachowaniu warunków konkurencji, na rynkach, na których koncentracja ta wywiera wpływ. Innym przykładem może być rozpatrywana przez Komisję Europejską koncentracja dotycząca przejęcia przez PKN Orlen kontroli nad Energa SA (również podmiot kontrolowany przez Skarb Państwa)<sup>41</sup>.

W świetle powyższego należy wskazać, że Prezes UOKiK nie mógł przy ocenie koncentracji uwzględnić innych podmiotów kontrolowanych przez Skarb Państwa. Zgodnie z obowiązującym prawem mógł uwzględnić jedynie podmioty wchodzące w skład grupy PKN Orlen i Polska Press. PKN Orlen stoi na czele grupy kapitałowej, którą tworzy, gdyż żaden przedsiębiorca nie wykonuje nad PKN Orlen kontroli.

Rozpatrując przedmiotową koncentrację, organ antymonopolowy analizie poddał nie tylko działalność PKN Orlen, ale także przedsiębiorców należących do jego grupy kapitałowej (kontrolowanych przez ten podmiot), a dodatkowo również podmiotów współkontrolowanych przez PKN Orlen (tj. utworzoną w 2019 r. przez PKN Orlen wraz z PZU S.A. z siedzibą w Warszawie – będącą domem mediowym spółkę Sigma BIS S.A. z siedzibą w Warszawie) pomimo, iż zgodnie z przytoczoną powyżej ustawową definicją grupy kapitałowej przedsiębiorcy współkontrolowani nie należą do żadnej grupy kapitałowej.

Biorąc pod uwagę powyższe, zarzut nieuwzględnienia przez Prezesa UOKiK przy ocenie przedmiotowej koncentracji rynków, na których działalność prowadzą: Polska Agencja Prasowa S.A., Telewizja Polska Spółka Akcyjna, czy Polskie Radio Spółka Akcyjna (spółki których wyłącznym akcjonariuszem jest Skarb Państwa) tj. podmioty nie wchodzące w skład grupy kapitałowej PKN Orlen, jest bezzasadny.

<sup>40</sup> [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_9014](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9014)

<sup>41</sup> [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_9626](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_9626)

**Ad. 5 Odniesienie się do zarzutu, jakoby wskazanie w Rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców definicji rynków na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym, wertykalnym i konglomeratowym wykraczało poza ustawową delegację zawartą w art. 94 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji**

RPO podniósł zarzut, że delegacja w art. 94 ust. 6 *ustawy o ochronie konkurencji* nie upoważniała Rady Ministrów do określenia definicji „ryнку właściwego, na który koncentracja wywiera wpływ”.

Powyższy zarzut jest bezzasadny, ponieważ opiera się jedynie na selektywnej analizie Rozporządzenia z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców (dalej: Rozporządzenie) przez co zniekształca rzeczywistość jego treść i zamiar prawodawcy.

Zgodnie z art. 94 ust. 6 *ustawy o ochronie konkurencji*, Rada Ministrów określi w drodze rozporządzenia:

- i. szczegółowe warunki, jakim powinno odpowiadać zgłoszenie zamiaru koncentracji, w tym wykaz informacji i dokumentów, które powinno ono zawierać, uwzględniając specyfikę działalności prowadzonej przez różne rodzaje przedsiębiorców, w szczególności przez instytucje finansowe;
- ii. wysokość opłat, o których mowa w ust. 4 tego rozporządzenia.

Rozporządzenie ma zatem przede wszystkim określać jakie informacje i dokumenty należy przedłożyć w zgłoszeniu. Taki wykaz informacji i dokumentów, które należy przedłożyć do zgłoszenia koncentracji określony został w załączniku do Rozporządzenia („Wykaz informacji i dokumentów”, dalej: WID).

W WID posłużono się szeregiem pojęć, których wyjaśnienie (zdefiniowanie) było konieczne, z uwagi na praktyczne dla stron postępowania znaczenie tego wykazu. W związku z tym w słowniczku pojęć Rozporządzenia, tj. w § 2 (zaczynającym się od słów „Ilekcroć w rozporządzeniu jest mowa o:”, a zatem sporządzonym tylko na potrzeby tego Rozporządzenia) zdefiniowano m.in. pojęcie „instytucji finansowej”, „zgłoszenia”, czy „ryнку właściwego, na który koncentracja wywiera wpływ”. To ostatnie określenie zostało użyte m.

in. w VIII Rozdziale II części WID, w którym przewidziano konieczność wskazania „Podstawowych informacji o rynkach właściwych, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym lub wertykalnym”.

Pozwany wskazuje, że definiowanie pojęć w rozporządzeniu, na potrzeby wyjaśnienia terminów w nim użytych jest zwyczajną praktyką legislacyjną. Jakkolwiek omawiane upoważnienie ustawowe nie zawiera literalnie informacji o możliwości zdefiniowania pojęć użytych w WID (w tym pojęcia „rynku, na który koncentracja wywiera wpływ” w rozumieniu WID), to jednak taka możliwość nie powinna budzić wątpliwości. Wymaganie tak szczegółowego formułowania delegacji ustawowej do wydawania rozporządzeń jest sprzeczne z postulatem zwięzłości tekstu prawnego. Wytyczne w upoważnieniu ustawowym nie powinny być formą „kazuistycznego spisu treści przyszłego rozporządzenia.”<sup>42</sup> Ponadto, zgodnie z § 125 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (Dz. U. z 2016, poz. 283): „*W przepisach ogólnych rozporządzenia: (...) zamieszcza się postanowienia o stosowanych w rozporządzeniu definicjach i skrótach*”.

W konsekwencji, delegacja ustawowa, w której zobligowano prawodawcę to określenia wymaganych w zgłoszeniu koncentracji informacji i dokumentów jest podstawą prawną do zdefiniowania terminów użytych w żądanym od przedsiębiorcy wykazie informacji i dokumentów, sporządzanym na potrzeby badania koncentracji na podstawie art. 18 *ustawy o ochronie konkurencji*. Ponieważ właściwe zrozumienie użytych pojęć jest warunkiem prawidłowego wypełnienia formularza zgłoszeniowego, jakim jest WID, trudno byłoby pozostawić strony postępowania bez wiedzy, czy są czy też nie są zobowiązane wypełnić dane punktu formularza poprzez zaniechanie zdefiniowania znaczenia omawianego terminu.

Należy także zwrócić uwagę, że definicja rynku właściwego nie wynika z Rozporządzenia, lecz z art. 4 ust. 9 *ustawy o ochronie konkurencji* i to na podstawie tego artykułu definiowane są rynki właściwe w danej sprawie (najpierw przez przedsiębiorcę składającego zgłoszenie, następnie przez weryfikującego te definicje Prezesa UOKiK). Z kolei określenia „wpływ na rynek w układzie horyzontalnym”, czy „wpływ na rynek w układzie wertykalnym” są

<sup>42</sup> Por. M. Bartoszewicz [w:] Haczkowska M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz do art. 92, LEX*.



powiązane z określonym progiem procentowym udziałów rynkowych, jakim dysponują uczestnicy koncentracji. To z kolei przekłada się na zakres informacji, jakie zgłaszający ma obowiązek przedłożyć w zgłoszeniu. Zgodnie z Rozporządzeniem zgłaszający koncentrację przedsiębiorca ma obowiązek przedłożenia określonych informacji o wszystkich rynkach właściwych (zgodnie z definicją ustawową) na których działa on oraz pozostali uczestnicy koncentracji. Wśród tych rynków zgłaszający ma obowiązek wyodrębnić rynki wspólne lub takie, na których występują powiązania wertykalne oraz rynki właściwe, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie konglomeratowym (Rozdział VII WID „Rynki właściwe, na których prowadzą działalność przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji”). Jeżeli udziały uczestników koncentracji na rynkach wspólnych lub powiązanych wertykalnie nie przekraczają odpowiednio progu 20 lub 30 % zakres informacji jakie przedsiębiorcy powinni przedłożyć jest zdecydowanie mniejszy, nie obejmuje bowiem informacji, o których mowa w rozdziale VIII i IX WID (rozdziały te dotyczą bowiem wyłącznie rynków na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym lub wertykalnym).

Jak wynika z powyższego, zawarte w Rozporządzeniu definicje „rynku właściwego na który koncentracja wywiera wpływ” mają wyjaśnić przedsiębiorcom, o których ze wszystkich rynków właściwych, na których działają uczestnicy koncentracji (a przypadku przedsiębiorców należących do dużych grup kapitałowych rynków takich wyznaczyć można kilkanaście, a nawet dużo więcej) mają dostarczyć Prezesowi UOKiK bardziej szczegółowe dane. Definicja rynków na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym, wertykalnym i konglomeratowym ma zatem wyłącznie charakter pomocniczy w tym względzie. Nie można zatem uznać, że wskazanie w rozporządzeniu ww. definicji wykracza poza zakres umocowania ustawowego do wydania rozporządzenia.

Należy także podkreślić, że treść Rozporządzenia, a w szczególności zawarte w niej definicje, nie determinują prowadzonej przez Prezesa UOKiK analizy zgodności z prawem zgłoszonej koncentracji. Nie stanowią także podstawy prawnej rozstrzygnięcia Prezesa UOKiK. Ocenie Prezesa UOKiK podlega wyłącznie ustawowa przesłanka istotnego ograniczenia konkurencji w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Jest to jedyna przesłanka ustawowa (zawarta w art. 18, 19 i 20 ustawy o ochronie konkurencji) . Prezes UOKiK w badaniu tej przesłanki nie jest związany definicją rynków właściwych wskazanych przez stronę postępowania. Jeżeli okoliczności faktyczne sprawy na to wskazują,



Prezes UOKiK może uznać za prawidłową definicję rynków inną niż wskazana przez stronę. Prezes UOKiK, rozstrzygając sprawę, nie jest także ograniczony wyłącznie do danych przekazanych przez stronę w WID, lecz ma prawo na podstawie art. 50 ustawy żądać od zgłaszającego oraz innych przedsiębiorców wszelkich informacji, które w jego ocenie są przydatne do zbadania, czy dana koncentracja prowadzi lub nie do istotnego ograniczenia konkurencji. Należy jednak przy tym mieć na względzie, że (co już pozwany wyjaśniał wyżej) negatywny wpływ koncentracji na rynek może wynikać z powiązań horyzontalnych (tzn. kiedy koncentracja zachodzi pomiędzy konkurentami, takie koncentracje są zazwyczaj najbardziej niebezpieczne dla konkurencji), wertykalnych (kiedy koncentracja zachodzi pomiędzy podmiotami będącymi lub mogącymi być potencjalnie odbiorcami lub dostawcami wobec siebie) oraz konglomeratowych (kiedy nie istnieją powiązania horyzontalne lub wertykalne, ale jeden z uczestników koncentracji ma silną pozycję na innym rynku/rynkach). Stąd poprawna analiza wpływu koncentracji na konkurencję powinna uwzględniać analizę ww. powiązań.

Prezes UOKiK pragnie podkreślić, że opisana powyżej metodologia analizy wpływu koncentracji na konkurencję (która to metodologia znajduje swoje odzwierciedlenie w Rozporządzeniu) stosowana jest powszechnie przez organy antymonopolowe, nie tylko w państwach członkowskich Unii Europejskiej i Komisję Europejską, ale także poza Europą. Nawet gdyby uznać, że wprowadzenie w Rozporządzeniu ww. definicji wykracza poza delegację ustawową (co zdaniem Prezesa UOKiK nie ma miejsca), to nie jest to w żaden sposób równoznaczne z uznaniem, że zastosowana przez Prezesa UOKiK metodologia jest nieprawidłowa lub prowadzi do fałszywych wniosków. Opiera się ona, jak wskazano wyżej, na uznanych w Europie i świecie standardach. Sam RPO w odwołaniu nie przedstawił argumentów uzasadniających uznanie jej za nieprawidłową.

Niezależnie od powyższego, trudno jest ustalić na podstawie treści odwołania, jakie miałyby być konsekwencje uznania, że przedmiotowe określenie zostało wprowadzone do Rozporządzenia bez podstawy prawnej. RPO wskazuje, że Sąd miałby być niezwiązany treścią tego Rozporządzenia. Nawet uznając, że tak daleko idąca konsekwencja mogłaby mieć miejsce, to nie sposób uznać, aby miała ona wpływ na treść Decyzji. Prawidłowe badanie, czy konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, czy nie (art. 18 *ustawy o ochronie konkurencji*), powinno bowiem przebiegać według tej samej metodologii, jak zastosowana w Decyzji.



Niezależnie od powyższego należy wskazać, iż koncentracja polegająca na przejściu przez PKN Orlen kontroli nad Polska Press w żaden sposób nie mogła doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji w rozumieniu art. 19 i 20 ustawy o ochronie konkurencji, co szczególnie zostało uzasadnione w zaskarżonej Decyzji.

Wobec powyższego wnosi się, jak na wstępie.

*Z upoważnienia Prezesa  
Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*

ZASTĘPCA DYREKTORA  
Departamentu Kontroli Koncentracji

Marzena Błachnio

Załączniki:

1. Pełnomocnictwo Prezesa UOKiK dla Pana Roberta Kamińskiego – Dyrektora Departamentu Kontroli Koncentracji do wniesienia odpowiedzi pozwanego na odwołanie RPO oraz do reprezentowania Prezesa UOKiK w toku postępowania sądowego.
2. Pełnomocnictwo Prezesa UOKiK dla Pani Marzeny Błachnio – Zastępcy Dyrektora Departamentu Kontroli Koncentracji do wniesienia odpowiedzi pozwanego na odwołanie RPO oraz do reprezentowania Prezesa UOKiK w toku postępowania sądowego.
3. 2 odpisy odpowiedzi pozwanego na odwołanie RPO wraz z załącznikami.