

Warszawa, 6 czerwca 2022 r.

176/2022/MG/KS

**OPINIA PRZYJACIELA SĄDU
HELŚIŃSKIEJ FUNDACJI PRAW CZŁOWIEKA
w sprawie z odwołania Rzecznika Praw Obywatelskich przeciwko Prezesowi Urzędu
Ochrony Konkurencji i Konsumentów o wydanie zgody na koncentrację
rozpatrywanej przez Sąd Okręgowy w Warszawie
Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów,
sygn. akt XVII AmA 43/21
złożona na podstawie art. 63 k.p.c.**

I. UWAGI WSTĘPNE

Amicus curiae – „opinia przyjaciela sądu” jest znaną w praktyce sądów zagranicznych, a także w Polsce, formą wyrażania przez organizacje pozarządowe opinii prawnej w postępowaniach sądowych w sprawach związanych z profilem działalności danej organizacji. „Opinia przyjaciela sądu” ma na celu przedstawienie szczególnego poglądu organizacji społecznej na sprawę rozpatrywaną przed sądem. Ma pomóc w kompleksowym rozpoznaniu sprawy, z uwzględnieniem argumentów oraz poglądów, które być może nie zostały podniesione przez strony w postępowaniu, a mają znaczenie z perspektywy celów statutowych organizacji społecznej.

Helsińska Fundacja Praw Człowieka (dalej: HFPC, „Fundacja”) jest organizacją pozarządową, której statutowym celem jest ochrona praw człowieka, w tym kontrola ich przestrzegania przez organy władzy publicznej w Polsce. Prawa konsumentów zaliczają się do katalogu praw człowieka, na co jasno wskazuje umiejscowienie art. 76 Konstytucji RP, zawierającego zobowiązanie władz publicznych do ochrony konsumentów, w Rozdziale II

ustawy zasadniczej, zatytułowanym „Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela”. Sprawy dotyczące decyzji organu regulacyjnego w przedmiocie wydania zgody na dokonanie koncentracji polegającej na przejęciu przez jeden podmiot gospodarczy kontroli nad innym, działającym na rynku podmiotem gospodarczym, mogą mieć istotny wpływ na prawa konsumentów. Dodatkowo transakcje dotyczące rynku środków społecznego przekazu nierzadko niosą za sobą skutki odnoszące się do ochrony swobody wypowiedzi i wolności mediów. Tym samym postępowania tego rodzaju wchodzą w zakres spraw, w których statut Fundacji przewiduje podejmowanie działań prawnych, w szczególności przedstawianie opinii przyjaciela sądu (*amicus curiae*), zgodnie z § 9 ust. 5 Statutu HFPC.

Fundacja podejmuje się sporządzenia „opinii przyjaciela sądu” w sprawach, w których, naszym zdaniem, wymaga tego interes społeczny. Celem opinii nie jest przedstawianie nowych dowodów lub okoliczności faktycznych. W „opinii przyjaciela sądu” odnosimy się do ogólnych zasad ważnych z punktu widzenia przestrzegania standardów praw człowieka, gdy są one adekwatne w danym stanie faktycznym. Zadaniem „przyjaciela sądu” jest zwrócenie uwagi na różne aspekty sprawy w kontekście poszanowania Konstytucji, prawa międzynarodowego oraz w szczególności orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: „ETPC”, „Trybunał”).

Niniejsza sprawa ma istotne znaczenie z punktu widzenia celów statutowych HFPC. Nasz głos w niej jest podyktowany troską o przestrzeganie standardów ochrony konsumentów, w przedmiotowej sprawie dodatkowo związanej z pluralizmem mediów. Wyrażamy nadzieję, że Wysoki Sąd zechce wziąć pod rozwagę przedstawioną „opinię przyjaciela sądu”, dzięki czemu przyczyni się ona szerszemu interesowi publicznemu i tym samym będzie sprzyjała urzeczywistnieniu standardów ochrony praw człowieka w Polsce.

II. STAN FAKTYCZNY

Sprawa dotyczy koncentracji w postaci przejęcia kontroli przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. z siedzibą w Płocku (dalej: Orlen) kontroli nad Polska Press sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: Polska Press). W wyniku prowadzonego od 10 grudnia 2020 r. postępowania antymonopolowego, dnia 5 lutego 2021 r., Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej: UOKiK), wydał zgodę (Decyzja nr DKK-34/2021) na dokonanie koncentracji uznając, że nie wywrze ona skutku w postaci istotnego ograniczenia konkurencji na rynku prasy regionalnej, nie dzielając tym samym stanowisk przedstawionych m.in. przez

Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO), HFPC, a także konkurentów podmiotów uczestniczących w koncentracji.

Dnia 5 marca 2021 r. Rzecznik Praw Obywatelskich wniósł odwołanie od decyzji UOKiK do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zarzucając zaskarżonej decyzji naruszenie art. 18 w zw. z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz art. 7 i art. 77 § 1 k.p.a., a także art. 14 i art. 54 ust. 1 Konstytucji RP poprzez niewyjaśnienie, czy w wyniku dokonanej koncentracji na rynku właściwym (tj. środków społecznego przekazu, w tym prasy) konkurencja nie zostanie istotnie ograniczona, a tym samym, czy w wyniku koncentracji nie nastąpi niedopuszczalne ograniczenie wolności prasy i innych środków społecznego przekazu. W piśmie z 26 kwietnia 2021 r. uzupełniającym wcześniejsze odwołanie, RPO podniósł ponadto nieuwzględnienie przez UOKiK wpływu planowanej koncentracji na rynek drukarni oraz dystrybucji prasy. RPO zwrócił uwagę m.in. na to, że w razie dojścia koncentracji do skutku, Orlen, za pośrednictwem kontrolowanych przez siebie spółek, uzyska kontrolę nad całym łańcuchem dostaw prasy lokalnej: od tworzenia treści (Polska Press) poprzez rynek reklamowy (Dom Mediowy Sigma-BIS), aż po dystrybucję prasy (Ruch). RPO wniósł o uchylenie decyzji UOKiK przez Sąd na podstawie art. 479^{31a} § 1 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.). Jednocześnie, niezależnie od wniosku o uchylenie decyzji UOKiK, na podstawie art. 479³⁰ § 1 k.p.c., RPO wniósł o wstrzymanie jej wykonania.

Dnia 8 kwietnia 2021 r. Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wydał postanowienie, na podstawie którego wstrzymał wykonanie zaskarżonej decyzji uzasadniając to koniecznością zapobieżenia dokonania koncentracji na podstawie nieostatecznej (wobec odwołania od decyzji wniesionego przez RPO) decyzji. Sąd wskazał m.in., że faktyczne dokonanie koncentracji do czasu ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd uniemożliwiłoby wykonanie orzeczenia sądowego w razie uwzględnienia odwołania RPO. Tym samym, Sąd nie podzielił argumentacji UOKiK zawartej w odpowiedzi na wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji, w której wniesiono o odrzucenie wniosku RPO lub, z ostrożności procesowej, oddalenie go. Jak wynika jednak z doniesień medialnych, pomimo wydanego postanowienia Sądu, Orlen rozpoczął wykonywanie uprawnień właścicielskich w

Polska Press, czego manifestacją stały się zwolnienia prawie wszystkich redaktorów naczelnych dzienników wchodzących w skład grupy medialnej¹.

III. OCENA PRAWNA

Na wstępie należy wskazać na charakter relewantnego w sprawie art. 76 Konstytucji RP, który jako zasadę polityki państwa wprowadza ochronę konsumentów „przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi”. Adresatem obowiązków, wynikających z art. 76, są wszystkie organy i instytucje, w zakresie działania których pozostają sprawy ochrony konsumenta². W doktrynie wskazano, że sformułowania „zdrowie, prywatność i bezpieczeństwo” oraz „nieuczciwe praktyki rynkowe” należy na gruncie przepisu traktować rozłącznie, co oznacza, że odpowiednie organy obowiązane są chronić konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi niezależnie od tego, czy godzą one w ich zdrowie, prywatność lub bezpieczeństwo³. Oznacza to, że katalog dóbr, w które potencjalnie mogą godzić nieuczciwe praktyki rynkowe pozostaje otwarty. Nie powinno zaś ulegać wątpliwości, że w katalogu tym mieszczą się inne wolności i prawa konstytucyjne, w tym te wyrażone w art. 54 ust. 1 – wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Wagę tego ostatniego prawa wzmacnia zasada ustroju wyrażona w art. 14 kreującym zobowiązanie Rzeczypospolitej Polskiej do zapewniania wolności prasy i innych środków społecznego przekazu. Okoliczność, że w art. 76 Konstytucji nie odniesiono ochrony konsumentów przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi do żadnego innego konkretnego dobra konstytucyjnego wskazuje ponadto, że ochrona ta jest dobrem konstytucyjnym samym w sobie. Daje to asumpt do przedstawienia w niniejszej opinii uwag odnoszących się do następujących kwestii:

1. Wpływ przedmiotowej koncentracji na stopień ochrony konsumentów
 - a. Horyzontalny wymiar koncentracji
 - b. Wertykalny wymiar koncentracji
 - c. Wpływ koncentracji na jakość produktów
2. Wpływ koncentracji na wolność mediów i pluralizm opinii.

¹ *Nowe porządki Orlenu w Polska Press. Wiceprezes: postanowienie sądu nie ogranicza uprawnień właścicielskich*, Business Insider 2021, <https://businessinsider.com.pl/wiadomosci/zmiany-w-polska-press-po-przejeciu-przez-pkn-orlen/8t7e3st.>, *Czystka w Polska Press. Orlen wymienia redaktorów naczelnych na ludzi bliskich władzy*, Onet, <https://wiadomosci.onet.pl/tylko-w-onecie/polska-press-orlen-wymiana-naczelnich/z8dy6pl>, 2021.

² L. Garlicki, M. Derlatka, *Art. 76 w:* L. Garlicki, M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. Tom II, wyd. II, Warszawa 2016, Lex.

³ L. Garlicki, M. Derlatka, *op. cit.*

Ad. 1. Wpływ koncentracji na stopień ochrony konsumentów

a. Horyzontalny wymiar koncentracji

HFPC jest zdania, że rzetelne zbadanie efektów przedmiotowej koncentracji w wymiarze horyzontalnym wymaga szerszej perspektywy niż ta przyjęta przez Prezesa UOKiK, w szczególności co do ustalenia właściwych rynków, na które wpływ będzie miała badana koncentracja. Aktywny uczestnik koncentracji – Orlen – bezpośrednio sam do tej pory nie działał na rynku środków społecznego przekazu, a jedynie na rynku kolportażu prasy (patrz: uwagi dotyczące wertykalnego wymiaru koncentracji). Tym niemniej, konieczne wydaje się wzięcie pod uwagę, że dominującym akcjonariuszem Orlenu pozostaje Skarb Państwa. Skarb Państwa natomiast posiada kontrolę nad szeregiem spółek działających na rynkach środków społecznego przekazu, zarówno rynku ogólnokrajowym, jak i rynkach regionalnych – jest to m.in. Telewizja Polska S.A. z terenowymi oddziałami czy Polskie Radio S.A. wraz ze spółkami radiofonii regionalnej, jak również Polska Agencja Prasowa S.A. Nawet gdyby przyjąć, że na gruncie ustawy antymonopolowej spółki Skarbu Państwa nie są traktowane jako podmioty tworzące jedną grupę kapitałową – choć pogląd ten nie wynika bezpośrednio z ustawy – to okoliczność ta ma zasadnicze znaczenie w kontekście oceny możliwości istotnego ograniczenia konkurencji. W związku z powiązaniem strukturalnymi spółek kontrolowanych przez Skarb Państwa istnieje bowiem ryzyko wystąpienia tzw. efektów skoordynowanych – tzn. prawdopodobne staje się koordynowanie swoich działań przez media finalnie kontrolowane przez Skarb Państwa, tj. przez portale internetowe i prasę wydawaną przez pasywnego uczestnika koncentracji oraz spółki mediów publicznych. Szczególnie prawdopodobna wydaje się koordynacja w zakresie informacji i publicystyki, w tym w odniesieniu do linii programowych redakcji.

Nie można bowiem tracić z pola widzenia, że ustawa z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym bezpośrednio nakłada na Prezesa Rady Ministrów obowiązek koordynacji wykonywania uprawnień przysługujących Skarbowi Państwa w spółkach (art. 7 ust. 1). W doktrynie i prawie międzynarodowym zauważa się również specyfikę zachowań tego rodzaju spółek na rynku, związaną z „silnymi powiązaniem pomiędzy spółkami Skarbu Państwa a politykami”⁴. Odnotowuje się też, że wobec spółek Skarbu Państwa rynek

⁴ A. Daszkiewicz, *art. 7 [w:] Zasady zarządzania mieniem państwowym*. Komentarz, Warszawa 2020; zob. również Wytyczne OECD dotyczące nadzoru korporacyjnego w przedsiębiorstwach publicznych, OECD. Guidelines on Corporate Governance of State-Owned Enterprises, 2015 Edition, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264244160-en>.

„odgrywa znacznie mniejszą rolę i słabiej oddziałuje na decydentów”⁵. W opinii HPFC, elementy te powinny być uwzględnione przy ocenie, czy któraś ze stron badanej transakcji nie ma charakteru spółki prowadzącej „odbiegającą od standardów strategię rynkową”⁶, co ma znaczenie przy ocenie wystąpienia zagrożenia istotnego ograniczenia konkurencji na skutek koncentracji⁷. Jest to tym ważniejsze, że instytucje międzynarodowe, w tym m.in. Misja Specjalna Oceny Wyborów OBWE, zwracały już uwagę na przypadki nadużyć zasobów państwowych do celów walki politycznej w ostatnich latach, w tym również mediów publicznych⁸.

Ryzyko koordynowania działań przez spółki kontrolowane przez państwo było również badane przez Komisję Europejską przy niektórych postępowaniach w sprawie oceny koncentracji. Przykładowo w sprawie dotyczącej przejęcia przez Electricité de France S.A. (EDF) kontroli nad przedsiębiorstwem Segebel S.A., Komisja rozważała możliwą koordynację między spółką EDF, kontrolowaną przez państwo francuskie, a inną spółką zajmującą się produkcją energii elektrycznej, GDF Suez (Electrabel), w której również państwo francuskie posiadało udziały⁹. Wśród czynników wziętych pod uwagę przez Komisję Europejską było m. in. to, czy rola agencji rządowej zarządzającej udziałami państwa francuskiego w obu spółkach jest wyraźnie ograniczona i czy agencja ta może wpływać na autonomię biznesową tych spółek¹⁰. Przekładając przytoczony standard na charakter bieżącej sprawy, dla oceny ryzyka koordynacji istotne znaczenie może mieć zbadanie, czy istnieją odpowiednie gwarancje ograniczające rolę podmiotów wykonujących uprawnienia Skarbu Państwa (członków Rady Ministrów-polityków) w spółce będącej aktywnym uczestnikiem koncentracji oraz w innych spółkach Skarbu Państwa prowadzących działalność medialną, a także czy takie gwarancje są realnie przestrzegane w praktyce.

Uwzględniając powyższe, tj. powiązania między spółkami Skarbu Państwa i związane z tym ryzyko koordynacji, zdaniem HFPC wskazane byłoby zbadanie, czy rynkiem

⁵ Ibidem.

⁶ E. Stawicki, *art. 18. [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, red. A. Stawicki, Warszawa 2016.

⁷ Ibidem.

⁸ Misja Specjalna Oceny Wyborów ODIHR OBWE, *Rzeczpospolita Polska - Wybory prezydenckie, druga tura, 12 lipca 2020 r., Stanowisko w sprawie wstępnych wniosków i ustaleń*, https://www.osce.org/files/f/documents/a/f/457213_1.pdf; szerzej, por. również: A. Bodnar, *System polityczny Rzeczypospolitej Polskiej w świetle teorii konkurencyjnego autorytaryzmu*, w: A. Bodnar, A. Płoszka (red.) *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga Jubileuszowa Prof. Mirosława Wyrzykowskiego*, Warszawa 2020, s. 146.

⁹ Decyzja Komisji Europejskiej z 12 listopada 2009 r. w sprawie COMP/M.5549 - EDF/Segebe.

¹⁰ Ibidem, par. 98.

relewantnym przy ocenie, czy przedmiotowa transakcja może prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji, jest również rynek środków społecznego przekazu. W przypadku pozytywnej odpowiedzi, konieczne byłoby, zdaniem Fundacji, uwzględnienie szczególnego charakteru tego rynku. Jak zauważył R. Pitofsky, jeden z komisarzy amerykańskiego organu ochrony konkurencji, Federalnej Komisji Handlu, „*jeżeli pojawią się problemy w działalności gazet, wydawaniu książek, raportowaniu informacji w ogólności (...), to według mnie wskazane jest bycie bardziej ostrożnym i dokładnym w postępowaniu, niż jeżeli te same problemy pojawiają się w sektorze kosmetyków, obróbki drewna albo wydobywania węgla. Chodzi mi o to, że gdy ktoś zmonopolizuje działalność w zakresie kosmetyków, to wydobędzie pieniądze z kieszeni konsumentów, ale skutki powyższego dla wartości demokratycznych będą zerowe. Jeżeli z kolei dojdzie do monopolizacji wydawania książek, to skutki powyższego mają dużo bardziej dalekosiężny charakter niż to, jaki poziom przyjmie cena hurtowa książek*”¹¹. W polskiej doktrynie podejście to określa się postulatem o „**większą ostrożność przy ocenianiu zjawisk na rynkach, mających szczególne znaczenie dla funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa**”¹². Zauważa się przy tym, że „w sytuacji, gdy produktem są treści medialne” to „badanie pluralizmu mediów może być wręcz uznawane za naturalny element analizy rynkowej” – w takim przypadku bowiem „kwestia pluralizmu może stanowić element oceny charakterystyki produktu oraz samej konkurencji na rynku”¹³. Co istotne, perspektywę tę zdaje się podzielać sam Prezes UOKiK w rozstrzygnięciach innych niż zapadłe w przedmiotowej sprawie. Tytułem przykładu, w decyzji nr RWR 7/2004, organ odnotował również ryzyko negatywnego wpływu transakcji „na rozwój pluralizmu opiniotwórczego kształtowanego przez lokalne media prasowe”¹⁴. W tej samej decyzji Prezes UOKiK wyraźnie odnotował szczególny charakter rynku mediów, co warto przytoczyć *in extenso*:

„Obok bowiem takich kryteriów ocennych koncentracji jak: uzyskanie dominującej pozycji na rynku poprzez znaczące zubożenie publicystycznej różnorodności oraz istotne ograniczenie konkurencji, trzeba również podkreślić znaczenie tego typu operacji dla swobody wyrażania różnych opinii oraz demokratycznej kontroli publicznej. Koncentracje na rynku mediów (w tym również prasy codziennej), ze względu na pełnione przez nie funkcje społeczne, kulturalne i polityczne oraz istotne znaczenie dla

¹¹ R. Pitofsky, *The Political Content of Antitrust*, „University of Pennsylvania Law Review”, 1979, 127/ 1051, <https://doi.org/10.2307/3311791> za: J. Polański, *Antymonopolowe déjà vu? Wolność słowa w analizie antymonopolowej*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny”, 2021, nr 3, s. 39.

¹² J. Polański, op. cit., s. 48.

¹³ Ibidem, s. 47.

¹⁴ Decyzja Prezesa UOKiK z 11 lutego 2004 r. nr RWR 7/2004

demokracji, są w wielu państwach przedmiotem szczególnych form kontroli, o wiele bardziej szczegółowych, niż w przypadku koncentracji innego rodzaju. Szczególna ochrona rynku mediów przed nadmierną koncentracją wynika z obawy, iż np. prasa skupiona w jednych rękach mogłaby stłumić swobodne wyrażanie opinii oraz wypaczyć prezentację informacji.”¹⁵

Podobnie w niedawnej decyzji nr DKK- 1/2021 Prezes UOKiK uznał wpływ na pluralizm treści medialnych za jeden z czynników istotnych przy ocenie skutków koncentracji, zauważając, że „dla słuchaczy istotną wartością jest zróżnicowanie treści nadawanych w stacjach, a nie jakość pojedynczej stacji. Natomiast ujednolicanie wszystkich stacji posiadanych przez jeden podmiot wydaje się wysoce prawdopodobne chociażby w zakresie publicystyki”¹⁶.

Zbliżone argumenty zostały również poczynione w doktrynie w odniesieniu do prawa konkurencji Unii Europejskiej. Podnosi się w nich, że efektywna konkurencja powinna być mierzona nie tylko aspektem cenowym dostępnych źródeł informacji medialnej, ale także jakością samego rynku mediów, zasadzającą się na mnogości dostępnych tytułów prasowych czy kanałów informacyjnych i na otwartości tego rynku na różnorakie informacje i idee¹⁷. Uznanie jakości produktów jako jednego z celów i wyznaczników efektywnej konkurencji na rynku środków społecznego przekazu powinno prowadzić do ochrony konsumentów przed uszczupleniem dostępnej dla nich oferty źródeł informacji i poglądów.

b. Wertykalny wymiar koncentracji

Helsińska Fundacja Praw Człowieka pragnie zwrócić uwagę na znaczenie koncentracji w układzie wertykalnym. Nie sposób bowiem rozpatrywać przedmiotowej transakcji w oderwaniu od wcześniejszego nabycia przez Orlen pakietu 65% akcji Ruch S.A. (dalej: Ruch) – drugiego największego podmiotu na polskim rynku kolportażu i sprzedaży detalicznej prasy, którego udział w rynku wynosił według szacunków Izby Wydawców Prasy ponad 23% w 2021¹⁸. Warto ponadto zwrócić uwagę, że wraz z nabyciem Polska Press Orlen uzyskał kontrolę na sześcioma drukarniami należącymi do biernego uczestnika koncentracji, które obsługują nie

¹⁵ Decyzja Prezesa UOKiK z 11 lutego 2004 r. nr RWR 7/2004.

¹⁶ Decyzja Prezesa UOKiK z 7 stycznia 2021 r. nr DKK- 1/2021.

¹⁷ K. Cseres, M. Kozak, *Media pluralism and (EU) competition law: the urgency to revisit the potential of EU competition law to protect and to reinforce media pluralism in the Member States. Background note*, University of Amsterdam, <https://acelg.uva.nl/content/events/lectures/2021/04/media-pluralism-and-eu-competition-law-what-role-eu-competition-rules-play-in-fostering-media-pluralism-in-the-member-states.html?origin=rs4GZrcDRX6KcJMXrnza1g&cb>.

¹⁸ *Kolporterzy*, Izba Wydawców Prasy, <https://www.iwp.pl/category/kolporterzy/>.

tylko tytuły wydawane przez Polska Press, ale świadczą też usługi dla klientów zewnętrznych. Co więcej, w 2019 roku Orlen utworzył, wraz z PZU S.A., dom mediowy Sigma BIS S.A. prowadzący działalność w zakresie komunikacji marketingowej, w tym zakupie czasu i przestrzeni reklamowej.

Powyższe oznacza, że powstały w wyniku przedmiotowej koncentracji podmiot miałby bardzo silną pozycję na wszystkich szczeblach obrotu prasą. Posiadałby on bowiem kontrolę nad redakcjami ponad stu pięćdziesięciu gazet i czasopism, co dawałoby mu możliwość kształtowania samej treści zamieszczanych w nich tekstów. Z kolei nabycie, w ramach przejęcia Polska Press, szeregu drukarni, umożliwiłoby Orlenowi objęcie kontroli nad znaczną częścią rynku druku prasy, zaś niedawne objęcie 65% pakietu akcji Ruchu daje Orlenowi znaczący udział w rynku kolportażu i sprzedaży detalicznej prasy (w tym miejscu warto zaznaczyć, że jeszcze przed przejęciem Ruchu Orlen funkcjonował na rynku kolportażu prasy, jako że prasa sprzedawana jest na stacjach benzynowych Orlenu). Ponadto, za pośrednictwem Sigma BIS S.A. Orlen działa też jako dom mediowy oraz ma udział w rynku reklamy prasowej.

Powstanie tak silnego podmiotu, wywierającego wpływ na wszystkie szczeble obrotu prasą, implikuje poważne ryzyko stosowania praktyk wykluczających względem konkurentów, choćby za pośrednictwem przejętych drukarni czy Ruchu, poprzez który możliwe jest wywieranie wpływu na ogólnokrajową dystrybucję prasy. Samo w sobie stwarza to poważne ryzyko ograniczenia konkurencji na rynku poprzez potencjalne faworyzowanie danych tytułów kosztem innych przy świadczeniu usług druku i dystrybucji prasy i tym samym uszczuplenie oferty tytułów prasowych dostępnych konsumentom.

Dodatkowo należy zauważyć, że przyjęte przez organ ograniczenie badania wpływów koncentracji w układzie wertykalnym do rynku, na którym udział uczestników koncentracji przekracza 30%, oparty jest jedynie na wykładni § 2 pkt 4 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji przedsiębiorców, definiującego rynek, na który koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym. W tym kontekście HFPC pragnie zwrócić uwagę na podniesione przez Rzecznika Praw Obywatelskich zastrzeżenia co do przekroczenia w ww. rozporządzeniu upoważnienia ustawowego zawartego w art. 94 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, które nie obejmuje materii definiowania rynku właściwego, jak również przypomnieć, że zgodnie z art. 178 ust. 1 Konstytucji sędziowie podlegają tylko Konstytucji i ustawom. Warto przy tym mieć na uwadze, że Komisja Europejska przyjmuje odmienną metodologię analizy wpływu koncentracji w układzie wertykalnym, nie ograniczając bezwzględnie badania tylko do przypadków

przekroczenia 30% udziału w rynku, ale zauważając, że w praktyce mogą zaistnieć pewne szczególne okoliczności, które mogą prowadzić do ograniczenia konkurencji na skutek transakcji nawet przy niższych udziałach¹⁹. Innymi słowy, ścisły próg udziału w rynku stanowi jedynie „wstępny wskaźnik braku zagrożenia dla konkurencji”²⁰, a nie finalne kryterium. W opinii HFPC, tego rodzaju podejście może lepiej realizować obowiązek zbadania, czy dana koncentracja może prowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, o którym mowa w art. 18 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów i, szerzej, konstytucyjny obowiązek ochrony konsumentów przez władzę publiczną, wynikający z art. 76 ustawy zasadniczej.

W związku z powyższym, wskazane może być zbadanie, czy w niniejszej sprawie nie zachodzą szczególne okoliczności, które uzasadniałyby bliższe zbadanie ryzyka istotnego ograniczenia konkurencji z uwagi na skutki w wymiarze wertykalnym nawet na rynku, na którym udział uczestnika koncentracji jest wysoki, ale niższy niż 30%. Takimi okolicznościami, które w opinii HPFC warto rozważyć w niniejszej sprawie, są między innymi opisywane już wyżej: specyficzny charakter jednego z uczestników koncentracji jako spółki Skarbu Państwa, a zatem podmiotu, który – z powodów wskazanych wcześniej – może prowadzić odbiegającą „od standardów strategię rynkową”²¹; udokumentowane przypadki wykorzystywania zasobów państwowych do celów walki politycznej przez rządzącą większość²² oraz szczególny charakter rynku środków społecznego przekazu (na który bezpośredni wpływ ma m.in. rynek dystrybucji prasy), tj. jego znaczenie dla funkcjonowania społeczeństwa demokratycznego (w związku z ww. zasadą większej ostrożności przy ocenianiu zjawisk na tego rodzaju rynkach²³).

c. Wpływ koncentracji na jakość produktów

Wskazane powyżej potencjalne ograniczenie dostępnej dla konsumentów oferty na rynku środków społecznego przekazu może mieć negatywne implikacje dla jakości tychże

¹⁹ Wytyczne w sprawie oceny niehoryzontalnych połączeń przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE. C. z 2008 r. Nr 265, str. 6), pkt 26.

²⁰ Ibidem, par. 27.

²¹ E. Stawicki, *art. 18. [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, wyd. II, red. A. Stawicki, Warszawa 2016.

²² Misja Specjalna Oceny Wyborów ODIHR OBWE, *Rzeczpospolita Polska - Wybory prezydenckie, druga tura, 12 lipca 2020 r., Stanowisko w sprawie wstępnych wniosków i ustaleń*, https://www.osce.org/files/f/documents/a/f/457213_1.pdf; szerzej, por. również: A. Bodnar, *System polityczny Rzeczypospolitej Polskiej w świetle teorii konkurencyjnego autorytaryzmu*, w: A. Bodnar, A. Płoszka (red.) *Wokół kryzysu praworządności, demokracji i praw człowieka. Księga Jubileuszowa Prof. Mirosława Wyrzykowskiego*, Warszawa 2020, s. 146.

²³ J. Polański, *op. cit.*, s. 48.

środków. Zwraca się uwagę w doktrynie, że konkurencja w znaczeniu podmiotowym nie stanowi celu samego w sobie, lecz środek do celu²⁴. Takie rozumienie konkurencji implikuje stosowanie prawa antymonopolowego z myślą o pożądanym celu finalnym, do których ma prowadzić efektywna konkurencja rynkowa. Wśród tych celów należy wymienić nie tylko przystępną cenę oferowanych produktów ale też takie elementy jak ich wysoka podaż czy satysfakcjonująca dla konsumentów jakość²⁵. Ten ostatni z mierników efektywnej konkurencji został też dostrzeżony w orzecznictwie, gdzie zwraca się uwagę na konieczność wzięcia pod uwagę, że konkurowanie nie ogranicza się jedynie do aspektu cenowego²⁶. W tej sytuacji, działania podyktowane skupieniem się jedynie na cenowym aspekcie konkurencji mogą okazać się wadliwe z punktu widzenia szerzej rozumianych celów prawa antymonopolowego²⁷.

W kontekście poczynionego wyżej ustalenia HFPC pragnie zwrócić uwagę Sądu, że prasa kontrolowana przez Skarb Państwa (a więc w praktyce przez polityków obozu rządzącego) nie będzie w stanie prawidłowo pełnić funkcji kontrolnej względem szeroko pojętej władzy i podmiotów z nią powiązanych (tzw. funkcji publicznego stróża; ang. *public watchdog*). Sytuacja, w której podmiot kontrolujący jest jednocześnie podmiotem kontrolowanym, przeczy bowiem idei efektywnej kontroli sprawowanej przez media i w konsekwencji transparentności życia publicznego. Tym samym, na skutek istotnej erozji funkcji kontrolnej, ucierpi jakość przejętych wraz z Polska Press tytułów, a tym samym jakość całego rynku środków społecznego przekazu. Na tak szczególnym rynku, jakim jest rynek środków społecznego przekazu, jakość oferowanych produktów wiąże się bowiem między innymi z rzetelnością przekazywanych informacji, niezależnością oraz możliwością realizacji kluczowej roli mediów, czyli pełnienia funkcji kontrolnej i przyczyniania się do jawności życia publicznego²⁸.

2. Wpływ koncentracji na wolność mediów i pluralizm opinii

W nawiązaniu do powyższego ustalenia, że jakość środków społecznego przekazu w dużej mierze zawiera się w prawidłowym pełnieniu przez nie funkcji kontrolnej względem

²⁴ K. Kohutek, *Art. 1 w:* M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, Warszawa 2014, Lex.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 10.10.2006 r., sygn. akt: VI ACa 133/06.

²⁷ K. Kohutek, *op. cit.*

²⁸ S. Lacy, T. Rosenstiel, *Defining and measuring quality journalism*, Rutgers School of Communication and Information, 2015.

władzy, poniżej pragniemy przedstawić szczegółowe standardy dotyczące wolności mediów, bez której nie może być mowy o transparentności działania władz i jawności życia publicznego.

Wolność prasy i innych środków społecznego przekazu stanowi zasadę ustroju Rzeczypospolitej Polskiej (art. 14 Konstytucji RP). Swe rozwinięcie zasada ta zawiera w art. 54 ustawy zasadniczej, w którym mowa m.in. o wolności pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Prawo do wolności wypowiedzi, z którego wynika zasada wolności mediów, gwarantowane jest również przez Europejską Konwencję Praw Człowieka (dalej: EKPC). Zgodnie z art. 10 ust. 1 EKPC: „każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe. Niniejszy przepis nie wyklucza prawa Państw do poddania procedurze zezwoleń przedsięwzięciom radiowych, telewizyjnym lub kinematograficznym”.

Treść art. 10 EKPC należy interpretować w świetle orzecznictwa ETPC, który wielokrotnie podkreślał, że wolność mediów stanowi istotny warunek prawidłowego funkcjonowania społeczeństw demokratycznych²⁹. Monitorowanie działań podmiotów związanych z szeroko pojętym kręgiem władzy, a także przedstawianie społeczeństwu informacji, tak pozytywnych jak i krytycznych, ich dotyczących, należy do istoty roli mediów. Jednocześnie, bez zapewnienia mediom wolności redakcyjnej nie może być mowy o praktycznej realizacji prawa jednostek do pozyskiwania informacji na temat życia publicznego i w konsekwencji niemożliwa jest pluralistyczna debata publiczna, leżąca u samych podstaw demokracji. Z tego względu, zagwarantowanie dostępu społeczeństwa do obiektywnych informacji o publicznym znaczeniu stanowi pozytywny obowiązek państwa³⁰. Oznacza to, że państwo ma obowiązek aktywnego działania na rzecz zapewnienia prawidłowo funkcjonującego rynku medialnego. Trybunał dostrzega przy tym zagrożenie dla wolności mediów w sytuacji zdobycia znacznej przewagi rynkowej przez dany podmiot działający na rynku środków społecznego przekazu, co umożliwia temu podmiotowi wywieranie presji na decyzje redakcyjne. Taka sytuacja, zdaniem Trybunału, stanowiłaby istotne ograniczenie prawa do swobody wypowiedzi wyrażonego w art. 10 EKPC³¹.

Powyższe standardy występujące w orzecznictwie ETPC znajdują odzwierciedlenie w uznaniu w doktrynie stopnia koncentracji mediów za wskaźnik pluralizmu i, w konsekwencji,

²⁹ Zob. m.in. wyrok ETPC z 17.09.2009 r. w sprawie *Manole i inni p. Mołdawii*, skarga nr 13936/02, § 96.

³⁰ Zob. *mutatis mutandis, ibidem*.

³¹ Wyrok ETPC z 28.06.2001 r. w sprawie *VgT Verein Gegen Tierfabriken p. Szwajcarii*, skarga nr 24699/94, § 73.

wolności mediów jako takiej³². W raporcie European University Institute autorstwa B. Klimkiewicz uznano zresztą przejęcie Polska Press przez Orlen za poważne zagrożenie dla wolności mediów w Polsce³³. Podobnie, również Komitet Ministrów Rady Europy uznaje koncentrację na rynku mediów za potencjalne zagrożenie dla pluralizmu mediów³⁴, zaś Komisja Europejska w najnowszym raporcie oceniającym stan praworządności w Unii Europejskiej wymieniła przedmiotową koncentrację jako jedną z kwestii wywierających istotny negatywny wpływ na wolność mediów w Polsce³⁵.

W świetle powyższego, HFPC pragnie zwrócić uwagę Wysokiego Sądu na możliwość naruszenia przedstawionych powyżej standardów na skutek przedmiotowej koncentracji. W obliczu zaobserwowanej polityki wywierania znacznego wpływu na treść informacji prezentowanych w mediach kontrolowanych już przez państwo, należy się spodziewać, że również w przypadku tytułów prasowych i internetowych przejętych wraz z Polska Press będziemy mieli do czynienia z daleko idącą presją na redakcje w zakresie publikowanych treści. Należy uznać przy tym, że ochrona swobody wypowiedzi w mediach prywatnych nabiera szczególnego znaczenia w sytuacji całkowitego podporządkowania władzy mediów publicznych³⁶. Można zakładać, że przedmiotowa koncentracja, jeśli dojdzie do skutku, przyczyni się do erozji funkcji kontrolnej pełnionej przez przejęte tytuły, co z kolei będzie negatywnie rzutować na jakość debaty publicznej, transparentność życia publicznego oraz prawo społeczeństwa do pozyskiwania informacji o sprawach ważnych z punktu widzenia zbiorowości. Kwestie te, stanowiące w istocie o potencjalnie pogarszającej się jakości czasopism oraz rynku środków społecznego przekazu jako takiego, powinny być w opinii HFPC wzięte pod uwagę jako mierniki efektywnej konkurencji, a więc kryteria, które winno się przeanalizować przy kontroli przedmiotowej koncentracji.

Wyżej omówiona kwestia wpływu koncentracji na pluralizm mediów zaznacza się jeszcze ostrzej na poziomie lokalnym i regionalnym. Prasa lokalna i regionalna bardzo często stanowi jedyny mechanizm kontroli lokalnych polityków, biznesmenów, a także innych osób

³² B. Klimkiewicz, *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era. Country report*, European University Institute 2021, <https://cmpf.eui.eu/mpm2021-results/>, s. 4.

³³ *Ibidem*, s. 12.

³⁴ Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy z 19 stycznia 1999 r. w sprawie środków promocji pluralizmu mediów, R(99)1.

³⁵ Komisja Europejska, *2021 Rule of Law Report. Country Chapter on the rule of law situation in Poland*, <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/rule-law/rule-law-mechanism/2021-rule-law-report/2021-rule-law-report-communication-and-country-chapters>.

³⁶ Zob. HFPC, *Represje wobec dziennikarzy mediów publicznych*, <https://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2020/01/Represje-wobec-dziennikarzy-medi%C3%B3w-publicznych.pdf>.

czy jednostek organizacyjnych w różny sposób powiązanych z kręgiem władzy. To dzięki takiej prasie mieszkańcy mają dostęp do informacji ważkich z punktu widzenia lokalnej i regionalnej społeczności, którymi jednak nie interesują się media ogólnopolskie. Tymczasem, na szczeblu lokalnym zidentyfikowano już poważne zagrożenie dla wolności słowa, jakim jest funkcjonowanie tzw. prasy samorządowej, wydawanej przez organy samorządu terytorialnego, które mają swobodę w kształtowaniu treści odpowiednich tytułów³⁷. Z oczywistych względów, czasopisma kontrolowane przez polityków nie są w stanie prawidłowo realizować funkcji kontrolnej w odniesieniu do tych samych polityków. Co więcej, samorządowe tytuły prasowe, utrzymując się zarówno ze środków publicznych jak i konkurując z czasopismami prywatnymi na rynku reklam, posiadają nad tymi drugimi znaczącą przewagę rynkową³⁸. W obliczu powyższego, tym bardziej pożądana wydaje się ochrona niezależnych mediów na poziomie regionalnym i lokalnym, gdzie już w tej chwili mamy do czynienia z poważnym zaburzeniem pluralizmu mediów.

Według Komitetu Ministrów Rady Europy, zagwarantowanie niezależności w zarządzaniu środkami społecznego przekazu stanowi jedno z najbardziej doniosłych wyzwań stojących przed państwami członkowskimi³⁹. Liczymy że Sąd, jako emanacja państwa polskiego, weźmie powyższe pod uwagę i przyczyni się do zapewnienia zgodności działań Polski z przedstawionymi standardami.

IV. WNIOSKI

W ocenie HFPC, decydującego znaczenia w przedmiotowej sprawie nabiera konieczność szerszego spojrzenia na potencjalne skutki przedmiotowej koncentracji dla konsumentów. Należy mieć w pamięci, że konkurencja rynkowa nie jest celem samym w sobie, a stanowi jedynie środek do celu. Celem tym jest z kolei dobro konsumentów, które realizuje się choćby przez takie wskaźniki, jak wysoka jakość dostępnych produktów czy też ich podaż i różnorodność. W związku z tym HFPC pragnie raz jeszcze podkreślić, że rzetelna analiza przedmiotowej koncentracji w wymiarze horyzontalnym jak i wertykalnym wymaga wzięcia pod uwagę jej potencjalne negatywnych konsekwencji dla różnorodności przekazu informacji i idei dostępnych na rynku środków społecznego przekazu.

³⁷ D. Głowacka, A. Płoszka, *Wydawanie gazet przez jednostki samorządu terytorialnego – wątpliwości konstytucyjne*, „Samorząd Terytorialny” 2014, nr 11, s. 75.

³⁸ *Ibidem*, s. 80.

³⁹ Rekomendacja Komitetu Ministrów RE z 15 lutego 2012 r. w sprawie zarządzania w środkach społecznego przekazu, CM/REC(2012)1.

Szczególnie istotne w opinii HFPC jest zwrócenie uwagi na okoliczność, że dominującym akcjonariuszem aktywnego uczestnika koncentracji pozostaje Skarb Państwa, który jednocześnie posiada kontrolę nad szeregiem spółek działających na rynkach środków społecznego przekazu. Niezależnie bowiem od tego, czy na gruncie prawa konkurencji można uznawać spółki Skarbu Państwa za jedną grupą kapitałową, to powiązania między tymi spółkami powinny być, w ocenie Fundacji, wzięte pod uwagę przy ocenie ryzyka koordynacji działań na rynku. Ryzyko to może być tym większe, gdy uwzględnimy związki spółek Skarbu Państwa z politykami, udokumentowane przypadki nadużyć zasobów państwowych do walki politycznej, jak również brak skutecznych gwarancji chroniących przed wpływem polityków na działalność tych spółek.

Przyjęcie, że w przedmiotowej sprawie relewantny jest rynek środków społecznego przekazu, pociąga za sobą potrzebę uwzględnienia szczególnego charakteru dóbr oferowanych na tym rynku. Wiąże się to również z zasadą większej ostrożności przy ocenianiu zjawisk na rynkach, które mają szczególne znaczenie dla funkcjonowania demokracji. W takim wypadku nie można również tracić z pola widzenia, że badanie pluralizmu można uznać za esencjonalny element analizy rynkowej, jeżeli produktem są treści medialne. Co istotne, pogląd taki można dostrzec również w rozstrzygnięciach Prezesa UOKiK (innych niż zapadłe w przedmiotowej sprawie).

Wskazane wyżej czynniki dotyczące z jednej strony szczególnych cech aktywnego uczestnika koncentracji, a z drugiej – specyfiki rynków środków społecznego przekazu mogą być również znaczące dla oceny, czy zaistniały okoliczności uzasadniające potrzebę bliższego zbadania skutków koncentracji w wymiarze wertykalnym także na rynkach, gdzie udział uczestników koncentracji nie przekracza 30%. W tym kontekście nie bez znaczenia jest również niebudząca wątpliwości w doktrynie i praktyce możliwość pominięcia przez sądy przepisów rozporządzenia, które byłyby niezgodne z aktami wyższego rzędu (Konstytucją, prawem międzynarodowym, ustawami), zgodnie z art. 178 Konstytucji.

W opinii HPC istotne znaczenie ma również potrzeba uwzględniania skutków koncentracji dla jakości produktów oferowanych na rynku środków społecznego przekazu, wyznaczaną przez pluralizm dostępnych na nim informacji i idei, jak również związaną m.in. z niezależnością i możliwością realizacji kluczowej funkcji mediów, czyli pełnienia funkcji kontrolnej wobec władzy.

Liczmy też, że Sąd zechce wziąć pod uwagę przedstawione na łamach niniejszej opinii standardy dotyczące wolności mediów i związków tej wolności z koncentracją na rynku medialnym, co zdaje się szczególnie newralgiczne na rynku prasy regionalnej, której przede wszystkim dotyczy przedmiotowa koncentracja. Bieżąca sprawa powinna być bowiem rozpatrywana w oparciu o opisane standardy i może zaważyć na ocenie ich przestrzegania przez Polskę na forum międzynarodowym.