



RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Warszawa, 5.03.2021 r.

ADAM BODNAR

VII.716.26.2020.ST/MW/MAW

**Sąd Okręgowy w Warszawie –
Sąd Ochrony
Konkurencji i Konsumentów**

za pośrednictwem

**Prezesa Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów**

**Organ:
Prezes Urzędu Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
Plac Powstańców Warszawy 1
00-950 Warszawa**

**Strona:
Polski Koncern Naftowy
ORLEN S. A. z siedzibą
w Płocku**

**Skarżący:
Rzecznik Praw Obywatelskich**

Odwolanie Rzecznika Praw Obywatelskich

**od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-34/2021
z dnia 5 lutego 2021 r.**

Działając na podstawie art. 81 ust. 1 ustawy z dnia z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275; dalej jako: u.o.k.i.k.) w związku z art. 479²⁸ § 1 pkt 1 oraz art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. z 2020 r. poz. 1575; dalej jako: k.p.c.), w związku z art. 14

pkt 4 ustawy z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich (Dz. U. z 2020 r. poz. 627; dalej jako: ustawa o RPO) oraz w związku z art. 7 oraz art. 60 k.p.c.

Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi odwołanie

od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nr DKK-34/2021 z dnia 5 lutego 2021 r. w sprawie wydania zgody na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S. A. z siedzibą w Płocku kontroli nad Polska Press sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

Zaskarżonej niniejszym odwołaniem decyzji **Rzecznik Praw Obywatelskich zarzuca**

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 w toku przeprowadzonego 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.

Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi o

- 1) wstrzymanie na podstawie art. 479³⁰ § 1 k. p. c. wykonania zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK do czasu rozstrzygnięcia sprawy;
- 2) uchylenie na podstawie art. 479^{31a} § 2 k. p. c. w całości decyzji Prezesa UOKiK z dnia 5 lutego 2021 r.

Uzasadnienie

Zaskarżoną decyzją Prezes UOKiK wydał zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez PKN Orlen S. A. kontroli nad Polska Press sp. z o. o.

Informację o planowanej koncentracji Rzecznik początkowo powziął na podstawie publikacji prasowych. W związku z tym zwrócił się do Prezesa UOKiK, wskazując na zagrożenia dla praw i wolności obywatelskich wynikające z koncentracji, które powinny być uwzględnione w postępowaniu. Rzecznik wskazał, że istnieje zagrożenie, że wydawana przez spółki kontrolowane przez Skarb Państwa prasa nie będzie dostarczała produktu o cechach wymaganych przez obowiązujące prawo. Z reguły bowiem politycy, pod których władztwem pozostają spółki kontrolowane przez Skarb Państwa, nie są zainteresowani tym, aby ujawniać społeczeństwu, często niewygodne dla nich, fakty dotyczące ich działalności publicznej i prywatnej. Z całą pewnością nie będą także zainteresowani tym, aby ich działalność podlegała kontroli i krytyce społecznej w tytułach prasowych wydawanych przez spółki kontrolowane przez Skarb Państwa. Czytelnicy prasy mogą zostać więc wprowadzeni w błąd, nie wiedząc, że pod z pozoru komercyjną nazwą danego wydawcy w praktyce kryje się podmiot gospodarczy poddany całkowicie kontroli politycznej rządzących. Ponadto PKN Orlen przejmie w ramach planowanej koncentracji nie tylko funkcję wydawcy prasy, lecz prowadzić także będzie działalność gospodarczą, której zakres przedmiotowy obejmować będzie druk prasy (zakup sześciu drukarni). Oznacza to, że spółka ta będzie miała wpływ na druk także konkurencyjnych tytułów prasowych. Dodatkowo PKN Orlen kontroluje już obecnie znaczną część rynku kolportażu prasy (w związku z dokonanym zakupem Ruchu). Wskazana inwestycja spowoduje zatem, że spółka będzie miała znaczący wpływ na dystrybucję prasy w Polsce, tym bardziej, że prasa jest sprzedawana także na jej stacjach benzynowych.

UOKiK w odpowiedzi skierowanej do RPO wskazał jednak, że opisane zagadnienia nie zostaną uwzględnione w trakcie postępowania. Podkreślił bowiem, że decyzje organu antymonopolowego w sprawach dotyczących koncentracji mają na celu ocenę planowanych koncentracji wyłącznie pod kątem zachowania warunków konkurencji, bowiem tylko takie

uprawnienia ustawa przyznaje Prezesowi Urzędu. Oznacza to, że Prezes Urzędu nie ma możliwości oceny innych aspektów projektowanej transakcji, w tym np. oceny wpływu koncentracji na pluralizm mediów.

Po pojawieniu się w mediach informacji o wydaniu przez organ zgody na koncentrację w dniu 5 lutego 2021 r. Rzecznik Praw Obywatelskich, działając na podstawie art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o RPO, zwrócił się do UOKiK z wnioskiem o przesłanie całości akt sprawy bądź udostępnienie całości akt tej sprawy za pomocą środków komunikacji elektronicznej, ewentualnie o dostarczenie kopii całości tych akt do Biura RPO w Warszawie – na podstawie art. 17 ust. 2 ustawy o RPO – w terminie do dnia 8 lutego 2021 r. Organ w odpowiedzi z dnia 9 lutego 2021 r. przesłał Rzecznikowi pismo, prosząc o wskazanie w jakim trybie i w związku z jakim postępowaniem skierowane zostało takie żądanie. Tym samym organ przekroczył wyznaczony przez Rzecznika termin, naruszając ustawę o RPO. W odpowiedzi na kolejne pismo Rzecznika organ wskazał, że informacje uzyskane przez Prezesa UOKiK w toku prowadzonego postępowania podlegają szczególnej ochronie, a przepisy u.o.k.i.k. (art. 73, art. 71) ograniczają Prezesowi UOKiK możliwość ich przekazania innym organom. Poprzez analizę przepisów organ doszedł do wniosku, że obowiązuje zakaz udostępniania (przekazywania) informacji zebranych przez organ antymonopolowy w trakcie wszystkich prowadzonych postępowań (wyjaśniających, antymonopolowych, w sprawie praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów, w sprawie o uznanie postanowień wzorca umowy za niedozwolone). Organ zaznaczył, iż jedynym publicznym organem kontrolnym, któremu UOKiK może udostępnić informacje zebrane w toku postępowania jest prokuratura, ewentualnie Najwyższa Izba Kontroli.

Organ, mimo szczegółowego wskazania i wyjaśnienia podstaw prawnych przez RPO, odmówił przekazania Rzecznikowi akt postępowania, udostępniając Rzecznikowi jedynie treść decyzji w wersji niezawierającej prawnie chronionych tajemnic uczestników koncentracji i ich konkurentów pozyskanych w toku postępowania. Decyzja organu stoi, w opinii Rzecznika, w sprzeczności z konstytucyjnymi i ustawowymi obowiązkami i uprawnieniami Rzecznika Praw Obywatelskich, w szczególności zaś z art. 13 ust. 1 pkt 2 ustawy o RPO, zgodnie z którym Rzecznik może żądać – bez wyjątków – złożenia wyjaśnień, przedstawienia akt każdej sprawy prowadzonej przez naczelne i centralne organy

administracji państwowej, organy administracji rządowej, organy organizacji spółdzielczych, społecznych, zawodowych i społeczno-zawodowych oraz organy jednostek organizacyjnych posiadających osobowość prawną, a także organy jednostek samorządu terytorialnego i samorządowych jednostek organizacyjnych. Ponadto, zgodnie z art. 13 ust. 2 ustawy o RPO, w sprawach stanowiących informację niejawną o klauzuli tajności "tajne" lub "ściśle tajne" udzielanie informacji lub umożliwianie Rzecznikowi wglądu do akt następuje na zasadach i w trybie określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych.

Do Rzecznika Praw Obywatelskich, w trakcie prowadzonego przez niego postępowania wyjaśniającego, zwróciły się organizacje obywateli, wskazując na zagrożenia, które wywołać może koncentracja w odniesieniu do prasy i dziennikarzy, w tym Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Towarzystwo Dziennikarskie, Sieć Obywatelska – Watchdog Polska oraz Stowarzyszenie Gazet Lokalnych. Kopie pism stanowią załączniki do niniejszej skargi.

W swoim piśmie z dnia 2 marca 2021 r. Helsińska Fundacja Praw Człowieka wskazała, że omawiana koncentracja wpłynie negatywnie na pluralizm mediów i spowoduje powstanie zagrożeń na regionalnym rynku mediów, co stoi w sprzeczności z art. 11 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Decyzja organu przyczyni się zdaniem Fundacji do naruszeń praw obywateli w zakresie otrzymywania rzetelnych informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Ochrona swobody wypowiedzi w sektorze mediów prywatnych jest tym bardziej istotna w sytuacji, gdy przeprowadzona w 2016 roku reforma mediów publicznych doprowadziła do utraty możliwości bezstronnego relacjonowania przez nie działalności władzy. W ocenie Fundacji nieprawidłowości, które uwidoczniły się w miejscach wydawania prasy lokalnej przez samorządy w wyniku decyzji zaczną występować również na poziomie regionalnym. Fundacja odniosła się również do raportu pt. „Monitor Pluralizmu Mediów (2020)”, w którym wskazano na wysokie zagrożenie dla niezależności politycznej mediów w Polsce. W raporcie podkreślono, że media publiczne są narażone na ryzyko ingerencji rządu poprzez powoływanie politycznie zależnego kierownictwa.

Jeszcze w toku postępowania szereg podmiotów zgłosiło chęć udziału w postępowaniu przed organem antymonopolowym, jednakże organ odmawiał dopuszczenia organizacji społecznych do udziału w postępowaniu.

W dniu 21 grudnia 2020 r. na podstawie art. 31 § 1 pkt 2 k.p.a. Towarzystwo Dziennikarskie, stowarzyszenie z siedzibą w Warszawie (ul. Józefa Hauke-Bosaka 3, 01-540 Warszawa), wpisane do KRS pod numerem 0000423381, złożyło do Prezesa UOKiK wnioski o dopuszczenie Towarzystwa do toczącego się postępowania administracyjnego w sprawie przejęcia przez Polski Koncern Naftowy Orlen S.A. kontroli nad Polska Press sp. z o.o. na prawach strony. Pismem z dnia 31 grudnia 2021 r. Prezes UOKiK odmówił dopuszczenia Towarzystwa Dziennikarskiego do postępowania w sprawie koncentracji podnosząc, że art. 31 § 1 pkt 2 k.p.a. w związku z art. 83 u.o.k.i.k. nie ma zastosowania w postępowaniach przez Prezesem UOKiK w sprawach koncentracji.

Zwrócić należy jednak uwagę, że już w 2012 r. zarówno doktryna, jak i sam UOKiK wskazywał, że postępowanie dotyczące koncentracji przed organem antymonopolowym ma charakter postępowania administracyjnego o charakterze szczególnym (zob. M. Błachucki, „System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców”, UOKiK, Warszawa 2012). Pogląd ten uzasadniano tym, że w postępowaniu antymonopolowym stosowane są zasadniczo przepisy k.p.a., ponadto o charakterze administracyjnym postępowania antymonopolowego świadczy fakt, że organ antymonopolowy jest organem administracji publicznej uprawnionym do wydawania decyzji administracyjnych. Dodatkowo, wskazując podobieństwo krajowego postępowania do postępowania unijnego, kluczowym jest wskazanie, iż istotą postępowania jest ochrona interesu publicznego za pomocą instrumentów administracyjnoprawnych. Należy jednocześnie zauważyć pewne odrębności postępowania antymonopolowego w stosunku do k.p.a. (w szczególności w zakresie postępowania odwoławczego).

Na marginesie należy również wskazać, że obywatele zwracali się również indywidualnie do Rzecznika Praw Obywatelskich w przedmiotowej sprawie, wnosząc o zbadanie omawianej koncentracji pod kątem ochrony praw podstawowych. W pismach wskazywana była nie tylko konieczność ochrony wolności mediów oraz wolności słowa, ale także konieczność ochrony danych osobowych obywateli, w szczególności użytkowników

serwisów internetowych prowadzonych dotychczas przez Polska Press, a przejmowanych przez spółkę Orlen. Na skutek koncentracji spółka należąca do Skarbu Państwa będzie bowiem w posiadaniu ponad 500 nowych domen internetowych oraz szeregu stron w domenach mediów społecznościowych. Domeny te są częstokroć wykorzystywane przez lokalnych użytkowników, którzy zakładają konta, przekazują swoje dane osobowe oraz biorą udział w dyskusjach, ujawniając tym samym swoje poglądy polityczne. Koncentracja umożliwi tym samym dostęp spółki kontrolowanej przez Skarb Państwa, a tym samym przez polityków, do wskazanych danych, w tym adresów IP użytkowników, ich zachowań na stronie, tzw. cookies oraz informacji zgromadzonych na portalach społecznościowych. Wskazane dane umożliwią m.in. mikrotargeting, w tym również profilowanie polityczne indywidualnych użytkowników.

W toku prowadzonego postępowania antymonopolowego organ ustalił, że pasywny uczestnik koncentracji (Polska Press sp. z o. o.) prowadzi działalność w zakresie wydawania prasy i serwisów internetowych, sprzedaży powierzchni reklamowej oraz usług poligraficznych. Natomiast aktywny uczestnik koncentracji (PKN Orlen, a więc spółka, w której Skarb Państwa sprawuje faktyczną kontrolę korporacyjną, mimo posiadania jedynie mniejszościowych udziałów własnościowych) prowadzi przede wszystkim działalność w sektorze produkcji rafineryjnej i petrochemicznej oraz sprzedaży hurtowej i detalicznej paliw. Spółka prowadzi też sklepy stanowiące część stacji benzynowych oferujące produkty spożywcze i niespożywcze, w tym prasę. PKN Orlen utworzył ponadto w 2019 r. wspólnie z PZU S. A. dom mediowy (Sigma BIS S. A.) prowadzący działalność polegającą m. in. na planowaniu i zakupie czasu i przestrzeni reklamowej. Ponadto na końcowym etapie są czynności związane z przejściem grupy RUCH zajmującej się kolportażem prasy na rynku hurtowym i detalicznym.

Prezes UOKiK nie zidentyfikował rynków właściwych, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym, nie stwierdził bowiem rynków wspólnych dla uczestników procesu koncentracji. Z uzasadnienia decyzji wynika także, że Prezes UOKiK nie stwierdził, że koncentracja wywiera wpływ w układzie wertykalnym na rynek reklamy internetowej oraz na rynek hurtowej dystrybucji prasy. Stwierdził natomiast, że koncentracja wywiera wpływ

w układzie wertykalnym na rynki regionalnej reklamy prasowej. Jednakże realizacja koncentracji nie będzie stanowić zagrożenia prowadzącego do wykluczenia konkurentów uczestników koncentracji z poszczególnych szczebli obrotu na tych rynkach.

Ponadto Prezes UOKiK uznał, że koncentracja wywiera wpływ w układzie konglomeratowym, brak jest jednak podstaw do uznania, iż w szczególności na krajowym rynku druku prasy w wyniku koncentracji doszło do istotnego ograniczenia konkurencji. Wreszcie wskazał, że „ocenia zgłaszany przez przedsiębiorcę zamiar koncentracji wyłącznie pod kątem tego, czy w wyniku jej dokonania konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Wydawane przez Prezesa decyzje mają zatem na celu ocenę planowanych koncentracji wyłącznie w zakresie zachowania warunków konkurencji. W takie bowiem uprawnienia wyposażyła Prezesa Urzędu *ustawa o konkurencji*. Organ antymonopolowy nie ma bowiem kompetencji do oceny poszczególnych transakcji pod kątem innych kwestii, w tym zagrożenia pluralizmu, czy niezależności mediów na poszczególnych rynkach.” Ze stwierdzenia tego wynika, że poza właściwością organu antymonopolowego pozostaje więc materia monopoli informacyjnych budowanych za pomocą transakcji handlowych, w efekcie realizacji których może dojść do ograniczenia wolności wypowiedzi i prawa do rzetelnej informacji, nawet jeśli monopol ten stanowi zaprzeczenie zachowania warunków konkurencji.

W tym miejscu zauważyć trzeba, że Prezes UOKiK w trakcie postępowania analizował zagadnienie wpływu koncentracji na rynkach właściwych w układzie wertykalnym, horyzontalnym i konglomeratowym. Rynki właściwe, na który koncentracja wywiera wpływ w tych układach zostały zdefiniowane w § 2 pkt 3-5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2014 r. w sprawie zgłoszenia zamiaru koncentracji (Dz. U. z 2018 r. poz. 367). Nie powinno jednak budzić wątpliwości, że Rada Ministrów owe rozumienia rynków, na których koncentracja wywiera wpływ w poszczególnych układach, wprowadziła bez podstawy prawnej. Rozporządzenie zostało bowiem wydane na podstawie art. 94 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Wskazane upoważnienie ustawowe uprawnia Radę Ministrów do określenia w rozporządzeniu szczegółowych warunków, 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. Ponadto, z woli ustawodawcy materia rozporządzenia zostały objęte opłaty, o których mowa w art. 94 ust. 4 ustawy, oraz tryb ich uiszczania. Zakres przedmiotowy upoważnienia zawartego w art. 94 ust. 6 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie obejmuje natomiast materii definiowania rynku właściwego, na który koncentracja wywiera wpływ w poszczególnych układach. Dlatego też wszelkie rozważania dotyczące tej materii znajdujące się w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji oparte zostały na normach prawnych wydanych bez podstawy prawnej. Okoliczność tę sąd powinien wziąć pod uwagę rozpoznając odwołanie, gdyż zgodnie z art. 178 ust. 1 Konstytucji RP nie jest związany treścią rozporządzenia, które w tej nieważnej dla sprawy części zostało wydane bez podstawy prawnej, z przekroczeniem granic upoważnienia ustawowego.

Zawarte w uzasadnieniu zaskarżonej decyzji stwierdzenie oraz ograniczenie postępowania w zakresie prasy i stron internetowych jako nośników treści jedynie do rynku reklam, oznacza, że organ antymonopolowy uznał, że prasa oraz serwisy internetowe są wyłącznie nośnikami reklam, nie są natomiast nośnikami idei i informacji. Prowadzona analiza dopuszczalności koncentracji w ogóle zatem nie objęła podstawowej funkcji prasy (art. 14 Konstytucji RP, art. 1 ustawy z dnia 26 stycznia 1984 r. – *Prawo prasowe* – Dz. U. z 2018 r. poz. 1914), a więc tego, że prasa korzysta z wolności wypowiedzi i urzeczywistnia prawo obywateli do ich rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, chociaż z poczynionych przez Prezesa UOKiK ustaleń faktycznych wynika, że pasywny uczestnik koncentracji wydaje 20 dzienników regionalnych, 120 tygodników lokalnych oraz prasę bezpłatną, a ponadto jest właścicielem 23 internetowych serwisów regionalnych i ponad 500 serwisów powiatowych (w Polsce jest 314 powiatów). Poprzez wszystkie wymienione nośniki informacji pasywny uczestnik koncentracji realizuje więc nie tylko funkcję reklamową badaną przez Prezesa UOKiK i stanowiącą część składową znacznie szerszej pojmowanej wolności wypowiedzi, ale przede wszystkim także prawo obywateli do rzetelnego informowania, jawności życia publicznego oraz krytyki i kontroli społecznej.

Zakres stosowania ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów określa art. 2 tej ustawy. Przepis ten nie zawiera wyłączenia spod zakresu jej stosowania materii regulowanej

Prawem prasowym. Nie ma również odrębnych ustaw (art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów), które wyłączałyby ograniczenia dotyczące konkurencji odnoszące się do Prawa prasowego. Z art. 14 Konstytucji RP wynika natomiast, że Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu. Z art. 14 Konstytucji RP wynika w związku z tym, że prasa stanowi również środek społecznego przekazu. Obok prasy Konstytucja RP wymienia jako środki społecznego przekazu radio i telewizję (art. 54 ust. 2 i art. 213 ust. 1 Konstytucji RP). Dlatego zwraca się uwagę („Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, t. I, wyd. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Wyd. Sejmowe 2016, komentarz do art. 14), że „adresatami treści przekazywanych przez środki <<społeczne>> są właściwie wszyscy pozostali mieszkańcy państwa (a często nawet szerzej), z tym że są oni adresatami jedynie potencjalnymi, a <<skonkretyzowanie się>> ich w tym charakterze nie następuje w sposób konieczny, lecz poprzez otwarcie się na odbiór tych treści przez swoiste <<podłączenie się>> do danego środka przekazu (kupno gazety czy nawet przyjęcie jej numeru bezpłatnego, nastawienie odpowiedniej stacji radiowej i telewizyjnej w odbiorniku, wejście na portal internetowy itd.) przy czym bardzo często adresat nie jest świadom, z jakimi treściami zostanie wówczas skonfrontowany.”

Zgodnie z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez rynek właściwy rozumie się zaś 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 ceny i koszty transportu, panują zbliżone warunki konkurencji. Celem wyznaczenia rynku właściwego jest identyfikacja przedmiotowego i terytorialnego zakresu konkurencji. Poprawne zdefiniowanie rynku właściwego na potrzeby prowadzonego postępowania należy do organu prowadzącego to postępowanie.

Właściwy rynek produktowy został określony w art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów jako „rynek towarów, które ze względu na swoje przeznaczenie, cenę oraz właściwości, w tym jakość, są uznawane przez ich nabywców za substytuty”. Towary mogą być względem siebie substytutami, jeśli spełniają te same funkcje użytkowe,

a więc służą zaspokajaniu tych samych potrzeb. Natomiast właściwość towaru obejmuje jego cechę dominującą.

Odnosząc tę ustawową definicję właściwego rynku produktowego do środków społecznego przekazu (w tym prasy) wskazać należy, że poszczególne środki społecznego przekazu ze względu na swoje główne przeznaczenie (realizacja wolności wypowiedzi i prawa do informacji, jawności życia publicznego, kontroli i krytyki społecznej), niezależnie od nośników (prasa drukowana, internet, radio, telewizja) są uznawane przez konsumentów za substytuty w takim znaczeniu, jakie wynika z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Służą one bowiem zaspokojeniu tych samych potrzeb, a więc przede wszystkim potrzeby pozyskania informacji, w tym informacji o sprawach publicznych, realizacji przy pomocy środków społecznego przekazu swoich praw politycznych, takich jak udział w wyborach i referendum czy też możliwość wyrażenia za pośrednictwem tych środków swoich poglądów. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W wyroku z dnia 28 października 2016 r. (sygn. akt I CSK 695/15) Sąd Najwyższy wskazał, że „zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 1 prawa prasowego, prasa w rozumieniu ustawy oznacza publikacje periodyczne, które nie tworzą zamkniętej, jednorodnej całości, ukazujące się nie rzadziej niż raz do roku, opatrzone stałym tytułem albo nazwą, numerem bieżącym i datą, a w szczególności: dzienniki i czasopisma, serwisy agencyjne, stałe przekazy teletekstowe, biuletyny, programy radiowe i telewizyjne oraz kroniki filmowe; prasą są także wszelkie istniejące i powstające w wyniku postępu technicznego środki masowego przekazywania, w tym także rozgłośnie oraz tele- i radiowęzły zakładowe, upowszechniające publikacje periodyczne za pomocą druku, wizji, fonii lub innej techniki rozpowszechniania; prasa obejmuje również zespoły ludzi i osoby zajmujące się działalnością dziennikarską. Dokonując wykładni pojęcia prasy, należy wziąć pod uwagę, że jej definicja zawarta jest w akcie prawnym z 1984 r. (...) Definicja prasy, zawarta w art. 7 ust. 2 pkt 1 prawa prasowego, jest dostosowana przede wszystkim do prasy mającej postać drukowaną (...). W orzecznictwie Sądu Najwyższego przesądzono, że przekaz za pośrednictwem internetu, jeżeli spełnia wymogi określone w art. 7 ust. 2 pkt 1 prawa prasowego jest prasą, gdyż przekaz internetowy zawsze towarzyszy przekazowi utrwalonemu na papierze, drukowanemu, stanowiąc inną elektroniczną jego postać w systemie *on line*, jak i wówczas, gdy przekaz istnieje tylko w formie elektronicznej w internecie, ale ukazuje się tylko periodycznie (por.

postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2007 r., IV KK 174/07, BPK 2007, nr 15, oraz z dnia 15 grudnia 2020 r., III KK 250/10, OSNKW 2011, nr 3, poz. 26). (...) Periodyczność publikowania jest zasadniczym elementem prasy.”

W związku z powyższym w realiach koncentracji objętych zaskarżoną decyzją rynek właściwy w rozumieniu art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wyznacza nie tylko reklama i dystrybucja prasy, lecz przede wszystkim przeznaczenie prasy, której cechą immanentną jest korzystanie z wolności wypowiedzi, przekazywanie rzetelnych informacji, zapewnienie jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej. Opisane przeznaczenie prasy wyklucza to, aby stała się ona biuletynem informacyjnym władzy publicznej bądź podmiotów zależnych od tej władzy. Obowiązkiem organów państwowych, a więc także Prezesa UOKiK w ramach przysługujących mu kompetencji w zakresie koncentracji, jest zapewnienie, że koncentracja taka zgodnie z Konstytucją RP zachowa warunki niezbędne do wykonywania przez prasę jej podstawowych i powołanych powyżej funkcji i zadań, w tym również i to, że po dokonaniu koncentracji zagwarantowana zostanie działalność dzienników i czasopism zróżnicowanych pod względem programu, zakresu tematycznego i prezentowanych postaw (art. 2 Prawa prasowego).

Z art. 18 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, że Prezes UOKiK, w drodze decyzji wydaje zgodę, na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Zasadnie zwraca się uwagę (J. Skrzypczak „Ograniczenia koncentracji przedsiębiorstw medialnych a wolność słowa – doświadczenia Unii Europejskiej i Polski”, *Studia Medioznawcze*, Nr 5 z 2003 r., s. 26), że „pojęcie <<koncentracja>> może być wieloznaczne. Wyjaśnić zatem należy, że wyróżnia się zatem tzw. koncentrację monomedialną, zwaną także poziomą, horyzontalną oraz multimedialną (intermedialną, pionową). W tym pierwszym przypadku chodzi o zjawisko łączenia mediów z tego samego sektora. Natomiast w drugim – obserwuje się połączenie przedsiębiorstw medialnych działających w różnych sektorach (prasa codzienna, czasopisma, telewizja naziemna, satelitarna, kablowa, operatorzy Internetu, wideo, producenci filmowi).” W sprawie tej jednak Prezes UOKiK (co sam przyznał w uzasadnieniu decyzji) nawet nie podjął próby zbadania tego, czy w wyniku koncentracji, konkurencja na rynku wolnego słowa, prawa do rzetelnej

informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej, a więc na rynku produktowym opisanym w art. 1 Prawa prasowego i obejmującym różne sektory, nie zostanie w istotny sposób ograniczona. Tymczasem antymonopolowa ocena zamierzonej koncentracji powinna przede wszystkim ważyć straty i korzyści, które wynikną z przeprowadzonej koncentracji. Stąd też w dokonywanej analizie powinny zostać uwzględnione wszelkie okoliczności mające wpływ na podstawowe dobro chronione w postępowaniu antymonopolowym, jakim jest dobro konsumenta.

Koncentracja intermedialna oznacza zaś – jak już wskazano – sytuację, w której ten sam podmiot posiada kontrolę nad różnymi produktami medialnymi (prasą, radiem, telewizją, wydawnictwami, portalami internetowymi). W kontekście tak rozumianej koncentracji Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę w toku prowadzonego postępowania, że na relewantnym rynku produktowym działają i odgrywają istotną rolę podmioty całkowicie zależne tak jak i PKN Orlen, od Skarbu Państwa, a w konsekwencji, także od polityków. W świetle zaś art. 4 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów przez przedsiębiorcę dominującego rozumie się przedsiębiorcę, który posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad innym przedsiębiorcą, a więc posiada uprawnienia, które bezpośrednio albo pośrednio, przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności prawnych lub faktycznych, umożliwiają wywieranie decydującego wpływu na innego przedsiębiorcę lub przedsiębiorców. Takim podmiotem dominującym w przypadku PKN Orlen jest Skarb Państwa. Skarb Państwa kontroluje też inne podmioty działające na rynku środków społecznego przekazu.

Po pierwsze, obowiązki informacyjne państwa wobec społeczeństwa realizuje na rynku prasowym Polska Agencja Prasowa. Z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 31 lipca 1997 r. o Polskiej Agencji Prasowej (Dz. U. z 2019 r. poz. 1595) wynika, że Agencja ta, mająca charakter publicznej agencji prasowej, uzyskuje i przekazuje odbiorcom rzetelne, obiektywne i wszechstronne informacje z kraju i zagranicy. Umożliwia także organom państwa prezentowanie stanowisk w ważnych sprawach państwowych (art. 1 ust. 1 i 2 ustawy o Polskiej Agencji Państwowej). Agencja działa w formie spółki akcyjnej Skarbu Państwa (art. 3 ustawy o Polskiej Agencji Prasowej).

Po drugie, zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz. U. z 2020 r. poz. 805 ze zm.) jednostki publicznej radiofonii i telewizji działają

wyłącznie w formie jednoosobowej spółki akcyjnej Skarbu Państwa. Telewizję publiczną tworzy spółka „Telewizja Polska – Spółka Akcyjna” (art. 26 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji), która posiada swoje terenowe oddziały w Białymstoku, Bydgoszczy, Gorzowie Wielkopolskim, Gdańsku, Katowicach, Kielcach, Krakowie, Lublinie, Łodzi, Opolu, Olsztynie, Poznaniu, Rzeszowie, Szczecinie, Warszawie i Wrocławiu (art. 26 ust. 2a ustawy o radiofonii i telewizji). Natomiast radiofonie publiczną tworzą spółka „Polskie Radio – Spółka Akcyjna”, zawiązana w celu tworzenia i rozpowszechniania ogólnokrajowych programów radiowych i programów dla odbiorców za granicą oraz spółki zawiązane w celu tworzenia i rozpowszechniania regionalnych programów radiowych (art. 26 ust. 3 ustawy o radiofonii i telewizji). Jednostki te prowadzą też, co jest istotne w niniejszej sprawie, własne informacyjne portale internetowe, na których zamieszczane są również reklamy. Prezes UOKiK nie dokonał jednak żadnych własnych ustaleń, w jaki sposób koncentracja dokonywana z udziałem podmiotu zależnego od Skarbu Państwa wpłynie choćby na ten konkretny segment rynku.

Z powyższego wynika, że na rynku prasowym i rynku innych środków społecznego przekazu, zarówno o zasięgu krajowym, jak też o zasięgu regionalnym i lokalnym, działają przedsiębiorcy należący do Skarbu Państwa, zaś w wyniku koncentracji do działających już na tym rynku przedsiębiorców – spółek akcyjnych Skarbu Państwa dołączy spółka akcyjna, w której Skarbu Państwa sprawuje faktyczną kontrolę korporacyjną, pomimo posiadania jedynie mniejszościowych udziałów własnościowych. Tymczasem wydając decyzję w sprawie zgody na koncentrację dla podmiotu, w którym Skarb Państwa sprawuje faktyczną kontrolę korporacyjną, Prezes UOKiK w ogóle nie uwzględnił tych okoliczności i nie zbadał, czy w ten sposób konkurencja na rynku prasy i środków społecznego przekazu nie zostanie w istotny sposób ograniczona. Nie uczynił tego nawet w zakresie dotyczącym analizowanego rynku reklam, na którym obecne są przecież także jednostki publicznej radiofonii i telewizji, a więc jednostki, których jedynym właścicielem jest Skarb Państwa, a więc podmiot kontrolujący aktywnego uczestnika koncentracji. Tymczasem dostępne są publiczne badania i analizy wskazujące ogromny wpływ reklam finansowanych ze środków Skarbu Państwa bądź kontrolowanych właścicielsko przez Skarb Państwa podmiotów gospodarczych na

media (prasę) i ich funkcjonowanie (zob. T. Kowalski, *Analiza wydatków reklamowych spółek Skarbu Państwa (SSP) w latach 2015-2019*, Warszawa luty 2020)¹.

W związku z tym zaskarżona niniejszym odwołaniem decyzja narusza art. 18 w zw. z art. 4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, gdyż organ ją wydający błędnie zrekonstruował na potrzeby tego rozstrzygnięcia rynki właściwe i nie uwzględnił tego, że Skarb Państwa funkcjonujący na tych rynkach za pośrednictwem swoich spółek jest równocześnie przedsiębiorcą dominującym w stosunku do aktywnego uczestnika koncentracji.

Z art. 7 k. p. a. wynika, że w toku postępowania organy administracji publicznej stoją na straży praworządności, z urzędu lub na wniosek strony podejmują wszelkie czynności niezbędne do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz do załatwienia sprawy, mając na względzie interes społeczny i słuszny interes obywateli. W kontekście sprawy objętej zaskarżoną decyzją interes społeczny i słuszny interes obywateli są zbieżne. Zostały one wyrażone zarówno w treści zasady ustrojowej sformułowanej w powołanym już wyżej art. 14 Konstytucji RP, jak też w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP, który gwarantuje każdemu wolność wyrażania poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji. Zwraca się uwagę („Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz”, t. I., wyd. II, red. L. Garlicki, M. Zubik, Wyd. Sejmowe, komentarz do art. 14), że „artykuł 14 konstytucji wyraża przekonanie, że dla funkcjonowania <<demokratycznego państwa prawnego>> (art. 2 Konstytucji RP) składnikiem koniecznym i integralnym z innymi elementami (jak np. z niezależnymi i autonomicznymi kościołami, swobodnie działającymi partiami, w sposób wolny funkcjonującymi innymi organizacjami) – są istniejące w możliwie niezależny, zwłaszcza od władzy publicznej i większości rządzącej środki społecznego przekazu (...). Środki społecznego przekazu w takim państwie są narzędziem koniecznego przecież dyskursu obywatelskiego, wymiany poglądów i informacji oraz ich rozpowszechniania, a także mogą stawać się przejawem kontroli społecznej wobec czynników władzy publicznej.

Z drugiej strony, art. 14 Konstytucji RP (zwłaszcza przez użycie określenia <<zapewnia>>) daje wyraz przekonaniu, że podmiotowemu prawu jednostki musi

¹ Raport dostępny na stronie: <https://oko.press/images/2021/02/Raport-prof.-Kowalskiego.pdf>

odpowiadać odpowiednie rozbudowanie infrastruktury społeczno-prawnej, a więc zarówno stworzenie faktycznych przesłanek realizacji wolności mediów (tu pojawia się m. in. związek z wolnością działalności gospodarczej, bo wolne media nie mogą pozostawać w publicznym sektorze własności), jak i sprecyzowanie obowiązków władz publicznych, służących zapewnieniu mediom rzeczywistej swobody działania.”

W wyroku z dnia 30 października 2006 r. (sygn. akt P 10/06, OTK-A z 2006 r., Nr 9, poz. 128) Trybunał Konstytucyjny stwierdził natomiast, że „zamieszczenie w Konstytucji odrębnego przepisu dotyczącego wolności środków społecznego przekazu uzasadnione jest tym, że ten wycinek wolności słowa uzyskał zasadę rangi ustrojowej. Stało się tak nie tylko z uwagi na doświadczenia historyczne, ale przede wszystkim ze względu na powszechnie przyjmowany ścisły i konieczny związek zasady państwa demokratycznego i wolności środków społecznego przekazu. Przyjąć należy, że art. 14 Konstytucji nieprzypadkowo sąsiaduje z przepisami dotyczącymi wolności partii politycznych (art. 11), wolności tworzenia zrzeszeń (art. 12) oraz zasady decentralizacji władzy publicznej przede wszystkim w formie samorządu terytorialnego (art. 15 i 16). Wszystkie te założenia stanowią bowiem zaprzeczenie charakterystycznych cech niedemokratycznych państw autorytarnych i totalitarnych. Art. 14 wyrażający zasadę wolności środków społecznego przekazu jest podstawą także obciążających państwo obowiązków, które nie wynikają z treści art. 54 ust. 1 Konstytucji. Państwo ma nie tylko chronić tę wolność przez nieingerencję, ale również podejmować działania w sytuacji, gdyby faktyczna wolność środków społecznego przekazu była zagrożona.” Stąd też konstytucyjna wolność prasy i innych środków społecznego przekazu musi być w sposób oczywisty pojmowana jako przeciwieństwo zależności, także zależności od władzy politycznej. Ten, kto jest zależny, nie może być w pełni wolny. W związku z tym tak rozumiana wolność prasy i innych środków społecznego przekazu wyklucza prawne podporządkowanie władzom politycznym i podmiotom kontrolowanym bezpośrednio bądź pośrednio przez te władze.

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta w toku prowadzonego postępowania nie wziął także zupełnie pod uwagę wpływu dokonywanej koncentracji na art. 20 Konstytucji RP. Przepis ten stanowi, że społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy

partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej. Określa on zatem fundamentalną zasadę polskiego porządku ekonomiczno – społecznego, który stanowi radykalne odejście od poprzedniego komunistycznego systemu gospodarki planowo – rozdzielczej i systemu gospodarki uspołecznionej, w której to państwo było podstawowym i głównym właścicielem i dysponentem środków produkcji. Przepis ten nie wyczerpuje problematyki regulacji konstytucyjnoprawnej ram gospodarczych w Polsce. Polska ustawa zasadnicza zawiera bowiem dalsze, bardziej szczegółowe, przepisy ustalające kierunki społeczno – gospodarczej polityki państwa, a tym samym nakładające na władze publiczne obowiązek aktywnej realizacji pewnych zadań, z reguły w drodze interwencji w funkcjonowanie mechanizmów rynku i wolnej konkurencji (zwłaszcza art. 65 ust. 5, art. 68 ust. 4 i 5, art. 71 ust. 1, art. 74 ust. 1, 2 i 4, art. 75, art. 76 – tak: L. Garlicki, uwaga 8 do tytułu rozdziału II, [w:] *Konstytucja Komentarz.*, t. II, Warszawa 2016). Przepisy te określają zarazem granice dopuszczalnej ingerencji państwa w mechanizmy gospodarki rynkowej i konkurencji. Jak podkreśla się bowiem w doktrynie z art. 20 Konstytucji RP wynika, że „wymogiem i powinnością władz publicznych (państwa) jest podejmowanie działań w celu ochrony tej konkurencji i jej promowanie” (L. Kieres, *Społeczna gospodarka rynkowa w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, [w:] T. Kocowski, J. Gola, „Przedsiębiorca w społecznej gospodarce rynkowej”, *Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu*, Nr 372, Wrocław 2014, s. 188). Takimi szczegółowymi przepisami, uzupełniającymi zasadę społecznej gospodarki rynkowej w sferze prasowo-medialnej są również, powołane już wyżej, przepisy art. 14 oraz 54 Konstytucji RP, statuujące założenie, że prasa i media w Polsce opierają się na zasadzie wolności (wolna prasa, wolne media) oraz pluralizmu na rynku idei oraz w sferze własności. Konkluzję taką można wysnuć jednoznacznie z analizy systemowej przepisów polskiej ustawy zasadniczej.

W świetle tych przepisów pozytywna decyzja Prezesa UOKiK dotycząca przedmiotowej koncentracji legalizuje stan niekonstytucyjny, tj. znaczący wzrost ingerencji państwa i jego uprawnień właścicielskich w gospodarce, w której zasadą jest brak aktywności państwa wynikający zarówno z art. 20 Konstytucji RP i jak określonej w preambule Konstytucji RP zasady pomocniczości². Z uwagi na konstytucyjne wymagania skierowane do

² Tak też: S. Sołtysiński, *Przejęcie przez PKN Orlen Polska Press narusza konstytucję*, „Rzeczpospolita” 02.03.2021 r., s. A14.

ryнку prasowego/medialnego taki stan rzeczy stanowić będzie naruszenie art. 14 oraz 54 Konstytucji w związku z art. 20 Konstytucji RP. Wadliwość decyzji organu polega zaś na tym, że wskazane postanowienia konstytucyjne w ogóle nie zostały wzięte pod uwagę w toku wydawania zaskarżonej niniejszym odwołaniem decyzji.

Należy dodać, że Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji już w 2015 roku podkreślała, że „koncentracja kapitału na rynku mediów jest jednym z podstawowych czynników mających wpływ na pluralizm mediów i dlatego monitorowanie oraz analizowanie jej poziomu jest niezwykle ważne dla prawidłowego funkcjonowania rynku audiowizualnego” (zob. H. Rostek, *Regulacje dotyczące koncentracji własności na rynku mediów w wybranych krajach*, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Departament Strategii, Warszawa 2015 r., s. 2). Wynika to ze specyfiki przedsiębiorstw medialnych, które są, co prawda, podmiotami gospodarczymi, ale pełnią jednocześnie ważne funkcje społeczno-polityczne mając bezpośredni wpływ na kształtowanie opinii, urzeczywistniając prawo obywateli do wypowiedzi i informacji. Podczas gdy prawo antymonopolowe odwołuje się do pojęcia „dominującej pozycji rynkowej” danego podmiotu, to termin koncentracji własności mediów związany jest z „dominującą pozycją opiniotwórczą” firmy medialnej. Ze względu na szczególną rolę mediów w systemie demokratycznym, konieczność zachowania pluralistycznego charakteru tego rynku jest silniejsza niż w przypadku innych branż (zob. P. Stępka, *Unia Europejska względem zjawiska koncentracji własności mediów*, Studia Europejskie, 3/2007, s. 82).

Wskazaną tezę potwierdza Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 25 września 2008 r. w sprawie koncentracji i pluralizmu mediów w Unii Europejskiej (2007/2253(INI)), w której Parlament Europejski „5. zauważa, że rozwój systemu mediów napędzany jest coraz częściej chęcią zysku i że w związku z tym procesy społeczne, polityczne lub gospodarcze, czy też wartości ujęte w kodeksach etyki dziennikarskiej nie są należycie zagwarantowane; stwierdza zatem, że prawo konkurencji musi być ściśle powiązane z prawem w zakresie mediów, aby zapewnić dostępność, konkurencję i dobrą jakość oraz uniknąć konfliktów między koncentracją własności mediów a władzami politycznymi, z uwagi na to że konflikty te szkodzą wolnej konkurencji, równym regułom gry i pluralizmowi; 6. przypomina państwom członkowskim, że podejmując decyzje, krajowe

urzędy regulacji muszą zawsze dążyć do równowagi między swymi obowiązkami a wolnością wypowiedzi, której ochrona w ostatniej instancji należy do właściwości sądów; (...) 8. domaga się zatem zapewnienia równowagi między nadawcami publicznymi i prywatnymi – w tych państwach członkowskich, w których istnieją nadawcy publiczni – oraz ścisłego powiązania prawa konkurencji i prawa w zakresie mediów w celu wzmocnienia pluralizmu w mediach.”

W związku z tym, że koncentracja własności mediów nie została osobno uregulowana w polskim prawie, postanowienia powołanej wyżej rezolucji powinny zostać wdrożone poprzez praktykę stosowania przepisów przez polski organ antymonopolowy – Prezesa UOKiK. Ukształtowanie normy prawnej z art. 18 u.o.k.i.k. pozwala bowiem na szerokie zbadanie zaistnienia istotnego ograniczenia konkurencji. Zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich Prezes UOKiK ma tym samym obowiązek badania skutków koncentracji, uwzględniając zarówno specyfikę rynków (tak jak rynek mediów), jak i charakter przedsiębiorcy.

Prezes UOKiK w toku postępowania sfinalizowanej zaskarżoną decyzją nie podjął zatem w świetle powyższego w ogóle próby wyjaśnienia, jaki wpływ na tą fundamentalną materię, wyrażającą zarówno interes społeczny, jak też słuszny interes obywateli (art. 7 k. p. a.), będzie miała akceptowana przez niego koncentracja, chociaż zgodnie z art. 77 § 1 k. p. a. był obowiązany w sposób wyczerpujący zebrać i rozpatrzyć cały materiał dowodowy w sprawie. Stąd też zaskarżona decyzja została wydana także z naruszeniem przepisów art. 7 i art. 77 § 1 k. p. a.

Stosownie do art. 130 § 4 k. p. a. decyzja podlega wykonaniu przed upływem terminu do wniesienia odwołania, jeżeli jest zgodna z żądaniem wszystkich stron lub jeżeli wszystkie strony zrzekły prawa do wniesienia odwołania. W sprawie tej decyzja jest niewątpliwie zgodna z żądaniem strony (wyraziła ona bowiem jednoznacznie wolę zawarcia transakcji będącej przedmiotem postępowania), dlatego decyzja ta podlega wykonaniu. Jednakże z art. 479³⁰ § 1 k. p. c. wynika, że w przypadku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa UOKiK, sąd ochrony konkurencji i konsumentów może na wniosek strony, która wniosła odwołanie, wstrzymać wykonanie decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy.

Zgodnie z art. 14 pkt 4 ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich, Rzecznik może żądać wszczęcia postępowania w sprawach cywilnych, jak również wziąć udział w każdym postępowaniu mającym charakter cywilnoprawny (tak jak to jest w przypadku wniesienia niniejszego odwołania) – na prawach przysługujących prokuratorowi. W związku z tym, wnosząc odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK Rzecznik Praw Obywatelskich staje się stroną postępowania (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 marca 2009 r., sygn. akt II CSK 590/08), może więc żądać wstrzymania wykonania zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK. Ponieważ zaś zaskarżona decyzja ingeruje w prawa i wolności człowieka i obywatela, wskazane już wyżej, których Rzecznik strzeże na mocy art. 208 Konstytucji RP oraz na mocy ustawy o RPO, konieczność ochrony tych praw i wolności aktualizuje tym samym kompetencję Rzecznika do wniesienia odwołania od przedmiotowej decyzji Prezesa UOKiK i żądania wstrzymania jej wykonania.

Należy zwrócić dodatkowo uwagę, że w odniesieniu do koncentracji dokonywanych na szczeblu wspólnotowym (obecnie – unijnym) ustawodawca europejski w sposób wyraźny przesądził, że przepisy o koncentracji przedsiębiorstw powinny być stosowane i interpretowane z uwzględnieniem praw podstawowych. Motyw 36 rozporządzenie Rady (WE) Nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie we w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw; Dz. U. UE L.2004.24.1 z dnia 29 stycznia 2004 r., stanowi, że „Wspólnota szanuje prawa podstawowe i przestrzega zasad uznanych w szczególności w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Odpowiednio niniejsze rozporządzenie powinno być interpretowane i stosowane z uwzględnieniem tych praw i zasad”. Karta Praw Podstawowych UE (2007/C 303/01, Dz. U. UE z dnia 14 grudnia 2007 r.) w art. 11 ust. 1 wskazuje zaś nie tylko, że „Każdy ma prawo do wolności wypowiedzi. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”, lecz stwierdza również w art. 11 ust. 2, że konieczne jest poszanowanie wolności i **pluralizmu mediów**. Na potrzebę wzięcia pod uwagę w stosowaniu przepisów o koncentracji praw podstawowych wskazuje także doktryna prawa – zob. S. Dudzik, *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*, Oficyna 2010 (dostęp: Lex, pkt 59) oraz cytowana przezeń literatura (m.in. T. Tridimas, *The General Principles of EC Law*, Oxford 2000;

A. Arnall, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford 2006, s. 335-390; S. Biernat, *Źródła prawa Unii Europejskiej* (w:) J. Barcz (red.), *Prawo Unii Europejskiej*, s. I-197-I-199; K. Lenaerts, P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, London 1999, s. 711-739).

Szczegółnej uwagi i analizy wymaga zatem przesłanka zastosowania wobec danej koncentracji przedsiębiorstw konieczności zapewnienia pluralizmu środków przekazu, o którym stanowi art. 11 ust. 2 Karty Praw Podstawowych UE, zaś na poziomie krajowym – w odniesieniu do koncentracji przedsiębiorstw kontrolowanych w Polsce przez UOKiK – art. 14, 54 oraz 213 Konstytucji RP, art. 21 ustawy o radiofonii i telewizji oraz art. 2 Prawa prasowego. Jak pisze Profesor S. Dudzik (*ibidem*), „Chodzi tu o zagwarantowanie zróżnicowanych źródeł informacji służących różnorodności opinii i sposobów ich wyrażania. Zalecenie Rec(2007)2 Komitetu Ministrów Rady Europy wskazuje w tym kontekście na konieczność zapewnienia zarówno strukturalnego pluralizmu w mediach (pluralizm zewnętrzny), jak i zróżnicowania zawartości medialnych (pluralizm wewnętrzny)” – zob. zalecenie Rec(2007)2 z dnia 31 stycznia 2007 r. Komitetu Ministrów Rady Europy dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach i zróżnicowania zawartości programowej). Każde państwo członkowskie, w tym organy stojące na straży ochrony konkurencji, powinny dążyć zatem do zapewnienia, że "społeczeństwo ma dostęp do różnych mediów odpowiednio zróżnicowanych w zakresie własności, zarówno prywatnych, jak i publicznych, biorąc pod uwagę charakterystykę rynku medialnego, a zwłaszcza jego specyficzne aspekty komercyjne i konkurencyjne" (pkt I.1.1. zalecenia Rec(2007)2), jak również zapewnić "konieczne zróżnicowanie informacji, opinii i programów rozpowszechnianych w mediach dostępnych społeczeństwu" (pkt II.1 zalecenia Rec(2007)2).

Przyznać należy jednocześnie, że pluralizm mediów (prasy) nie jest absolutną wartością, której każdorazowo przyznać musi prymat organ kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Musi on brać pod uwagę zarówno krajowe, jak i unijne przepisy gwarantujące m.in. swobodę działalności gospodarczej. Należy jednak podkreślić, że – jak zwraca uwagę S. Dudzik (*ibidem*), że stosowanie przepisów o koncentracji „nie wyłącza jednak dalej idących środków, w tym chroniących pluralizm środków przekazu, stosowanych zarówno na szczeblu unijnym (...), jak i krajowym”. Przykładem postępowania, w którym

pluralizm mediów zastosowany został jako podstawa określonych działań dotyczących kontroli koncentracji na szczeblu krajowym są działania władz Wielkiej Brytanii w sprawie *Newspaper Publishing* dotyczącej rynku prasowego (decyzja Komisji z dnia 14 marca 1994 r. w sprawie IV/M.423, *Newspaper Publishing*³). Skoro więc pluralizm mediów brany jest pod uwagę w odniesieniu do koncentracji unijnych bądź też podczas krajowego wykonywania środków Komisji, nie tylko nie stoi nic na przeszkodzie uwzględnienia kwestii pluralizmu mediów (prasy) w krajowych postępowaniach, ale wręcz – z uwagi na polską ustawę zasadniczą i inne wskazane wyżej przepisy ustawowe – w relewantnych przypadkach, takich jak niniejsza sprawa, stosowanie tych standardów jest obowiązkowe.

Powyższe staje się tym bardziej palącą potrzebą, gdy weźmie się pod uwagę międzynarodową ocenę poszanowania przez Polskę pluralizmu mediów (prasy). Dane dotyczące wolności prasy (*World Press Freedom Index*) przedstawiane corocznie przez powszechnie uznaną organizację „Reporterzy bez granic” wskazują, że Polska znalazła się w 2020 r. na 62. miejscu w rankingu 180 państw świata⁴. Biorąc pod uwagę, że Polska zajmowała w 2015 r. 18. pozycję w tym rankingu, jest to dramatyczny wręcz regres. Co więcej należy podkreślić, że zagadnienie przejmowania mediów/prasy na własność państwa bądź kontrolowanych przez państwo podmiotów gospodarczych jest szczególnie problematyczne. Media, na które w sposób właścicielski oddziałuje Skarb Państwa, a w praktyce – politycy, nie zapewniają dostarczania obiektywnych informacji obywatelom. Wprost przeciwnie, będąc przyjazne aktualnie rządzącej większości politycznej przedstawiają jednostronny, korzystny dla nich obraz świata, przyczyniając się w ten sposób do rezultatu procesów wyborczych w Rzeczypospolitej Polskiej. Wskazuje na to jednoznacznie treść raportu Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie w raporcie monitoringowym z wyborów prezydenckich w Polsce w roku 2020 (raport z dnia 23 września, s. 18-20)⁵.

Co więcej, Polska wskazywana jest jako jeden z krajów UE, który nie posiada szczególnych przepisów ochrony konkurencji w obszarze mediów prasy (zob. raport

³ Decyzja dostępna na stronie: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m423_en.pdf

⁴ Zob. stronę: <https://rsf.org/en/ranking#>

⁵ Raport dostępny na stronie internetowej: <https://www.osce.org/files/f/documents/6/2/464601.pdf>

Monitoring Media Pluralism in the Digital Era. Report 2020, European University Institute, s. 57 i n.)⁶.

Wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji, o co wnioskuje Rzecznik Praw Obywatelskich, uzasadnia to, że w przypadku prasy, redakcją prasową kieruje redaktor naczelny (art. 25 ust. 1 Prawa prasowego), który jest osobą uprawnioną do decydowania o całokształcie działalności redakcji (art. 7 ust. 2 pkt 7 Prawa prasowego) i jest powoływany i odwoływany przez wydawcę, organ założycielski wydawnictwa lub inny właściwy organ (art. 25 ust. 5 Prawa prasowego). Oznacza to, że spółka kontrolowana przez Skarb Państwa, a za jej pośrednictwem politycy sprawujący władzę, mogą uzyskać łatwy wpływ na sferę decydowania o całokształcie działalności poszczególnych redakcji i w ten sposób przekształcić wolną prasę, której cechą immanentną jest rzetelny i oparty na faktach krytycyzm wobec władzy publicznej i osób sprawujących funkcje publiczne w zależne od tej władzy biuletyny informacyjne i propagandowe.

Licznych dowodów w tym zakresie dostarcza w ostatnich latach działalność spółek publicznej radiofonii i telewizji. Dlatego doświadczenia Rzecznika Praw Obywatelskich z lat 2016-2020 r. związane z tą wymienioną na końcu sferą działalności środków społecznego przekazu, polegające na rozpatrywaniu skarg obywateli oraz podejmowaniu interwencji w zakresie ochrony wolności słowa oraz prasy (zob. szerzej Informacje roczne Rzecznika przedstawiane Sejmowi i Senatowi RP dostępne na stronie www.rpo.gov.pl), uzasadniają w pełni wnioski o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji stosownie do art. 479³⁰ § 1 k. p. c.

Mając na uwadze powyższe, Rzecznik Praw Obywatelskich wnosi jak na wstępie niniejszego odwołania.

(-) Adam Bodnar

Załączniki

- odpisy
- pisma organizacji pozarządowych.

⁶ Raport dostępny na stronie internetowej: <https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/67828/MPM2020-PolicyReport.pdf?sequence=5&isAllowed=y>