

## Problem uwzględniania pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK na przykładzie pluralizmu mediów

### Spis treści

- I. Wstęp
- II. Prawne ramy kontroli koncentracji
  1. Granice interesu publicznego w kontroli koncentracji
  2. Podstawa prawna dozwolenia i zablokowania koncentracji
  3. Kontrola koncentracji w szczególnych sektorach
  4. Zasada legalizmu
- III. Modele ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji
  1. Pojęcie „pluralizmu mediów”
  2. Pluralizm jako cel prawa konkurencji
  3. Pluralizm jako element dobrobytu konsumentów
  4. Pluralizm jako element interesu publicznego
- IV. Próba konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów
- V. Podsumowanie

### Streszczenie

Na początku 2021 roku Prezes UOKiK wydał w odstępie kilku tygodni dwie decyzje w sprawie zamierzonych koncentracji na rynkach medialnych, które wywołały ożywioną dyskusję nie tylko wśród specjalistów prawa konkurencji, lecz także w szerszym środowisku prawniczym, a nawet w dyskursie publicznym. Paliwa tej debacie dodało wydanie w połowie 2022 roku wyroków sądowych, z których jeden uchylił decyzję Prezesa UOKiK w sprawie planowanego przejęcia Eurozet sp. z o.o. przez Agora SA, a drugi utrzymał w mocy przejęcie Polska Press sp. z o.o. przez Polski Koncern Naftowy ORLEN SA. Jednym z kluczowych aspektów przedmiotowej dyskusji jest próba umiejscowienia kategorii pluralizmu mediów w procesie kontroli koncentracji oraz odpowiedzi na pytania, czy i na ile Prezes UOKiK powinien brać tę wartość pod uwagę w swoich postępowaniach. Pierwszym celem niniejszego artykułu jest rozważenie i krytyka potencjalnych modeli ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji. Drugim – jest próba konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów, a w jej wyniku próba odpowiedzi na pytanie, czy można rozsądnie oczekiwać, że ocena wpływu koncentracji

\* Radca prawny, współpracownik kancelarii Baker & McKenzie Krzyżowski i Wspólnicy sp.k., uczestnik Prawniczych Studiów Doktorskich w INP PAN; e-mail: mkd@list.pl. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-3335-9824>. Opinie wyrażone w tym artykule są poglądami autora.

na pluralizm mediów mogłaby przynieść istotnie odmienne rozstrzygnięcia, aniżeli tradycyjna analiza ekonomiczna dokonana na podstawie testu istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

**Słowa kluczowe:** prawo konkurencji; kontrola koncentracji; pluralizm mediów.

**JEL:** K21

## I. Wstęp

Na podstawie decyzji nr DKK-1/2021<sup>1</sup>, Prezes UOKiK zakazał dokonania koncentracji polegającej na przejęciu przez Agora SA kontroli nad Eurozet sp. z o.o. W wydanej wkrótce potem decyzji nr DKK-34/2021<sup>2</sup> Prezes UOKiK wyraził zgodę na przejęcie przez Polski Koncern Naftowy ORLEN SA kontroli nad Polska Press sp. z o.o. Wymienione decyzje oraz następujące po nich postępowania odwoławcze (na chwilę oddania niniejszego artykułu zakończone w sprawie *PKN ORLEN/Polska Press*<sup>3</sup>, a niezakończony prawomocnie w sprawie *Agora/Eurozet*<sup>4</sup>) wywołały ożywioną dyskusję nie tylko wśród specjalistów prawa konkurencji i innych prawników, lecz także w szerszym dyskursie publicznym. Jednym z najistotniejszych dyskutowanych zagadnień był domniemany obowiązek uwzględnienia przez Prezesa UOKiK w jego praktyce decyzyjnej wpływu zamierzonych koncentracji na pluralizm mediów (choć rozstrzygnięcie tej kwestii musiałyby mieć wpływ na szerszą praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK, np. dotyczącą porozumień ograniczających konkurencję). Mimo że wspomniana dyskusja wynikała z rozstrzygnięć w konkretnych sprawach, a więc jej pojawienie się ma charakter „punktowy”, to wpisuje się ona w szerszą debatę na temat uwzględniania czynników pozaekonomicznych w analizie prawnokonkurencyjnej<sup>5</sup>. Wydaje się, że spostrzeżenia dotyczące konieczności oraz możliwości uwzględnienia pluralizmu mediów w praktyce decyzyjnej organów ochrony konkurencji można analogicznie odnosić do innych proponowanych pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji. Niewątpliwie pluralizm mediów ma swoją specyfikę wynikającą z jego powiązania z jedną z wartości konstytucyjnych (praw podstawowych), jaką jest wolność słowa. Niemniej jednak, do pluralizmu mediów odnoszą się okoliczności wspólne

<sup>1</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 7.01.2021 r., DKK-1/2021 (*Agora/Eurozet*).

<sup>2</sup> Dec. Prezesa UOKiK z 5.02.2021 r., DKK-34/2021 (*PKN ORLEN/Polska Press*).

<sup>3</sup> Odwołanie od wspomnianej decyzji złożył 5.03.2021 r. Rzecznik Praw Obywatelskich. Wyrokiem z 7.06.2022 r., XVII Ama 43/21, SOKiK oddalił odwołanie. SOKiK oparł swój wyrok w głównej mierze na spostrzeżeniu, że ocena spełnienia przesłanki zachowania pluralizmu mediów nie należy do kompetencji Prezesa UOKiK w postępowaniu dotyczącym kontroli koncentracji. Tym samym, uwzględnienie przez Prezesa UOKiK tej przesłanki „byłoby działaniem pozbawionym podstawy prawnej i pozostającym poza granicami prawa” oraz „uniemożliwiałoby przedsiębiorcom planującym koncentrację wstępną analizę, czy w świetle przepisów obowiązującego prawa istnieją szanse na jej zrealizowanie”. Zarówno sam wyrok, jak i jego uzasadnienie należy uznać za co do zasady trafne w świetle rozważań przedstawionych w dalszej części niniejszego artykułu. W oświadczeniu z 3.08.2022 r. Rzecznik Praw Obywatelskich poinformował, że postanowił nie wnosić apelacji. Zob. <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-oswiadczenie-konieczne-zmiany-prawne-koncentracja-rynek-mediow>.

<sup>4</sup> Na skutek odwołania Agora SA od decyzji Prezesa UOKiK, SOKiK wydał wyrok 12.05.2022 r., XVII AmA 61/21, którym zmienił wspomnianą decyzję w ten sposób, że wydał zgodę na dokonanie koncentracji. W rozstrzygnięciu tym SOKiK uznał, że Prezes UOKiK nie uwiarygodnił proponowanej teorii szkody (czyli ryzyka ograniczenia konkurencji poprzez wystąpienie skutków skoordynowanych), w stopniu który uzasadniałby zakaz koncentracji (pkt 169–170 uzasadnienia wyroku). W ocenie SOKiK, Prezes UOKiK przyjął wprawdzie trafne kryteria dla oceny wystąpienia skutków skoordynowanych (pkt 197–199), natomiast nie dochował standardu dowodu, jakim w przypadku analizy *ex ante* w sprawach koncentracji jest wykazanie, że przewidywany przez organ scenariusz wpływu zamierzonej koncentracji na rynek jest wysoce prawdopodobny, a nawet najbardziej prawdopodobny spośród możliwych koncepcji (pkt 147–156). Jednocześnie, SOKiK odmówił zasadności wniosku w sprawie Agora SA o stwierdzenie, że zaskarżona decyzja Prezesa UOKiK została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa (pkt 298–299). Z perspektywy niniejszego artykułu zasadnicze znaczenie ma fakt, że zarówno decyzja, jak i wyrok mieściły się w ramach analizy wyznaczonych przez UOKiK, wobec czego należy uznać je za co do zasady poprawne oraz zgodne z zasadą legalizmu. Zgodnie z raportem bieżącym Agora SA nr 28/2022, 26 lipca 2022 r. Prezes UOKiK złożył apelację od wyroku SOKiK. Zob. <https://www.agora.pl/28-2022-apelacja-prezesa-urzedu-ochrony-konkurencji-i-konsumentow-od-wyrok-sadu-i-instancji-w-zmieniajacego-w-calosci-decyzje-prezesa-uokik-z-7-stycznia-2021-r-zakazujaca-koncentracji-polegajacej-na-przejeciu-przez-agore-s-a-kontroli-nad-eurozet-sp-z-o-o>.

<sup>5</sup> Która to debata w niektórych jurysdykcjach przekształcała się już w zauważalny trend działań organów ochrony konkurencji.

dla wszystkich pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji, w szczególności brak precyzyjnego umocowania ustawowego (kompetencji) Prezesa UOKiK do uwzględniania tej kwestii w swojej praktyce, wątpliwości wynikające z aksjologii prawa konkurencji oraz konfliktu z celami uokik, a także oczekiwanie aktywizmu organu ochrony konkurencji w rozwiązywaniu problemów społecznych, w które nie jest on władny ingerować. W świetle powyższego należy uznać za badawczo uzasadnione rozpatrzenie problemu uwzględniania pozaekonomicznych czynników oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK na przykładzie pluralizmu mediów, uwzględniając wypowiedzi związane ze sprawami *PKN ORLEN/Polska Press* oraz *Agora/Eurozet*.

Analiza tak zakreślonego problemu wymaga odpowiedniej perspektywy metodologicznej. Wydaje się, że rozważania należy rozpocząć od omówienia prawnych ram kontroli koncentracji, w szczególności zaś granic interesu publicznego w kontroli koncentracji, mając na względzie fakt, że pluralizm mediów i inne pozaekonomiczne czynniki oceny koncentracji właśnie w kategoriach interesu publicznego są najczęściej opisywane. W drugim kroku należy rozważyć, we wcześniej ustalonych ramach prawnych, potencjalne modele ujęcia pluralizmu mediów (i podobnych czynników) w ramach kontroli koncentracji. Na podstawie tak przeprowadzonej analizy można podjąć próbę konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów. Z jednej strony powinno to umożliwić ocenę, czy *de lege lata* w ogóle możliwe jest zgodne z prawem przeprowadzenie takiej analizy przez Prezesa UOKiK w ramach postępowania antymonopolowego w sprawach koncentracji, co postulował w pierwszym rządzie Rzecznik Praw Obywatelskich w odwołaniu od decyzji Prezesa UOKiK w sprawie *PKN ORLEN/Polska Press*. Z drugiej zaś – powinno to dać podstawę do próby odpowiedzi na pytanie, czy można rozsądnie oczekiwać, że ocena wpływu koncentracji na pluralizm mediów mogłaby przynieść istotnie odmienne rozstrzygnięcia, aniżeli tradycyjna analiza ekonomiczna dokonana na podstawie testu istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

## II. Prawne ramy kontroli koncentracji

### 1. Granice interesu publicznego w kontroli koncentracji

Nie ulega wątpliwości, że uokik służy przede wszystkim realizacji interesu publicznego w ochronie konkurencji (Bernatt, Jurkowska-Gomułka i Skoczny, 2014, s. 731). Pojęcie „interesu publicznego” nie zostało jednak wprost i jednoznacznie zdefiniowane w uokik. Wobec tego, klauzula interesu publicznego, jako klauzula generalna, „podlega dookreśleniu poprzez poszczególne przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów” (Blicharz, Horubski i Pawełczyk, 2018, s. 684). W piśmiennictwie powszechnie zaakceptowano pogląd M. Bernatta, A. Jurkowskiej-Gomułki i T. Skoczego, że interes publiczny w ochronie konkurencji ma dwie funkcje: jurysdykcyjną, w której służy „wyznaczeniu granic dla interwencji Prezesa [UOKiK]” oraz ewaluacyjną, w której służy „dookreśleniu rzeczywistego zakresu zastosowania [uokik]” (Bernatt i in., 2014, s. 734–739, zob. też Miąsik i Skoczny, 2014, s. 27, gdzie w swej funkcji ewaluacyjnej interes publiczny jest określany jako „przesłanka interwencyjna”).

W odniesieniu do kontroli koncentracji granice interesu publicznego zostały normatywnie określone w uokik poprzez przyznanie Prezesowi UOKiK upoważnienia do kontroli wyłącznie tych koncentracji, których uczestnicy przekroczyli określone progi obrotowe oraz które nie należą do

szczególnych kategorii niewymagających zdaniem ustawodawcy interwencji ze strony regulatora (Miąsik i Skoczny, 2014, s. 35). Okoliczności i kryteria, od których uzależniony jest obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji są jasne i nie pozostawiają Prezesowi UOKiK luzu decyzyjnego (Banasiński, 2015, s. 380), z czego nieodzownie wynika konstatacja, że Prezes UOKiK nie może wykroczyć poza przepisane ramy i oczekiwać zgłoszenia (ani nawet rozpoznawać zgłoszonej) koncentracji w przypadku niespełnienia wspomnianych okoliczności i kryteriów, nawet jeżeli przemawiałby za tym interes publiczny, na przykład wynikający z jakichkolwiek wartości konstytucyjnych.

Poza wyżej opisaną funkcją jurysdykcyjną, przesłanka interesu publicznego w ochronie konkurencji pełni również funkcję ewaluacyjną, która „może skutkować zarówno zawężeniem, jak i rozszerzeniem zakresu ingerencji (interwencji) organów ochrony konkurencji ograniczającej w wolność gospodarczą i własność prywatną”<sup>6</sup> (Bernatt i in., 2014, s. 734). Z pewnością przynajmniej częściowo wynika to z faktu, że kryteria oceny planowanych koncentracji nacechowane są dyskreccjonalnością organu antymonopolowego (Banasiński, 2015, s. 380), przez co Prezes UOKiK może, nawet *a casu ad casum*, wyklądać ich treść w sposób nacechowany większym lub mniejszym rygoryzmem oraz kładąc nacisk na inne przesłanki uzasadniające podjęcie decyzji w sprawie koncentracji. Należy przy tym odnotować, że według SN „[p]ojęcie interesu publicznego należy interpretować przez pryzmat aksjologii ustawodawstwa antymonopolowego”<sup>7</sup>. Z tego stanowiska wprost wynika konkluzja, że to, jakie działania przedsiębiorców (w tym również koncentracje) będą uznane za antykonkurencyjne zależy od celu lub celów ustawodawstwa antymonopolowego (Bernatt i in., 2014, s. 740). To, czy ochrona pluralizmu mediów jest uzasadnionym celem prawa konkurencji wydaje się aktualnie budzić pewne kontrowersje (Banasiński i Rojszczak, 2021, *passim*, zob. też Polański, 2021, *passim*), które jednak trudno uzasadnić na gruncie stricte prawnym<sup>8</sup>.

Rozważania na temat granic interesu publicznego w ochronie konkurencji należy uzupełnić omówieniem przewidzianej w art. 20 ust. 2 uokik możliwości stwierdzenia przez Prezesa UOKiK, że w określonej sprawie ochrona konkurencji nie leży w interesie publicznym, a w konsekwencji wyrażenia zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona. Co prawda uokik jedynie bardzo ogólnie wskazuje, że Prezes może podjąć decyzję nadzwyczajną zawsze, gdy uzna to za „uzasadnione”, jednak ze względu na fakt, że zgoda nadzwyczajna przełamuje aksjologiczne podstawy reguł kontroli koncentracji wydaje się, że takie uzasadnienie musi być dostatecznie doniosłe. Uzasadnienie to powinno się zatem opierać na przyznaniu pierwszeństwa innemu, pochodzącemu spoza aksjologii uokik, interesowi publicznemu przed wartością, jaką stanowi ochrona konkurencji (Miąsik i Skoczny, 2014, s. 35). Należy podkreślić, że uokik nie przewiduje sytuacji odwrotnej, tzn. możliwości niewyrażenia przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, ze względu na ochronę innego interesu publicznego – również opartego na wartościach konstytucyjnych (Semeniuk, 2016, s. 26). Odmienne uregulowanie tych dwóch stanów, czyli możliwości udzielenia nadzwyczajnej zgody na koncentrację oraz nadzwyczajnego zablokowania koncentracji przez Prezesa UOKiK, musi być uznane za doniosłe prawnie. W piśmiennictwie na podstawie wypowiedzi SN, że „konkurencja na rynku, dzięki której konsumenci zyskują na szerszym wyborze

<sup>6</sup> Należy zauważyć, że temat funkcji ewaluacyjnej przesłanki interesu publicznego jest w literaturze dyskutowany głównie na gruncie regulacji antytrudostowej (porozumień ograniczających konkurencję oraz nadużywania pozycji dominującej).

<sup>7</sup> Wyr. SN z 16.10.2008 r., III SK 2/08 (Legalis).

<sup>8</sup> Zob. szerzej na ten temat punkt III.2 niniejszego artykułu.

nowych towarów, ich wyższej jakości, niższych cenach, bądź dogodniejszych warunkach zakupu”<sup>9</sup> przedstawiono stanowisko, iż w sprawach z zakresu kontroli koncentracji Prezes UOKiK powinien (jak się wydaje rutynowo) brać pod uwagę argumenty aksjologiczne spoza spektrum celów prawa ochrony konkurencji. W zakresie, w jakim nie da się tych argumentów uwzględnić w ramach testu konkurencji, „można to zrobić w ramach przesłanki ewaluacyjnej »interesu publicznego w ochronie konkurencji«” (Bernatt i in., 2014, s. 742). Przez wzgląd na konieczność zapewnienia pewności prawa, przewidywalności decyzji stosowania prawa oraz potrzebę ochrony zasady praworządności trudno jednak zaakceptować przyznanie „zewnętrznemu” interesowi prawnemu pierwszeństwo nad celami ekonomicznymi wynikającymi z aksjologii uokik, począwszy od ochrony konkurencji, a skończywszy na zapewnieniu dobrobytu konsumentów. Ponadto, nie sposób uzasadnić na tej podstawie możliwości podjęcia przez Prezesa UOKiK decyzji o zakazie koncentracji, która nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku.

## 2. Podstawa prawna dozwolenia i zablokowania koncentracji

Zgodnie z art. 18 uokik, Prezes UOKiK „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”. Tożsamy test ma zastosowanie do wydawania przez Prezesa UOKiK zgód warunkowych zgodnie z art. 19 uokik. Z kolei zgodnie z art. 20 ust. 1 uokik, Prezes UOKiK zakazuje dokonania koncentracji, „w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”. Sposób sformułowania przytoczonych przepisów nie pozostawia wątpliwości co do tego, że „zgodą na dokonanie koncentracji **musi być wydana**, gdy w ocenie Prezesa UOKiK w wyniku danej koncentracji konkurencja będzie wprowadzie ograniczona, ale ograniczenie to będzie nieistotne”, a tym bardziej, „zgodę Prezes UOKiK **musi wydać**, gdy w wyniku koncentracji konkurencja nie będzie ograniczona wcale”<sup>10</sup> (Skoczny i Aziewicz, 2014, s. 650).

Jednakże, pewien zakres luzu decyzyjnego może wynikać z faktu, że samo pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” nie zostało ustawowo zdefiniowane i pozostaje niedookreślone, w związku z czym musi być „precyzowane w każdym stanie faktycznym koncentracji indywidualnie” (Banasiński i Piontek, 2009, art. 18, t. 4). Ustawa bowiem jedynie przykładowo (sformułowanie „w szczególności”) wskazuje, że do istotnego ograniczenia konkurencji może dojść w wyniku powstania lub umocnienia pozycji dominującej przedsiębiorcy na rynku. Nie ulega wątpliwości, że istotne ograniczenie konkurencji może nastąpić również w innych okolicznościach, w wyniku wystąpienia antykonkurencyjnych skutków skoordynowanych lub nieskoordynowanych, w ramach koncentracji zarówno horyzontalnych, jak i niehoryzontalnych (zob. szerzej np. Stawicki, 2016, s. 505–526). Niemniej jednak, powszechnie przyjmuje się, że ocena wystąpienia takich skutków odbywa się w kategoriach ekonomicznych, w szczególności zaś rozpoznanie okoliczności uzasadniających stwierdzenie ryzyka istotnego ograniczenia konkurencji w wyniku określonej koncentracji powinno być oparte na dorobku nauk ekonomicznych (Bernatt i in., 2014, s. 734). O ile zatem pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” jest nieostre i wymaga doprecyzowania *a casu ad*

<sup>9</sup> Wyr. SN z 20.11.2008 r., III SK 12/08. Choć upatrywanie wzrostu dobrobytu konsumentów w samym uzyskaniu szerszego wyboru towarów, zwłaszcza kosztem zawyżenia ceny, może budzić kontrowersje; zob. Wright i Ginsburg, 2013, *passim*.

<sup>10</sup> Podkreślenia własne.

*casum*, o tyle w tym ćwiczeniu nie ma miejsca dla wartości pozaekonomicznych. Jedynie w sytuacji, w której Prezes UOKiK wydaje zgodę wyjątkową na podstawie art. 20 ust. 2 uokik, zastosowanie mają inne kryteria, charakterem związane z ochroną innych niż konkurencja wartości, mieszczących się w interesie publicznym (Stawicki, 2016, s. 564).

Test określony w art. art. 18–20 uokik dotyczy *expressis verbis* konkurencji „na rynku”. Nie budzi przy tym istotnych kontrowersji, że w istocie chodzi o rynek właściwy w rozumieniu uokik (Kohutek, 2014, s. 524). Sposób określania rynku właściwego jest opisany w uokik, a znacznie bardziej szczegółowo również w innych aktach prawa, w instrumentach *soft law*, orzecznictwie i piśmiennictwie, niemniej jednak zawsze jest to zadanie oparte na analizie ekonomicznej. Niemniej jednak można sobie wyobrazić, że elementy istotne dla istnienia pluralizmu mediów znajdowałyby odzwierciedlenie w definicji rynku właściwego, choćby w odniesieniu do jakości produktów (przy czym takie współwystępowanie miałyby raczej charakter koincydencji niż konsekwencji).

Marginalne znaczenie ma w obecnej analizie trafny skądinąd argument, że ochrona konkurencji nie jest celem samym w sobie, lecz służy ultymatywnemu celowi, jakim – zgodnie z dość powszechnym w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie konsensusem – jest zapewnienie dobrobytu konsumentów. Dobrobyt konsumentów w rozumieniu przyjmowanym na potrzeby analiz prawnokonkurencyjnych ma bowiem również wymiar ściśle ekonomiczny. Należy w tym miejscu podkreślić, że nie można *a priori* wykluczać zmiany ekonomicznego paradygmatu prawa konkurencji na korzyść (szerszego) uwzględnienia wartości pozaekonomicznych, natomiast nie sposób zaakceptować dokonania tak zasadniczej, istotowej zmiany reguł w inny sposób niż na podstawie interwencji ustawodawcy (zob. szerzej Derdak, 2021, s. 56–63).

### 3. Kontrola koncentracji w szczególnych sektorach

Poza kontrolą koncentracji w ramach prawa konkurencji, ustawodawcy w poszczególnych jurysdykcjach mogą wprowadzić dodatkowe zasady nieantymonopolowej kontroli koncentracji w sektorach lub sprawach uznawanych przez właściwego ustawodawcę za istotne ze względu na interes publiczny. Takie regulacje mogą dotyczyć w szczególności sektorów związanych z obronnością, energetyką, bankowością i innymi instytucjami finansowymi, sektorem zdrowotnym, medialnym czy też nabywania nieruchomości lub kluczowych urządzeń infrastrukturalnych. Tę prerogatywę ustawodawców w Państwach Członkowskich rozpoznaje również, choć w ograniczonym zakresie, Unia Europejska. Pluralizm mediów jest jednym z trzech uznanych *a priori* w art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 interesów uprawnionych<sup>11</sup>, na których podstawie Państwa Członkowskie zawsze mogą dodatkowo weryfikować koncentracje o wymiarze wspólnotowym na podstawie szczególnych przepisów krajowych. Pozostałymi interesami uprawnionymi wskazanymi w przywołanym przepisie są bezpieczeństwo publiczne<sup>12</sup> oraz reguły ostrożnościowe odnoszące się do koncentracji dotyczących instytucji finansowych. Źródłem tej normy jest założenie, że w określonych okolicznościach interes publiczny inny niż konkurencja wymaga równoważnej z nią ochrony, a nawet może być zasadne przyznanie ochronie takiego interesu publicznego pierwszeństwa przed ochroną konkurencji (Skoczny, 2012b, s. 51–52).

<sup>11</sup> Szerzej na temat tego pojęcia w kontekście pluralizmu mediów zob. Dudzik, 2010, s. 130–138.

<sup>12</sup> Z czego należy wywodzić ograniczenia nabywania nieruchomości przez cudzoziemców czy też kontrolę koncentracji na rynku farmaceutycznym przez inspekcję farmaceutyczną, zob. Semeniuk, 2016.

Większość Państw Członkowskich wprowadziło przepisy mające zapobiegać nadmiernej koncentracji na rynkach mediów, w wymiarach zarówno horyzontalnym i wertykalnym, jak i krzyżowym, tzn. pomiędzy poszczególnymi rodzajami mediów (Stępka, 2007, s. 85–86). Należy jednak zauważyć, że w większości z tych jurysdykcji regulacja obejmuje głównie telewizję i radio (Rostek, 2015, *passim*), a niektóre Państwa Członkowskie, np. Dania, Estonia, Litwa, Polska czy Portugalia, w ogóle nie wprowadziły takich przepisów antykoncentracyjnych (Stępka, 2007, s. 85).

Wreszcie, w różnych jurysdykcjach funkcjonują odmienne uregulowania w zakresie szczególnych zasad nadzoru nad koncentracjami na rynkach mediów, jak również w zakresie wzajemnych relacji (konfliktu) między kontrolą koncentracji opartą na ekonomicznym teście ograniczenia konkurencji a szczególnymi regulacjami sektorowymi zakorzenionymi w wartościach pozaekonomicznych, w szczególności pluralizmie mediów (Skoczny, 2012a, s. 218). Należy przy tym wskazać, że dotychczas niezmiernie rzadkie były odwołania do pluralizmu mediów jako interesu uprawnionego w rozumieniu art. 21 ust. 4 rozporządzenia 139/2004 umożliwiającego organom Państw Członkowskich interwencję w sprawie koncentracji rozpoznawanej przez Komisję Europejską (Skoczny, 2012a, s. 223–224).

Należy uznać za w pełni trafny pogląd, że ustawodawca wprowadza prawne lub regulacyjne bariery wejścia na rynki produktowe, „na których zachodzi konieczność ochrony innych wartości, uznanych za wartości wyższe niż istnienie i ochrona skutecznej (wolnej) konkurencji” (Banasiński, 2015, s. 218). Wydaje się, że w tym duchu należy oceniać zasady ograniczenia rozpoczęcia i prowadzenia działalności na rynkach medialnych, które przewidują koncesjonowanie wyłącznie działalności radiowej i telewizyjnej (Semeniuk, 2016, s. 27–29), nie zaś innych mediów. Takie podejście znajduje uzasadnienie z jednej strony w konieczności zapewnienia odpowiedniego gospodarowania (również z uwzględnieniem konieczności zapewnienia pluralizmu mediów) dobrem rzadkim, jakim są częstotliwości radiowe, z drugiej zaś – w uzasadnionym względami wolności słowa odstąpieniu od koncesjonowania prasy lub mediów internetowych. Zakładając nieodzowną racjonalność ustawodawcy, należy uznać, że odmienne podejście do rynków audiowizualnych oraz do rynków prasowo-internetowych jest celowe, co można uzasadniać za pomocą przytoczonych przesłanek<sup>13</sup>.

Jak się wydaje, niektórzy autorzy uznają za niewłaściwe i niekorzystne zjawisko, że Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji (względnie inny organ administracji publicznej) nie ma wpływu na działalność lub przynajmniej koncentracje na rynkach prasy i mediów elektronicznych (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 23). Z zastrzeżeniem niebezpieczeństwa nadmiernych regulacji dla wolności słowa, można dyskutować o zasadności wprowadzenia przeciwdziałającym nadmiernej koncentracji mediów. Jednakże, mając na względzie okoliczności opisane powyżej, nie można zasadnie twierdzić, że brak szczególnych zasad dotyczących koncentracji medialnych to luka prawna, wymagająca wypełnienia poprzez wykładnię *extra legem* przepisów uokik. Biorąc pod uwagę miejsce wartości pluralizmu mediów w polskim porządku prawnym należy zakładać, że racjonalny ustawodawca uznał, iż w istniejących okolicznościach wprowadzenie sektorowych przepisów antykoncentracyjnych nie jest niezbędne dla zapewnienia pluralizmu mediów w Polsce<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Można oczywiście kwestionować zasadność założenia racjonalności ustawodawcy w tym przypadku, starając się odtworzyć rzeczywiste powody niepodjęcia przez ustawodawcę interwencji w tym obszarze. Należy przy tym mieć w pamięci skutki polityczne i społeczne, jakie powstały w związku z podjętą na początku XXI wieku próbą ograniczenia krzyżowej koncentracji na rynkach medialnych, a konkretnie zakazu jednoczesnego posiadania dziennika ogólnopolskiego (lub czasopisma) oraz stacji telewizyjnej.

<sup>14</sup> Co jednak, mając na względzie choćby ubóstwo przepisów mających zapewniać pluralizm wewnętrzny w mediach, może budzić uzasadnione wątpliwości. Niemniej jednak ewentualna zmiana tego stanu należy do obszaru postulatów *de lege ferenda*.

#### 4. Zasada legalizmu

Zasada praworządności (rządów prawa) jest fundamentem aksjologicznym ustroju Polski (art. 7 Konstytucji<sup>15</sup>), jak również Unii Europejskiej (art. 2 TUE<sup>16</sup>), a jej emanacją jest zasada legalizmu (Niedźwiedź, 2020, s. 54), zgodnie z którą każde działanie władz publicznych musi mieć precyzyjnie określoną podstawę prawną. O ile zasada legalizmu nie wyczerpuje treści zasady praworządności (mimo że niektórzy autorzy posługują się tymi dwoma terminami zamiennie, por. Przybysz, art. 6, t. 1), która wymaga dodatkowo właściwego sposobu korzystania z prawa przez administrację, na przykład poprzez zachowanie proporcjonalności podejmowanych działań oraz stosowanie się do zakazu nadużycia prawa (Przybysz, 2022, art. 6, t. 4), o tyle jej przestrzeganie jest nieodzownym elementem dochowania standardów praworządności jako środek zwalczania (a przynajmniej ograniczania) arbitralności działań organów administracji publicznej<sup>17</sup>. W ustroju społecznej gospodarki rynkowej „interwencjonizm państwowy dopuszczalny jest tylko i wyłącznie w przypadkach, które uzasadnione są interesem publicznym, oraz może mieć miejsce tylko z poszanowaniem zasady praworządności, czyli działania organów państwowych na podstawie i w formach przewidzianych prawem” (Blicharz i in., 2018, s. 669).

Należy przy tym zauważyć, że niektórzy autorzy, w szczególności M. Bernatt<sup>18</sup> oraz C. Banasiński (np. 2021) podkreślają, iż niezależność organu antymonopolowego jest nieodzownym aspektem praworządności w stosowaniu prawa konkurencji. O ile nie budzi wątpliwości, że rzeczywista i skuteczna kontrola sądowa decyzji organów administracji publicznej jest warunkiem *sine qua non* istnienia praworządności (por. np. Stones, 2021, s. 612), o tyle oczekiwanie niezależności organu ochrony konkurencji może być dyskusyjne, ponieważ w ogóle „[i]stnienie niezależnych od rządu organów administracji nie jest wolne od wątpliwości” (Banasiński, 2021). W każdym razie, niniejszy artykuł poświęcony jest co do zasady zewnętrznej (systemowej) warstwie praworządności (por. Bernatt, 2022, s. 150), zgodnie z założeniem, że w sytuacji jej braku nawet spełnienie wewnętrznej (instytucjonalnej) warstwy praworządności, czyli zapewnienie niezależności organowi antymonopolowemu, nie pozwala mówić o przestrzeganiu standardów rządów prawa.

Przewidywalność decyzji stosowania prawa podlega w nieidealnej rzeczywistości szeregowi ograniczeń (zob. szerzej M. Wojciechowski, 2014, s. 109–158), należy jednak postulować, aby były one w najwyższym możliwym stopniu zdeterminowane przez reguły prawne, nie zaś pozostawione dowolnemu uznaniu organu administracji publicznej lub sądu. Postulat ten jest szczególnie aktualny w odniesieniu do norm oraz spraw „technicznych”, czyli pozbawionych istotnego ładunku moralnego, do jakich należy zaliczać reguły prawa konkurencji, w tym w szczególności reguły dotyczące kontroli koncentracji (M. Wojciechowski, 2014, s. 114). Zupełnie niekontrowersyjne zatem wydają się twierdzenia, że „organ antymonopolowy ma obowiązek dochowania pewności obowiązywania norm naruszonego prawa, będącej wartością nadrzędną” (Banasiński, 2015, s. 504), a wydawane przez Prezesa UOKiK decyzje oraz wykonywana w ich ramach dyskretywność

<sup>15</sup> Dz. U. 1997 Nr 78, poz. 483.

<sup>16</sup> Dz. Urz. UE 26.10.2012, C 326/13.

<sup>17</sup> Oczywiście może powstać pytanie o aksjologiczne podstawy udzielania ochrony przed bezprawnymi działaniami władz publicznych wobec osób prawnych kontrolowanych przez Skarb Państwa lub z jego udziałem. Natomiast dostateczną odpowiedzią na takie pytanie powinien być argument *lege non distigente*. Na marginesie należy zauważyć, że w ocenie Komisji Europejskiej PKN ORLEN nie jest kontrolowany przez Skarb Państwa (zob. dec. KE z 14.7.2020 r., M.9014, *PKN Orlen/Grupa Lotos*, s. 19–27).

<sup>18</sup> W licznych publikacjach, z których najnowszą jest Bernatt, 2022.

musi pozostawać „w zgodzie z tymi wartościami, które wprawdzie znajdują się poza prawem antymonopolowym, lecz wiążą także organ antymonopolowy w swoim działaniu, odwołując się do zasady zaufania obywateli do państwa (art. 2 Konstytucji RP i art. 8 k.p.a.)” (Banasiński, 2015, s. 515). W tym kontekście należy również podkreślić zasadę proporcjonalności, zgodnie z którą organy administracji publicznej powinny ograniczać dolegliwości oraz stosować wyłącznie środki przydatne i niezbędne w celu obrony prawnie chronionego interesu publicznego, w uwzględnieniu uzasadnionych interesów indywidualnych<sup>19</sup>.

W pełni trafne jest spostrzeżenie, że polskie przepisy ustrojowe (art. art. 20 i 76 Konstytucji) przesądzają „o konieczności zagwarantowania przez władze publiczne skutecznego działania mechanizmów rynkowych oraz przeciwdziałania praktykom prowadzącym do nadmiernego ograniczenia konkurencji, a w konsekwencji – do ograniczenia dobrobytu i korzyści płynących z konkurencji dla konsumentów”. Nieodzwonnie wynika z tego, że „»przełamanie« zakazu koncentracji motywowanego ochroną skutecznej konkurencji na rynku wymaga szczególnej podstawy ustawowej określającej co najmniej rodzaj innego interesu publicznego uzasadniającego taką nadzwyczajną (wyjątkową) zgodę na koncentrację” (Dudzik, 2014, s. 7). Opisany postulat zasadniczego i precyzyjnego ograniczenia swobody Prezesa UOKiK w zakresie wydawania nadzwyczajnych zgód na koncentrację należy również odnieść do ewentualnych nadzwyczajnych zakazów koncentracji.

Jak się wydaje, mogą powstać pewne wątpliwości na styku stosowania zasady legalizmu oraz ochrony praw podstawowych, w szczególności art. 11(2) Karty praw podstawowych Unii Europejskiej<sup>20</sup>, zgodnie z którym „[s]zanuje się wolność i pluralizm mediów”, a który stanowi uzupełnienie art. 11(1), zgodnie z którym „[k]ażdy 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”. W jednym z artykułów autorzy stwierdzili w tym kontekście, że „musi wzbudzać uzasadnione kontrowersje” stanowisko TK, zgodnie z którym kompetencje organów władzy publicznej powinny być jednoznacznie i precyzyjnie określone w przepisach prawa, wszystkie działania tych organów powinny mieć podstawę w takich przepisach, a w razie wątpliwości interpretacyjnych kompetencji organów władzy publicznej nie można domniemywać<sup>21</sup>. Argumentują oni, że przyjęcie tego stanowiska „bezkrytycznie mogłoby prowadzić do wypaczenia znaczenia zasady legalizmu, której celem jest ochrona praw jednostki i zapewnienie, że działania organów państwa są ograniczone prawem. [...] Jednakże wykładnia prawa – zwłaszcza dotyczącego praw podstawowych – nie może być dokonywana w sposób odizolowany, z pominięciem innych norm prawnych” (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 27). Autorzy trafnie odnotowują, że „w świetle literalnego brzmienia postanowień [uokik], [Prezes UOKiK] nie ma obowiązku (a tym samym nie ma uprawnienia) odmówić zgody na koncentrację, jeżeli nie prowadzi ona do umocnienia pozycji dominującej”<sup>22</sup> (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 24). Mimo to

<sup>19</sup> Przewidywalność prawa jest kluczowa z punktu widzenia aksjologicznego źródła praworządności, jakim jest wolność osobista (w tym wolność gospodarcza), niekiedy wyrażana za F.A. Hayekiem jako racjonalna autonomia planowania własnych spraw. Należy jednak zgodzić się z poglądem, że przewidywalność prawa nie wyczerpuje zagadnienia praworządności w stosowaniu prawa konkurencji, która to powinna się opierać na trzech zasadach: jasności prawa (tak, aby adresaci norm byli w stanie je zinternalizować), uniwersalności norm (w tym równości ich stosowania) oraz kontroli sądowej działań organów administracji (Stones, 2021, s. 612).

<sup>20</sup> Dz. Urz. UE 7.06.2016, C 202/393.

<sup>21</sup> Wyr. TK z 14.07.2006 w sprawie K 53/05.

<sup>22</sup> Przy czym należy oczywiście uzupełnić tę wypowiedź o stwierdzenie, że zakaz koncentracji może być uzasadniony również zagrożeniem powstania pozycji dominującej lub innego rodzaju istotnym ograniczeniem konkurencji na rynku.

konkludują oni, że „[p]omijając kompetencje ustawowe<sup>23</sup>, [stanowiska Prezesa UOKiK, że nie ma on kompetencji ustawowych do zakazania koncentracji, która nie ogranicza istotnie konkurencji na rynku] nie można zaakceptować. Nadrzędnym celem władz publicznych jest ochrona porządku konstytucyjnego, a tym samym praw obywateli. Każda inna interpretacja – stanowiąca »imposybilizm prawny« władz publicznych – musi być odrzucona” (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 33). Takie podejście jest wysoce niepokojące, albowiem zawiera w sobie postulat, aby na rzecz skuteczności działania (rozumianej jako maksymalne osiągnięcie określonych celów prawno-politycznych) zrezygnować z podstawowej zasady gwarancyjnej chroniącej obywateli, jaką jest wymóg działania organów administracji publicznej wyłącznie na podstawie i w granicach prawa, a w konsekwencji przyzwolić Prezesowi UOKiK na uzurpowanie sobie uprawnień w obszarze mającym co do zasady kolosalny wpływ na działalność przedsiębiorców.

Bardzo łatwo sobie wyobrazić uzasadnienie na podstawie identycznej argumentacji zakazu dowolnej koncentracji niezależnych przedsiębiorców działających na rynkach mediów w Polsce, ze względu na fakt, że każde zmniejszenie liczby nadawców treści medialnych przyczynia się do zmniejszenia zewnętrznego pluralizmu mediów<sup>24</sup>. Podobnie, Prezes UOKiK mógłby w łatwy sposób zakazać wszelkich koncentracji na rynkach produktów wrażliwych (np. napoje alkoholowe, wyroby tytoniowe), przez wzgląd na ochronę interesu publicznego w postaci zdrowia publicznego. W tym wypadku osiągnięcie w wyniku koncentracji efektywności (np. ostatecznie umożliwiających obniżenie cen dla konsumentów), które są co do zasady pożądane w aksjologii prawa konkurencji, byłoby wręcz argumentem za zakazem koncentracji (albowiem mogłoby zwiększać dostępność szkodliwych substancji). Są to przykłady wysoce prawdopodobnych efektów przytoczonej argumentacji, które nie pozwalają jej zaakceptować.

Należy również podkreślić, że nie jest pomocne dla debaty prawnokonkurencyjnej posługiwanie się twierdzeniem, że „błędne rozumienie pozytywizmu prawnego było jednym z powodów zapoczątkowania prac nad systemem praw człowieka w powojennej Europie” (Banasiński i Rojszczak, 2021, s. 27). Podobne twierdzenia stanowiące *reductio ad nazium* pozostają poza obszarem merytorycznej argumentacji prawniczej. W tym przypadku jest to dodatkowo istotne, ponieważ przedstawiona konkluzja co do pozytywizmu prawnego jest sama w sobie błędna, albowiem zasadniczą cechą przedwojennych Niemiec był dualizm, w którym „[o]bok państwa prerogatywnego istniało państwo normatywne, złączone z pierwszym i poddawane stałemu tarcia, ponieważ państwo normatywne przestrzegało własnych przepisów, a państwo prerogatywne te same przepisy naruszało” (Kubas, 2019, s. 48).

### III. Modele ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji

#### 1. Pojęcie „pluralizmu mediów”

Rozważania nad modelami ujęcia „pluralizmu mediów” w ramach kontroli koncentracji wymaga w pierwszym rzędzie dookreślenia tego pojęcia, co może nastęrczać istotnych trudności. Terminem pluralizmu mediów nie posługuje się Konstytucja RP, która w przedmiotowym zakresie odwołuje się wyłącznie do „wolność[ci] prasy i innych środków społecznego przekazu” (art. 14) oraz „wolność[ci]

<sup>23</sup> Podkreślenie własne.

<sup>24</sup> Zob. szerzej rozważania w części IV niniejszego artykułu.

wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji” (art. 54). Pojęcie „pluralizmu” pojawia się w kilku ustawach zwykłych jako pluralizm światopoglądowy<sup>25</sup>, pluralizm mediów<sup>26</sup> bądź bezprzymiotnikowo<sup>27</sup>, jednakże żadna z tych ustaw nie zawiera definicji ani nawet ogólnych wytycznych co do rozumienia wymienionych terminów. W piśmiennictwie zaproponowano na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji rozumienie pluralizmu mediów jako połączenia dwóch elementów: pluralizmu wewnętrznego oraz pluralizmu zewnętrznego (K. Wojciechowski, 2014, nb 13). Pluralizm wewnętrzny należy rozumieć w ten sposób, że emitowane treści „powinny odzwierciedlać różnorodność opinii i przekonań oraz nurtów politycznych, filozoficznych, naukowych, artystycznych i religijnych”. Pluralizm wewnętrzny jest uzupełniany przez pluralizm zewnętrzny „przejawiający się w wielości dostawców i dostarczanych przez nich usług medialnych”, aczkolwiek autor wydaje się nadawać pluralizmowi zewnętrznemu drugorzędne znaczenie, ponieważ „tego rodzaju wielość gwarantuje jedynie różnorodność źródeł, a niekoniecznie dostępnych z nich treści” (K. Wojciechowski, 2014, nb 18). Należy przy tym podkreślić, że opisane podejście zostało zaproponowane specyficznie w odniesieniu do mediów publicznych, a jego powszechne przyjęcie może budzić kontrowersje, w szczególności co do uzasadnienia wymagania, aby określone medium prywatne spełniało przesłankę pluralizmu wewnętrznego.

Przechodząc na grunt definicji z języka specjalistycznego w pierwszym rzędzie należy zauważyć, że w naukach o mediach wskazuje się, iż nie ma dostatecznie precyzyjnej i szeroko akceptowanej definicji pojęcia „pluralizmu mediów” (Klimkiewicz, 2005, s. 83). Wyróżnia się wiele rodzajów pluralizmu mediów, niejednokrotnie niezgodnych ze sobą, w zależności od tego, z jakiej tradycji filozoficznej się wywodzą (Kowalski, 2017, s. 21–23). Z punktu widzenia prawa konkurencji zasadnicze znaczenie ma zasygnalizowane już wcześniej rozróżnienie między pluralizmem wewnętrznym oraz pluralizmem zewnętrznym<sup>28</sup>. Co do zasady, pluralizm wewnętrzny (intramedialny) oznacza „różnorodność zawartości, usług oraz źródeł ich pochodzenia w ramach danej jednostki mediów, w rezultacie oferującej szerokie spektrum opinii, punktów widzenia [...]” (Kowalski, 2017, s. 22). Z kolei pluralizm zewnętrzny (intermedialny) oznacza „istnienie wielości niezależnych i autonomicznych mediów i ich właścicieli, różniących się oferowaną zawartością (tematami, skupieniem na typie zawartości lub określonym punkcie widzenia)”, dzięki czemu „[k]ontrola własności, produkcji, wykonawstwa i dystrybucji znajduje się w wielu centrach dyspozycyjnych” (Kowalski, 2017, s. 22–23).

Wreszcie należy wskazać, że w rozumieniu potocznym (słownikowym) pluralizm jest rozumiany po prostu jako „wielość, różnorodność”<sup>29</sup>. Wydaje się, że pluralizm medialny powinien oznaczać w tym kontekście różnorodność mediów zarówno w zakresie prezentowanych treści, jak i w zakresie źródeł właścicielskich tych treści<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Ustawa z 20.07.2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (t.j. Dz. U. 2022 poz. 574 z późn. zm.), art. 23 ust. 2 pkt 2a).

<sup>26</sup> Ustawa z 16.07.2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. 2021 poz. 576 z późn. zm.), art. 115(1) ust. 1 pkt 6) lit. d, art. 118 ust. 5, art. 131e ust. 2 oraz 189 ust. 2 pkt 4); ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 805 z późn. zm.), art. 21b ust. 7 pkt 1).

<sup>27</sup> Ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji (t.j. Dz. U. 2020 poz. 805 z późn. zm.), art. 21 ust. 1.

<sup>28</sup> Z zastrzeżeniem, że te pojęcia również mogą być różnie rozumiane przez różnych autorów, por. Klimkiewicz, 2005, s. 83; zob. również European Regulators Group for Audiovisual Media Services, 2018, s. 20–24.

<sup>29</sup> Zob. <https://usjp.pwn.pl>, który zawiera również znaczenia politologiczne oraz filozoficzne tego terminu, niemające bezpośredniego związku z definicją poszukiwaną na potrzeby prowadzonej analizy.

<sup>30</sup> Można jedynie zasygnalizować, że pojęcie „pluralizmu medialnego” jest dodatkowo o tyle nieprecyzyjne, że konieczne wydaje się określenie spektrum opinii mieszczących się w jego ramach, czyli opinii, których prezentowanie korzysta z ochrony zapewnianej w związku z tą wartością. W szczególności ze względów prawnych wykluczone z tego spektrum są opinie totalitarne (przy czym o ile jest to dość konsekwentne w odniesieniu do poglądów narodowo-socjalistycznych, o tyle znacznie mniej w odniesieniu do poglądów komunistycznych). Wydaje się, że ze względów społecznych *de facto* również inne

W świetle powyższego, moim zdaniem, na potrzeby rozważań na temat modeli ujęcia pluralizmu mediów w ramach kontroli koncentracji należy definiować pluralizm mediów jako różnorodność treści medialnych dostępnych dla odbiorców (konsumentów), wynikającą z wielości niezależnych dostawców (aspekt zewnętrzny) oraz, w zakresie, w jakim ono występuje, zróżnicowania treści medialnych dostarczanych przez poszczególnych dostawców w ramach pojedynczego medium, jak i pomiędzy mediami (aspekt wewnętrzny). Niezbędne jest podkreślenie, że pluralizm mediów nie jest tożsamy z wolnością mediów ani z niezależnością mediów od państwa, choć te okoliczności mogą (ale przynajmniej teoretycznie – nie muszą) mieć wpływ na poziom pluralizmu (Klimkiewicz, 2022, s. 16–18).

Jednocześnie należy wskazać, że z perspektywy kontroli koncentracji kluczowe znaczenie dla oceny istnienia pluralizmu mediów wydaje się mieć pluralizm zewnętrzny. Po pierwsze, w tym znaczeniu ograniczenie pluralizmu mediów wydaje się co do zasady zbieżne z pojęciem „ograniczenia konkurencji” na rynku właściwym w wyniku koncentracji. Zmniejszenie liczby podmiotów działających na rynkach medialnych co do zasady ogranicza pluralizm (lub przynajmniej zwiększa zagrożenie jego ograniczeniem), podobnie jak co do zasady ogranicza konkurencję na rynkach właściwych. O ile jednak ograniczenie konkurencji musi być istotne (spełniać test SIEC), aby uzasadniać interwencję organu ochrony konkurencji, o tyle pozostaje pytanie czy można oczekiwać podobnego testu co do pluralizmu, czy może każde, nawet najmniejsze ograniczenie go jest niedopuszczalne. Po drugie, udzielenie organowi ochrony konkurencji wpływu na pluralizm wewnętrzny w mediach będących przedmiotem koncentracji nieuchronnie oznaczałoby przyznanie mu uprawnień do zarządzania działalnością gospodarczą przedsiębiorcy w skali mikro. Uprawnienie takie byłoby o tyle silniejsze, iż pluralizm wewnętrzny w Polsce, przynajmniej w mediach prywatnych, jest ograniczony. Istotny wpływ właścicielski oraz komercyjny na zawartość treści medialnych jest bowiem stałą charakterystyką polskich mediów, co przynajmniej częściowo wynika z faktu, że polskie regulacje sektora mediów nie ograniczają takiego wpływu (Klimkiewicz, 2022, s. 15). Pod tym względem polski krajobraz medialny nosi cechy modelu medialnego „spolaryzowanego pluralizmu”, charakteryzujący się głębokimi podziałami ideologicznymi prowadzącymi do znaczącego spolaryzowania przekazów medialnych oraz stronniczości mediów (Bałazy, 2021, s. 38). To oczywiście przekłada się na znikomy poziom pluralizmu wewnętrznego w ramach pojedynczego medium (czy raczej grupy medialnej), choć może wzmacniać różnorodność treści dostępnych dla konsumentów pomiędzy mediami. W świetle istniejącej dywersyfikacji dostawców treści medialnych (mimo istotnego poziomu skoncentrowania większości poszczególnych rynków medialnych), T. Goban-Klas stwierdził, że „prasa w Polsce jest pluralistyczna, lecz nie jest niezależna” (za: Klimkiewicz, 2005, s. 83). Można sobie zatem wyobrazić uwzględnienie pluralizmu wewnętrznego na potrzeby konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów<sup>31</sup>, jest to jednak wyjątkowe.

opinie „ekstremalne” mogą być wykluczone z obszaru pluralizmu opinii (a tym samym pluralizmu medialnego), przy czym ocena tego, co uznajemy za opinie ekstremalne wydaje się niemożliwa do zobiektywizowania.

<sup>31</sup> Zob. część V niniejszego artykułu.

## 2. Pluralizm jako cel prawa konkurencji

W pierwszym rzędzie należy rozpatrzyć dopuszczalność traktowania pluralizmu mediów jako przesłanki interpretacyjnej przepisów uokik, co wydaje się możliwe w dwóch przypadkach: (1) przyjęcia, że jednym z bezpośrednich celów prawa konkurencji jest właśnie ochrona lub rozwój pluralizmu mediów albo (2) przyjęcia, że pluralizm mediów jest elementem dobrobytu konsumentów, który z kolei stanowi ultymatywny cel prawa konkurencji.

Mimo że cele prawa konkurencji mogą być trudne do uchwycenia, racjonalnie uzasadniona wydaje się propozycja, że w każdym razie powinny to być cele o charakterze ekonomicznym. Szczegółowa natura tych celów i wzajemne relacje między nimi pozostają dyskusyjne, choć obecnie panuje dość powszechna zgodność, iż ostatecznym celem prawa konkurencji jest dobrobyt konsumentów (zob. szerzej Derdak, 2021, s. 45–56). W literaturze wskazuje się wprost, że reguły prawa konkurencji „nie mają na celu ochrony innych celów (wartości) także istotnych w interesie publicznym”, które „podlegają ochronie przez przepisy innych ustaw” (Kohutek, 2022, pkt 3). Podkreśla się również, że *ratio legis* prawa antymonopolowego wynika z wartości czysto ekonomicznych, w tym z nadrzędnej wartości jaką w gospodarce wolnorynkowej jest leżący u jej podstaw mechanizm konkurencji, w związku z czym klauzule generalne oraz inne pojęcia niedookreślone używane w uokik powinny być tłumaczone w świetle tak zakreślonej aksjologii (Banasiński, 2015, s. 83, 123, 557). W efekcie, „[j]akościowa odrębność nadzoru wykonywanego przez organ antymonopolowy w porównaniu do nadzoru nad przestrzeganiem innych ograniczeń reglamentacyjnych polega na tym, że zorientowany na ochronę rynku nadzór organu antymonopolowego nie koryguje rynku w imię wartości pozarynkowych, lecz pozostając z nim w zgodzie [...] nie dopuszcza do zagrożenia jego funkcjonowania poprzez osłabienie konkurencji (prewencyjny nadzór nad koncentracjami przedsiębiorców)” (Banasiński, 2015, s. 558). W świetle powyższego, pluralizmu mediów nie można uznać za bezpośredni cel prawa konkurencji.

## 3. Pluralizm jako element dobrobytu konsumentów

Dopuszczalność przyjęcia, że pluralizm mediów jest elementem dobrobytu konsumentów jest uzależniona od przyjętego rozumienia pojęcia „dobrobytu konsumentów”: węższego, obejmującego wyłącznie aspekty stricte ekonomiczne, albo szerszego, obejmującego również względy pozaekonomiczne (np. społeczne). Wydaje się, że trafne oraz bardziej powszechne jest definiowanie prawnokonkurencyjnego dobrobytu konsumentów przez pryzmat ich ekonomicznych interesów, wyrażających się głównie w niższych cenach, wyższej jakości i szerszym asortymencie produktów (zob. np. Kohutek, 2014, s. 319). Należy zauważyć, że przyjęcie takiego podejścia wykluczałoby możliwość uznania pluralizmu mediów, który jest czynnikiem pozaekonomicznym, za element dobrobytu konsumentów. Jednakże, w kontekście koncentracji na rynkach mediów w piśmiennictwie wskazano, że „[w] kategoriach dobrobytu społecznego mieści się [...] zawsze najbardziej kluczowa wartość sektora usług medialnych – pluralizm mediów (*media plurality*), rozumiany jako wielość źródeł (*sources*) pochodzenia treści dostarczanych odbiorcom” (Skoczny, 2012a, s. 217). Przyjmując roboczo to podejście na potrzeby dalszej analizy, a także uwzględniając powyższe rozważania na temat pojęcia „pluralizmu mediów”, wydaje się, że wpływ na dobrobyt

konsumentów należałoby raczej odnosić do różnorodności dostarczanych im treści niż do samej wielości ich źródeł.

Jednakże z takim podejściem wiążą się dwa istotne problemy.

Po pierwsze, respektowanie omawianej wyżej zasady legalizmu (oraz egzemplifikowanej przez nią zasady praworządności) w stosowaniu prawa przez organy administracji publicznej wymaga jak największej precyzji języka prawnego i prawniczego. Nie ulega wątpliwości, że nieprecyzyjność istotnych sformułowań oraz niezwykle szerokie używanie klauzul generalnych i innych pojęć niedookreślonych jest znamioną cechą<sup>32</sup> regulacji prawnokonkurencyjnych (Bernatt i in., 2014, s. 734). Tymczasem, jak wynika z przeprowadzonej wyżej analizy, pojęcie „pluralizmu mediów” jest pojęciem niejasnym, wieloznacznym, względnie bardzo szerokim. W związku z tym zastosowanie go w odniesieniu do konkretnych decyzji z obszaru prawa konkurencji nieuchronnie miałyby charakter bardziej polityczny niż prawny. Taki stan należy uznać za niedopuszczalny w przypadku uokik, będącej połączeniem norm stanowiących zasadniczą ingerencję w kwestie strukturalne przedsiębiorców (kontrola koncentracji) oraz quasi-karnych (reguły antytrustowe). Nie ma przy tym racjonalnego uzasadnienia dla uznania, że pluralizm mediów powinien być wartością kluczową dla kontroli koncentracji, ale już nie dla oceny porozumień ograniczających konkurencję lub nadużywania pozycji dominującej. Przyjmując omawiane podejście, należałoby uznać, że porozumienia przedsiębiorców ograniczające konkurencję na rynkach mediów (czy też „rynku idei”, zob. niżej) mają szczególnie wysoki ciężar gatunkowy i powinny być odpowiednio stanowczo zwalczane.

Po drugie, jest całkiem niejasne, jaki miałby być test naruszenia pluralizmu mediów w wyniku koncentracji<sup>33</sup>, co nie pozwala na dostatecznie precyzyjne rozpoznanie podstaw interwencji Prezesa UOKiK. Z tych względów wydaje się, że uznanie pluralizmu mediów za element dobrobytu konsumentów mogłoby prowadzić do zasadniczych wątpliwości interpretacyjnych oraz ograniczać pewność prawa, a tym samym przyjęcie takiego podejścia nie znajduje racjonalnych podstaw.

W uzasadnieniu decyzji w sprawie *Agora/Eurozet* Prezes UOKiK w bezpośredni sposób odniósł się do kwestii pluralizmu mediów, wskazując, 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”. W piśmiennictwie wskazano, że w wypowiedzi tej Prezes UOKiK uznał, iż „ryzyko zmniejszenia dostępności produktów reprezentujących zróżnicowaną jakość na rzecz produktu ujednoliconego stanowi istotne zagrożenie dla mechanizmu konkurencji na rynkach właściwych” (Bolecki i Jelska, 2021). Nie negując tej interpretacji, w przytoczonej wypowiedzi można również rozpoznać argumentację zakorzenioną w szeroko rozumianej definicji dobrobytu konsumentów. Przesłanką wyjściową jest stwierdzenie, że pluralizm mediów (zróżnicowanie treści medialnych) stanowi istotną wartość dla konsumentów, czyli ważny element dobrobytu społecznego (społecznego dobrobytu konsumentów). Można spekulować, że z tej przesłanki w wyniku odwróconej argumentacji wywiedziono, iż ryzyko naruszenia dobrobytu konsumentów w wyniku koncentracji jest przejawem ryzyka naruszenia konkurencji na rynku. Należy przy tym wskazać, że ta alternatywna interpretacja nie zmienia oceny, iż ryzyko zidentyfikowane w cytowanej

<sup>32</sup> Można również stwierdzić, że bolączką.

<sup>33</sup> Zob. szerzej rozważania w części IV niniejszego artykułu.

wypowiedzi przez Prezesa UOKiK nie jest spójne z teorią szkody polegającej na ryzyku milczącej koordynacji z innym uczestnikiem rynku oraz powstania sytuacji quasi-oligopolistycznej na szeregu rynków właściwych (Bolecki i Jelska, 2021). Mimo że istnieją uzasadnione wątpliwości co do uwzględniania kwestii pozaekonomicznych w dobrobycie konsumentów na gruncie prawa konkurencji (zob. wyżej), w przypadku rynków mediów można znaleźć po temu pewne uzasadnienie. Należy mianowicie wziąć pod uwagę fakt, że rynki mediów są co do zasady rynkami dwustronnymi, obejmującymi powiązane ze sobą, lecz oddzielne rynki reklamy oraz rynki widowni. O ile rynki reklamy mają charakter stricte ekonomiczny, o tyle rynki widowni często w ogóle nie mają bezpośredniego aspektu ekonomicznego (tzn. nie ma przepływów pieniężnych od widzów, słuchaczy lub czytelników do nadawcy treści medialnych) lub ma on charakter drugorzędny (tzn. cena produktu nie jest istotnym czynnikiem podejmowania decyzji zakupowej przez konsumenta, a przynajmniej nie jest istotnym czynnikiem rozpoznawania substytucyjności produktów przez indywidualnego konsumenta). Skoro zatem (szeroko rozumiane) decyzje zakupowe na rynkach widowni są w znacznej mierze uwarunkowane czynnikami pozaekonomicznymi, to również definicja „dobrobytu konsumentów” na tych rynkach może w większym niż normalnie stopniu uwzględniać aspekty społeczne.

#### 4. Pluralizm jako element interesu publicznego

Nie ulega wątpliwości, że niedopuszczalne jest przełamanie granic interesu publicznego normatywnie wyznaczonych w art. art. 13 i 14 uokik, bez względu na jakiegokolwiek wartości chronione prawem, to znaczy Prezes UOKiK nie ma upoważnienia do oceny tych koncentracji, nawet jeżeli ich skutki mogłyby być negatywne dla pluralizmu mediów.

W następnej kolejności należy rozważyć, w jakim zakresie interes publiczny w postaci pluralizmu mediów może stanowić dla Prezesa UOKiK podstawę do podjęcia „decyzji nadzwyczajnej”. Przez decyzję nadzwyczajną na potrzeby niniejszych rozważań należy rozumieć zgodę nadzwyczajną w postaci odstąpienia od zakazu koncentracji na podstawie art. 20 ust. 2 (Skoczny, 2012a, s. 105 i n.) oraz będący niejako jej lustrzanym odbiciem nieuregulowany w uokik nadzwyczajny zakaz koncentracji, która nie doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Nie jest relewantna (a tym samym nie jest tu analizowana) zgoda nadzwyczajna polegająca na nieskuteczności decyzji Prezesa UOKiK, rozumianej jako „sytuacja, w której zgoda na dokonanie koncentracji, nawet jeśli zostanie wydana[...], nie będzie wystarczająca (nie będzie wystarczającą podstawą prawną) dla jej legalnego przeprowadzenia” (Skoczny, 2012a, s. 109–112). W kontekście pluralizmu mediów taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku koncentracji na rynkach radia lub telewizji, gdzie określone uprawnienia kontrolne, równoległe do oceny koncentracji przez Prezesa UOKiK, przysługują Krajowej Radzie Radiofonii i Telewizji.

Należy się przy tym zgodzić ze stanowiskiem, że rozpatrując przewidzianą w art. 20 ust. 2 uokik możliwość wyrażenia przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona – „[d]o rozwiązania tego odnieść się należy krytycznie (z pewnością w wymiarze aksjologicznym)” (Kohutek, 2022, pkt 3). Uznając możliwość istnienia w określonych sytuacjach interesu publicznego przeważającego nad ochroną konkurencji, wydaje się, że kompetencja do podejmowania zgód nadzwyczajnych ze względu na interes publiczny powinna być ulokowana poza organem ochrony konkurencji. Jak wskazano wyżej, Prezes

UOKiK może wydać zgodę nadzwyczajną zawsze, gdy uzna to za „uzasadnione”, a zatem ma – przynajmniej teoretycznie – w zasadzie pełną swobodę podjęcia takiej decyzji. Niemniej jednak należy postulować, że uzasadnienie wydania zgody nadzwyczajnej musi być dostatecznie doniosłe (Miąsik i Skoczny, 2014, s. 35). Wydaje się stosunkowo mało kontrowersyjne, że ochrona lub umocnienie pluralizmu mediów, będącego emanacją wartości konstytucyjnej wolności słowa, jest dostatecznie doniosłym powodem podjęcia takiej decyzji. Wydaje się jednak, że wystąpienie sytuacji, w której koncentracja prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, ale jednocześnie jest korzystna dla pluralizmu mediów, jest w praktyce mało prawdopodobne.

Należy powtórzyć, że uokik nie przewiduje możliwości niewyrażenia przez Prezesa UOKiK zgody na koncentrację, w której wyniku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona. Wobec tego, mając na względzie opisane wyżej ramy interpretacyjne wynikające z zasady legalizmu (a pośrednio z zasady praworządności), nie sposób uzasadnić możliwości podjęcia przez Prezesa UOKiK decyzji o nadzwyczajnym zakazie konkurencji, nawet gdyby przemawiał za tym interes publiczny spoza aksjologii prawa konkurencji.

#### **IV. Próba konceptualizacji analizy koncentracji pod kątem ochrony pluralizmu mediów**

W świetle powyższych rozważań, interesującym ćwiczeniem może być próba konceptualizacji analizy koncentracji przez Prezesa UOKiK pod kątem ochrony pluralizmu mediów – tak jak oczekiwał tego Rzecznik Praw Obywatelskich w sprawie *Orlen/Polska Press*. Oczywiście, wymaga to roboczego pominięcia faktu, że okoliczności pozaekonomiczne nie są uprawnionymi celami prawa konkurencji (zob. szerzej Derdak, 2021, s. 56–65).

Odwołując się do definicji zaproponowanej w wyniku analizy przedstawionej w punkcie III.1 niniejszego artykułu, podstawowym „testem” na potrzeby analizy wpływu koncentracji na pluralizm mediów jest odpowiedź na pytanie: „czy w wyniku koncentracji może dojść do zmniejszenia różnorodności treści medialnych dostępnych dla odbiorców (konsumentów)?”. Jak wskazano wyżej, co do zasady w celu oceny istnienia i poziomu pluralizmu mediów należy wziąć pod uwagę zarówno pluralizm zewnętrzny, jak i pluralizm wewnętrzny. Jednak w świetle bardzo wysokiego ryzyka wpływu komercyjnego i właścicielskiego na treści redakcyjne w polskich mediach (Klimkiewicz, 2022, s. 13), pierwszorzędne znaczenie będzie miał pluralizm zewnętrzny. Nie jest bowiem prawdopodobne, aby przejęcie przez koncern medialny nowego medium pozostało bez wpływu na nadawane treści, zwłaszcza że w dyskursie publicznym co do zasady nie wymaga się pluralizmu wewnętrznego od prywatnych nadawców treści medialnych. Jeżeli za zasadniczy dla oceny koncentracji uznamy pluralizm zewnętrzny, czyli wielość niezależnych właścicieli mediów, to poza bardzo wąskim zakresem stanów faktycznych (ograniczonym głównie do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w celu prowadzenia nowej działalności w sektorze medialnym oraz ewentualnie zmiany kontroli z samodzielnej na wspólną nad przedsiębiorcą aktywnym w tym sektorze) każda koncentracja na rynkach mediów doprowadzi do zmniejszenia pluralizmu mediów.

W związku z tym należy rozważyć czy każde zmniejszenie poziomu pluralizmu mediów powinno być przesłanką ewentualnego zakazu koncentracji, czy jedynie jego istotne zmniejszenie<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> Należy podkreślić, że dalsze rozważania opierają się na założeniu „skalowalności” pluralizmu mediów, czyli uznaniu, że może on istnieć w postaci bardziej lub mniej pełnej, a stan ten może zmieniać się w czasie pozytywnie (zwiększenie pluralizmu) lub negatywnie (zmniejszenie pluralizmu). W związku

Przyjęcie pierwszego podejścia prowadziłoby do niemożliwych do zaakceptowania skutków w postaci zabetonowania struktury rynku medialnego w Polsce (poza wzrostem lub regresem organicznym) oraz dopuszczenia wyłącznie koncentracji polegających na przejęciu udziału rynkowego przez inwestora dotychczas nieprowadzącego działalności na rynkach mediów. Z kolei przyjęcie drugiego podejścia wiązałoby się z istotnymi problemami metodologicznymi. W szczególności nie sposób stwierdzić, jakie należałoby przyjąć miary oraz wartości do oceny czy kryterium istotnego zmniejszenia poziomu pluralizmu mediów zostało spełnione.

Po pierwsze, nie są jasne nawet zasadnicze wymiary, w jakich należałoby oceniać koncentracje ze względu na ich wpływ na pluralizm mediów. Nie powinno budzić większych wątpliwości, że należałoby analizować koncentracje w wymiarze horyzontalnym (np. przejęcie stacji radiowej przez spółkę należącą do grupy kapitałowej, która już obejmuje nadawców radiowych). Uzasadnione wydawałoby się również analizowanie koncentracji krzyżowych (*cross-concentrations*), które od pierwszych raportów dotyczących pluralizmu medialnego były wskazywane jako jedno z najpoważniejszych zagrożeń dla tej wartości w Polsce (Klimkiewicz, 2016, *passim*). Nie jest natomiast jasne czy i na ile niebezpieczne dla pluralizmu mediów mogą być koncentracje wertykalne (np. przejęcie tytułu prasowego przez przedsiębiorcę z branży drukarskiej lub *vice versa*), nawet jeżeli w kategoriach czysto ekonomicznych w określonych okolicznościach oczywiście mogą mieć one negatywny wpływ na konkurencję na rynku. W takim bowiem przypadku ryzyko zmniejszenia różnorodności dostępnych treści medialnych, o ile w ogóle występuje, jest niebezpośrednie i bardzo odległe.

Po drugie, powstaje pytanie o miernik pluralizmu. Z jednej strony pojawia się problem, posługując się pojęciem z leksykonu prawa konkurencji, „rynku ogółem” pluralizmu, czyli określenia całego obszaru działalności przedsiębiorców medialnych, na jakim pluralizm występuje. Rzecznik Praw Obywatelskich postulował badanie koncentracji na „rynku środków społecznego przekazu”<sup>35</sup> czy też „rynku wolnego słowa, prawa do rzetelnej informacji, jawności życia publicznego oraz kontroli i krytyki społecznej”<sup>36</sup>. Nie ulega wątpliwości, że te określenia nie mają wiele wspólnego z poprawnie stosowaną instytucją prawa konkurencji, jaką jest rynek właściwy (choćby dlatego, że nie odnoszą się do produktu będącego przedmiotem obrotu; w tym sensie nie istnieje prawno-konkurencyjny rynek wolności słowa), którego należyte zdefiniowanie prowadzi do oceny wpływu koncentracji na precyzyjnie i stosunkowo wąsko wyznaczonych segmentach sektora mediów. Wydaje się, że Rzecznik Praw Obywatelskich, wskazując, że wszystkie środki społecznego przekazu, niezależnie od używanych nośników, są substytutem zbliżył się do konstruktu „rynku idei” (zob. Polański, 2021, *passim*), który ze względu na swoją pojemność oraz nieprecyzyjność jest nieużyteczny na potrzeby rzetelnej oceny skutków koncentracji. Nasuwa się przy tym pytanie, czy dla oceny pluralizmu mediów należy brać pod uwagę wyłącznie prasę opinii, czy również tytuły prasy specjalistycznej (branżowej, profesjonalnej) oraz rozrywkowej? Wydaje się, że wpływ na

z tym ograniczenie różnorodności na rynku medialnym jedynie w skrajnych przypadkach doprowadzi do zaniku pluralizmu. Skądinąd, zasadne byłoby stworzenie wzorca „efektywnego pluralizmu” (odwołanie do pojęcia „efektywnej konkurencji”), aby uniknąć argumentu, że sytuacja funkcjonowania na rynku quasi-monopolisty i jednego małego medium prezentującego odmienną linię redakcyjną już stanowi różnorodność medialną. Odmienne, czyli zero-jedynkowe podejście (pluralizm mediów występuje w postaci całkowitej albo nie ma go wcale) wydaje się niespójne z rzeczywistością obejmującą koncentracje na rynkach mediów. Przy takim podejściu żadna ze spraw będących kanwą niniejszego artykułu nie miałyby takiego znaczenia, aby zmienić jakościową ocenę istnienia pluralizmu, co w tym przypadku czyniłoby nieantymonopolową analizę koncentracji mało użyteczną.

<sup>35</sup> Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich z 5.03.2021 r., s. 2.

<sup>36</sup> Ibidem, s. 12.

poziom pluralizmu będą miały wszystkie tytuły, ponieważ także prasa rozrywkowa zawiera treści światopoglądowe, a niekiedy również polityczne. Natomiast nie jest jasne czy wszystkie media należy uznać jednakowo ważne z perspektywy pluralizmu mediów, czy na przykład rozróżniać je na takie, które skupiają się głównie na zadaniach z zakresu kontroli i krytyki społecznej oraz na takie, które co do zasady nie skupiają się na tej funkcji. Natomiast tu natykamy się na kolejny problem, a mianowicie nie ma żadnych wskazówek co do tego, w jaki sposób należałoby wagę różnych mediów dla pluralizmu zróżnicować. Z drugiej strony nie jest jasne, jakie dane należy brać pod uwagę, aby ocenić „siłę rynkową” przedsiębiorcy na potrzeby oceny pluralizmu. Można sobie wyobrazić bardzo szeroki wachlarz kryteriów, takich jak liczba tytułów, wielkość nakładów, wielkość rozpowszechniania płatnego, wielkość sprzedaży ogółem, wartość sprzedaży, wartość przychodów z reklam czy też opiniotwórczość medium oceniana na podstawie częstotliwości jego cytowania. Powstaje również problem, jak porównać np. dane dotyczące dziennika do danych dotyczących tygodnika lub dane dotyczące prasy do danych dotyczących telewizji albo Internetu.

Po trzecie, nawet gdybyśmy zdołali określić wymiary i miernik pluralizmu mediów na potrzeby nieantymonopolowej oceny koncentracji, to niezbędne byłoby określenie, jaki poziom koncentracji mediów stanowi zagrożenie dla ich pluralizmu. Przyjmując założenie, że kwestii tej nie można byłoby pozostawić nieokreślonej, dając tym samym nieograniczoną uznaniowość organowi dokonującemu takiej kontroli, pozostają dwa rozwiązania: odwołanie się do poziomów procentowych z uokik (zwłaszcza do poziomu domniemanej dominacji, czyli 40%) albo przyjęcie innego wskaźnika. Pierwsze z rozwiązań wydaje się niezasadne, ponieważ byłoby to w istocie powielaniem już istniejącej regulacji. Ponadto, w zasadzie nie ma w prawie konkurencji odnośnika, który pozwoliłby na należyte rozpoznanie jednego z najistotniejszych zagrożeń dla pluralizmu mediów, jakim są koncentracje krzyżowe. Z kolei przyjęcie drugiego rozwiązania ponownie stawia nas przed niemożliwym zadaniem określenia wskaźnika bez podstaw prawnych, bez możliwości dokonania uprawnionych analogii oraz bez żadnych wytycznych.

Z powyższych rozważań jasno wynika, że w obecnym stanie prawnym postulaty analizy koncentracji w świetle pluralizmu mediów przez Prezesa UOKiK są niemożliwe do spełnienia. Bez interwencji ustawodawcy polegającej na wprowadzeniu kompleksowej regulacji w zakresie nieantymonopolowej analizy koncentracji w sektorze medialnym, której podstawowym celem będzie ochrona pluralizmu mediów, nie sposób określić nawet w przybliżeniu zasad, na jakich ta analiza miałaby się odbywać. Jakiegokolwiek działania Prezesa UOKiK, które miałyby zadośćuczynić postulatом Rzecznika Praw Obywatelskich, nieodzownie byłyby całkowicie arbitralne i nieoparte na obowiązujących przepisach, a tym samym bezprawne. Wobec tego postulaty te niestety należy uznać za polityczne w swojej naturze, a nie prawne.

## V. Podsumowanie

Dostępne raporty wskazują, że problemy polskiego sektora mediów są od wielu lat poważne i jakościowo niezmiennie. Znaczące zagrożenie dla pluralizmu mediów wynika w szczególności z wysokiej koncentracji horyzontalnej oraz bardzo wysokiej koncentracji krzyżowej, a także z braku skutecznych narzędzi ograniczających wpływ właścicielski i komercyjny na treści redakcyjne

(Klimkiewicz, 2016, s. 5). Problemy te dotyczą nie tylko mediów państwowych (publicznych), czy też prywatnych mediów ogólnopolskich, lecz także mediów samorządowych, w których lokalne władze kontrolują wolność słowa (Piechota, 2007, s. 114–118)<sup>37</sup>. Wątpliwości związane z nieproporcjonalnością udostępniania czasu antenowego różnym opcjom politycznym, preferencyjnym traktowaniem sprzyjających mediów w zakupie reklam spółek Skarbu Państwa oraz spółek samorządowych, interwencją rządów w sprawy właścicielskie i zarządcze prywatnych mediów, a nawet działaniami służb specjalnych w celu siłowego ujawnienia chronionych prawem prasowym źródeł informacji niekorzystnych dla przedstawicieli władz pojawiały się w zasadzie od początku transformacji ustrojowej w Polsce. Z tej perspektywy koncentracje w sprawach rozpoznawanych przez Prezesa UOKiK na początku 2021 r. mogą rodzić pytania co do ryzyka pogłębienia strukturalnych i systemowych niedomagań polskiego sektora medialnego, natomiast nie wydają się prowadzić do jakościowych zmian.

W każdym razie, rozwiązanie tych problemów, o ile nie prowadzą one jednocześnie do istotnego ograniczenia konkurencji (w rozumieniu ekonomicznym) na rynku właściwym, nie należy *de lege lata* do kompetencji Prezesa UOKiK. Próby zaktywizowania Prezesa UOKiK do podjęcia interwencji w tym zakresie prowadzą do niezwykle niebezpiecznego przełamania zasady legalizmu, zgodnie z którą organy administracji publicznej muszą działać na podstawie i w granicach prawa. Uzurpowanie sobie kompetencji niewyrażonych w ustawie przez władze publiczne, nawet jeżeli uzasadniane argumentacją z zakresu ochrony praw podstawowych, jest niedopuszczalne. Poddanie koncentracji na rynkach mediów dodatkowej, nieantymonopolowej kontroli koncentracji może być co najwyżej postulatem *de lege ferenda*<sup>38</sup>. Analiza zasadności wprowadzenia takiej regulacji nie była przedmiotem analizy niniejszego artykułu, więc w tym zakresie wypada przedstawić jedynie ogólne spostrzeżenia. Po pierwsze, branża mediów jest szczególnie narażona (ale również podatna) na działania polityczne, w związku z czym w razie wprowadzenia szczególnych regulacji sektorowych, powinny one pozostawiać jak najmniejsze pole uznaniowości dla Prezesa UOKiK (lub innego organu powołanego do sprawowania takiej kontroli, np. Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji). Po drugie, należałoby zakładać, że ewentualne regulacje powinny obejmować co najmniej ograniczenie koncentracji horyzontalnych i krzyżowych. Po trzecie, zgodnie z kluczowym postulatem ustawodawstwa opartego na faktach, jakkolwiek interwencja normatywna musiałaby być poprzedzona szeroką analizą podobnych regulacji w innych jurysdykcjach oraz weryfikacją, jakie – mimo obowiązywania tych regulacji – problemy tamtejszych systemów medialnych są raportowane. Jednocześnie, ze względu na wrażliwość omawianego zagadnienia należałoby postulować wprowadzenie ewentualnych nowych regulacji w ramach konsensusu politycznego, choć obecnie takie zdarzenie wydaje się wielce nieprawdopodobne.

<sup>37</sup> Istotne zagrożenia dla konkurencji na lokalnych rynkach medialnych oraz dla funkcji kontrolnej mediów wynikające z wydawania prasy przez jednostki samorządu terytorialnego w ostatnim czasie ponownie odnotował Rzecznik Praw Obywatelskich, zob. <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-samorzad-terytorialny-prasa-wydawanie-zagrozenia-mkidn>.

<sup>38</sup> Podobnie wydaje się sądzić obecny Rzecznik Praw Obywatelskich, zob. <https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/rpo-oswiadczenie-konieczne-zmiany-prawne-koncentracja-rynek-mediow>.

## Bibliografia

- Bałazy, B. (2021). Media w Polsce. W: B. Bałazy, Ł. Bernaciński, *Funkcjonowanie rynku medialnego w Polsce i innych wybranych państwach europejskich. Przeciwdziałanie koncentracji kapitału i ochrona pluralizmu mediów* (s. 37–48). Warszawa: Instytut na rzecz Kultury Prawnej Ordo Iuris.
- Banasiński, C. (2015). *Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Banasiński, C. (2021). Niezależność organu antymonopolowego. W: M. Błaszczuk, A. Zientara (red.), *Interdyscyplinarność – w nauce najciekawsze rzeczy dzieją się na styku różnych dziedzin. Księga Jubileuszowa Profesor Małgorzaty Król-Bogomilskiej* (s. 261–276). Warszawa: C.H. Beck.
- Banasiński, C. i Piontek, E. (2009). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
- Banasiński, C. i Rojszczak, M. (2021). The role of competition authorities in protecting freedom of speech: the PKN Orlen/Polska Press case. *European Competition Journal*, <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.2003999>.
- Bernatt, M. (2022). The double helix of rule of law and EU competition law: An appraisal. *European Law Journal*, 2021, 27(1-3), 148–166. <https://doi.org/10.1111/eulj.12422>.
- Bernatt, M., Jurkowska-Gomułka, A. i Skoczny, T. (2014). Podstawy i zakres publicznoprawnej ochrony konkurencji. W: M. Kępiński (red.), *Prawo konkurencji. System Prawa Prywatnego. Tom 15* (s. 722–773). Warszawa: C.H. Beck.
- Blicharz, R., Horubski, K. i Pawełczyk, M. (2018). Prawo konkurencji w systemie publicznego prawa gospodarczego. W: R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel (red.), *Publiczne prawo gospodarcze. System Prawa Administracyjnego. Tom 8B* (s. 657–870). Warszawa: C.H. Beck.
- Bolecki, A. i Jelska, A. (2021). *Koncentracje na rynku mediów w aktualnej praktyce orzeczniczej Prezesa UOKiK*. Pozyskano z: <https://codozasady.pl/p/koncentracje-na-ryнку-mediow-w-aktualnej-praktyce-orzeczniczej-prezesa-uokik> (14.08.2022).
- Derdak, M.K. (2021). Square Peg in a Round Hole? Sustainability as an Aim of Antitrust Law. *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 14(23), 39–68. <https://doi.org/10.7172/1689-9024.YARS.2021.14.23.2>.
- Dudzik, S. (2010). *Współpraca Komisji Europejskiej z organami ochrony konkurencji w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorstw*. Warszawa: Oficyna.
- Dudzik, S. (2014). „Zgody szczególne” na dokonanie koncentracji (wybrane zagadnienia). *Europejski Przegląd Sądowy*, 07, 4–10.
- European Regulators Group for Audiovisual Media Services. (2018). *Wewnętrzny pluralizm mediów w ramach audiowizualnych usług medialnych w UE – Zasady i praktyka*. Pozyskano z: [http://www.archiwum.krrit.gov.pl/Data/Files/\\_public/Portals/0/KRRiT/aktualnosci/raport-erga\\_pluralizm-wewnetrzny\\_wersja-pl\\_def.pdf](http://www.archiwum.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/KRRiT/aktualnosci/raport-erga_pluralizm-wewnetrzny_wersja-pl_def.pdf).
- Klimkiewicz, B. (2005). Krajobraz medialny w Polsce : struktura własności i pluralizm mediów. W: B. Klimkiewicz (red.), *Własność medialna i jej wpływ na pluralizm oraz niezależność mediów* (s. 49–89). Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.
- Klimkiewicz, B. (2016). *Media Pluralism Monitor 2016. Monitoring Risks for Media Pluralism in the EU and Beyond. Country report: Poland*. European University Institute (EUI). <https://doi.org/10.2870/923030>.
- Klimkiewicz, B. (2022). *Monitoring Media Pluralism in the Digital Era. Application of the Media Pluralism Monitor in the European Union, Albania, Montenegro, the Republic of North Macedonia, Serbia & Turkey in the Year 2021. Country report: Poland*. European University Institute (EUI). <https://doi.org/10.2870/330886>.

- Kohutek, K. (2014). W: M. Sieradzka, K. Kohutek, *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (art. 18). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kohutek, K. (2022). Aksjologia publicznego prawa konkurencji. W: A. Powalowski (red.), *Aksjologia publicznego prawa gospodarczego*. Warszawa: C.H. Beck.
- Kowalski, T. (2017). Koncepcje pluralizmu mediów i polityki mediowej w warunkach rozwoju platform cyfrowych. *Studia Medioznawcze*, 2(69), 21–29. <https://doi.org/10.33077/uw.24511617.ms.2017.69.387>.
- Kubas, S. (2019). Autorytarna praworządność. Uwagi na tle książki Jensa Meierhenricha *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*. *Przegląd Konstytucyjny*, 1, 40–67.
- Miąsik, D. i Skoczny, T. (2014). Komentarz do art. 1. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 23–49). Warszawa: C.H. Beck.
- Niedźwiedź, M. (2020). Zasady ogólne europejskiego prawa administracyjnego – zasada legalizmu – wprowadzenie i wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 21.09.1989 r., sprawy połączone 46/87 i 227/88, Hoechst AG przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich. *Europejski Przegląd Sądowy*, 5, 53–59.
- Piechota, G. (2007). *Wpływ komunikacji politycznej na budowanie społeczeństwa obywatelskiego w demokracji lokalnej (na przykładzie miasta Katowice)*. Katowice: Uniwersytet Śląski w Katowicach.
- Polański, J. (2021). Antymonopolowe déjà vu? Wolność słowa w analizie antymonopolowej. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 3(10), 30–59. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.3.10.2>.
- Przybysz, P.M. (2022). *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz aktualizowany*. LEX/el.
- Rostek, H. (2015). *Regulacje dotyczące koncentracji własności na rynku mediów w wybranych krajach*. Warszawa: Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji.
- Semeniuk, P. (2016). Nieantymonopolowa kontrola koncentracji na rynku audiowizualnym, nieruchomości i farmaceutycznym. *internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny*, 1(5), 25–35. <https://doi.org/10.7172/2299-5749.IKAR.1.5.2>.
- Skoczny, T. (2012a). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Skoczny, T. (2012b). Ochrona „uprawnionych interesów” państw członkowskich UE w unijnym prawie kontroli koncentracji. *Studia Europejskie*, 1, 51–82.
- Skoczny, T. i Aziewicz, D. (2014). Komentarz do art. 18. W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 645–677). Warszawa: C.H. Beck.
- Stawicki, E. (2016). Komentarz do art. 18–20. W: A. Stawicki, E. Stawicki (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz* (s. 488–566). Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stępa, P. (2007). Unia Europejska względem zjawiska koncentracji mediów. *Studia Europejskie*, 3, 81–97.
- Stones, R. (2021). Why Should Competition Lawyers Care about the Formal Rule of Law?. *The Modern Law Review*, 84(3), 608–635. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12625>.
- Wojciechowski, K. (2014). Komentarz do art. 21. W: S. Piątek (red.), *Ustawa o radiofonii i telewizji. Komentarz* (Nb 13). Warszawa: CH Beck.
- Wojciechowski, M. (2014). *Pewność prawa*. Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego.
- Wright, J.D. i Ginsburg, D.H. (2013). The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice. *Fordham Law Review*, 81, 2406–2423.