

**Odwołanie Rzecznika Praw Obywatelskich
od decyzji nr DKK-34/2021 z dnia 5 lutego 2021 r.
wydanej przez Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i
Konsumentów**

OPINIA PRZYJACIELA SĄDU (AMICUS CURIAE)

SPORZĄDZONA PRZEZ ARTICLE 19

ARTICLE 19
Free Word Centre
60 Farringdon Road
Londyn EC1R 3GA, Wielka Brytania
Tel: +44 207 324 2500
Fax: +44 207 490 0566
Web: www.article19.org

1 czerwca 2021 r.

WPROWADZENIE

1. W niniejszej opinii *amicus curiae* ARTICLE 19, międzynarodowa organizacja na rzecz wolności wyrażania poglądów, apeluje do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o rozważenie przy rozpatrywaniu niniejszej sprawy przepisów traktatów UE, prawa UE oraz regionalnych standardów praw człowieka.
2. Sprawa dotyczy odwołania Rzecznika Praw Obywatelskich od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Organ ds. Konkurencji), udzielającej zgody na koncentrację polegającą na nabyciu kontroli nad Polska Press Sp. z o.o. (Polska) z siedzibą w Warszawie przez Polski Koncern Naftowy ORLEN S.A. (Orlen) z siedzibą w Płocku. Uważamy, że jest to dla Sądu Okręgowego w Warszawie okazja do wyjaśnienia zgodności decyzji ze zobowiązaniami Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie prawa UE, zgodnie z jego interpretacją przez sądy UE, oraz standardów wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Konwencja Europejska)¹, których Rzeczpospolita Polska zobowiązana jest przestrzegać. W szczególności rozstrzygnięcie Sądu w tej sprawie powinno być zgodne z unijnymi zasadami dotyczącymi łączenia przedsiębiorstw, a także zobowiązaniami Rzeczypospolitej Polskiej w zakresie europejskich standardów dotyczących pluralizmu w mediach.
3. W niniejszej opinii w pierwszej kolejności przedstawiono zarys zobowiązań prawnych Rzeczypospolitej Polskiej do wdrażania prawa UE oraz europejskich przepisów prawa dotyczących praw człowieka. Następnie wskazano na niezbadanie w Decyzji Organu ds. Konkurencji (Decyzja) kwestii kontroli władz państwowych nad Orlenem. W trzeciej części podkreśla się nieuwzględnienie w Decyzji w należyłym stopniu kwestii wpływu połączenia przedsiębiorstw na pluralizm w mediach krajowych, czemu towarzyszy wyjaśnienie dlaczego ta okoliczność stanowi naruszenie zarówno przepisów prawa UE, jak i Konwencji Europejskiej.

ORGANIZACJA ARTICLE 19

4. ARTICLE 19 jest niezależną organizacją zajmującą się prawami człowieka, działającą na całym świecie w celu ochrony i propagowania prawa do swobody wypowiedzi i prawa do swobody informacji. Organizacja od powstania w 1987 r. działa na skalę międzynarodową i obecnie ma biura w Wielkiej Brytanii, Holandii, Bangladeszu, Brazylii, Kenii, Meksyku, Mjanmie, Senegalu i Tunezji. Jej nazwa wywodzi się od art. 19 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. ARTICLE 19 monitoruje zagrożenia dla swobody wypowiedzi w różnych regionach świata oraz trendy krajowe i globalne, a także opracowuje długoterminowe strategie radzenia sobie z nimi i zachęca do wdrażania najwyższych standardów swobody wypowiedzi na poziomie krajowym i globalnym.
5. Organizacja ma bogatą wiedzę ekspercką i doświadczenie w działaniach na rzecz ochrony prawa do swobody wypowiedzi zgodnie z międzynarodowymi i europejskimi standardami praw człowieka, w tym w kwestiach rozważanych w niniejszej sprawie. W przypadku Rzeczypospolitej Polskiej przystąpiliśmy do kilku spraw przez Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (Trybunałem

¹ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolnościach z 1953 r.

Europejskim) np. *Rabczewska v. Poland*,² *Gesina-Torres v. Poland*³ czy *Pietrzak v. Poland*,⁴ a także do spraw zawisłych przed polskimi sądami.⁵

6. ARTICLE 19 ma również bogatą wiedzę ekspercką i doświadczenie w działaniach rzeczniczych związanych z ochroną wolności mediów, pluralizmu w mediach oraz różnorodności jako fundamentów systemu demokratycznego, zgodnie ze standardami międzynarodowymi i regionalnymi. Dla przykładu organizacja opublikowała politykę w zakresie swobody wypowiedzi i regulacji radiofonii i telewizji, która zawiera konkretne zapisy mające na celu promowanie różnorodności i pluralizmu.⁶ W latach 2016-2017 organizacja należała do Komisji Ekspertów Rady Europy w sprawie pluralizmu w mediach i przejrzystości własności mediów (MSI-MED), która przygotowała projekt Rekomendacji dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach i przejrzystości własności mediów.⁷ Od 2020 r. organizacja należy do wielostronnej grupy roboczej stworzonej przez Canadian Heritage, której celem jest opracowanie zasad przewodnich w sprawie różnorodności w mediach online.

ZOBOWIĄZANIA RZECZPOSPOLITEJ POLSKIEJ WYNIKAJĄCE Z PRAWA UE I KONWENCJI EUROPEJSKIEJ

Ogólne zobowiązanie prawne do wdrażania prawa UE na poziomie krajowym i zasada wierności

7. Polskie organy państwowe, w tym sądy, są prawnie zobowiązane do wdrażania prawa UE, a w przypadku zidentyfikowania sprzeczności między prawem UE i prawem krajowym, powinny dać prymat prawu UE.
8. Umocowanie prawa unijnego zostało określone przez Trybunał Sprawiedliwości UE (Trybunał Sprawiedliwości) w latach 60. XX w. w dwóch przełomowych orzeczeniach w sprawach *Van Gend en Loos*⁸ i *Costa v. ENEL*.⁹ Zgodnie z tymi orzeczeniami prawo UE ma pierwszeństwo przed prawem krajowym i stanowi podstawę praw, na które można się bezpośrednio powoływać w sądach krajowych. Ponadto zasada wierności, określona w art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁰ (TUE) nakłada obowiązki instytucjonalne na organy unijne i krajowe w celu zapewnienia sprawnego funkcjonowania unijnego systemu prawnego.

Ogólne zobowiązanie prawne do wdrażania Konwencji Europejskiej na poziomie krajowym

9. Polskie organy państwowe, w tym organy niezależne, są prawnie zobowiązane do wdrożenia zobowiązań państwa wynikających z Konwencji Europejskiej do prawa krajowego RP i polityki.

² ARTICLE 19, interwencja uboczna w sprawie *Rabczewska v. Poland*, nr wniosku 8257/13, 4 czerwca 2018 r., dostępna pod adresem <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/04/06.04.18-ARTICLE-19-Amicus-Brief-on-Religious-Insult.pdf>

³ ARTICLE 19, interwencja uboczna w sprawie *Gesina-Torres v. Poland*, nr wniosku 11915/15, 29 marca 2017 r., dostępna pod adresem <https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38721/GesinaTorres-A19-Amicus.pdf>.

⁴ ARTICLE 19, Electronic Frontier Foundation i Privacy International, interwencja uboczna w sprawie *Pietrzak v. Poland*, nr wniosku 72038/17, 14 października 2020 r., dostępna pod adresem <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/11/2020.10.14-PI-submission-Pietrzak-ao-ECTHR-FINAL.pdf>.

⁵ Patrz np. ARTICLE 19, opinia przedłożona Sądowi Okręgowemu w Warszawie, sygn. akt C 21/19, *Prawo i Sprawiedliwość przeciwko prof. Wojciechowi Sadurskiemu*, 22 listopada 2019 r., dostępna pod adresem <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2019/11/Poland-v-Sadurski.pdf>; ARTICLE 19, opinia przedłożona Sądowi Okręgowemu w Warszawie, sygn. akt XXIV C 276/19, *Telewizja Polska SA z siedzibą w Warszawie przeciwko prof. Wojciechowi Sadurskiemu*, 16 grudnia 2019 r., dostępna pod adresem <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2020/01/TVP-v-Sadurski-English.pdf>; czy ARTICLE 19, opinia przedłożona Trybunałowi Konstytucyjnemu RP, sygn. akt SK 54/13, 5 lipca 2015 r., dostępna pod adresem https://www.article19.org/data/files/medialibrary/38074/ENPolishSupremeCourt_AMICUS-BRIEF-1.pdf.

⁶ ARTICLE 19, Dostęp do fal radiowych. Zasady swobody wypowiedzi i regulacja radiofonii i telewizji, 2012 r., dostępne pod adresem <https://www.article19.org/wp-content/uploads/2018/02/11-08-08-STANDARDS-access-to-airwaves-EN-2.pdf>.

⁷ Rekomendacja CM/Rec(2018)1[1] Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach i przejrzystości własności mediów (przyjęta przez Komitet Ministrów 7 marca 2018 r. na 1309. posiedzeniu wiceministrów).

⁸ Trybunał Sprawiedliwości, wyrok z dnia 5 marca 1963 r., C-26/62, *Van Gend en Loos v. Nederland Administratie der Belastingen*.

⁹ Trybunał Sprawiedliwości, wyrok z dnia 15 lipca 1964 r., C-6/64, *Costa v. Enel*.

¹⁰ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana z 2016 r.) Dziennik Urzędowy UE C 202, 7.6.2016 r.

10. Konwencja Europejska stanowi regionalne ramy dla praw, których dotyczy niniejsza sprawa. W rzeczy samej swoboda mediów i pluralizm są istotnymi następstwami prawa do swobody wypowiedzi, gwarantowanego art. 10 Konwencji Europejskiej.¹¹ Kiedy Rzeczpospolita Polska podpisała i ratyfikowała Konwencję Europejską, przyjęła na siebie zobowiązanie do wdrożenia jej zapisów w prawie krajowym i w praktyce.

NIEZBADANIE KONTROLI WŁADZ PAŃSTWOWYCH NAD ORLENEM

11. W wydanej Decyzji Organ ds. Konkurencji wskazuje, że Orlen jest spółką publiczną, której akcje są notowane na Giełdzie Papierów Wartościowych w Warszawie. Ponadto odnotowuje, że według stanu na dzień zgłoszenia Skarb Państwa posiadał 27,52% głosów na Walnym Zgromadzeniu Akcjonariuszy i jest głównym akcjonariuszem spółki.
12. ARTICLE 19 zwraca uwagę, że Komisja Europejska (Komisja) w decyzji w sprawie *PKN Orlen/Energa*¹² ustaliła, że kolejne 4,9% praw głosu jest w pośrednim posiadaniu Skarbu Państwa za pośrednictwem PERN Spółka Akcyjna, który to podmiot jest w 100% własnością Skarbu Państwa. W rezultacie Skarb Państwa posiada łącznie 32,42% praw głosu w Orlenie.¹³
13. Podkreślamy również, że na tej podstawie sam Orlen twierdził, w sprawie *PKN Orlen/Lotos*¹⁴, że „choć państwo polskie nie posiada kontroli nad Orlenem *de iure*, posiada kontrolę *de facto*”.¹⁵ Komisja jednak pozostawiła ten punkt otwarty, stwierdzając, że „nawet jeśli niektóre z przedstawionych argumentów [PKN Orlen] mogą wskazywać na to, że państwo polskie posiada kontrolę *de facto* nad Orlenem, kwestia kontroli nad Orlenem może pozostać otwarta” z powodu określonych okoliczności faktycznych transakcji.¹⁶
14. Ponieważ kwestia kontroli władz państwowych nad Orlenem nie została rozstrzygnięta przez Komisję, musiała ona zostać oceniona przez Organ ds. Konkurencji w jego Decyzji. W rzeczywistości element ten ogrywa kluczową rolę w merytorycznej ocenie połączenia przedsiębiorstw, jaka powinna zostać przeprowadzona przez Organ.
15. W rzeczy samej, przedmiotowe nabycie wydaje się zbliżone do sytuacji przeanalizowanej przez Komisję w sprawie *Telia Company/Bonnier Broadcasting Holding*¹⁷, gdzie Telia, w której państwo szwedzkie posiada udział mniejszościowy, nabywała spółkę medialną Bonnier Broadcasting. W tamtej sprawie Komisja podkreślała, że fundamentalnym elementem jej oceny było upewnienie się, czy Telia oraz szwedzki nadawca publiczny SVT są niezależne od szwedzkich władz państwowych oraz czy organy państwowe miałyby możliwość „koordynowania komercyjnych zachowań SVT i Telii” po transakcji nabycia. Komisja jednoznacznie stwierdziła, że „zasadniczo wynik tej oceny może w rzeczy samej mieć wpływ na zakres merytorycznej oceny Transakcji.”¹⁸
16. Podobnie ARTICLE 19 podnosi, że w niniejszej sprawie Organ ds. Konkurencji miał obowiązek upewnić się, czy z jednej strony Orlen, a z drugiej strony media państwowe (zwłaszcza Telewizja Polska - Spółka Akcyjna i jej lokalne oddziały, oraz Polskie Radio - Spółka Akcyjna), są niezależne od władz państwowych, lub czy władze państwowe mogły w praktyce koordynować ich zachowania. W rzeczywistości, choć Organ ds. Konkurencji ocenił połączenie przedsiębiorstw według zasad kontroli połączeń przedsiębiorstw, merytoryczny test z Ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów

¹¹ Rekomendacja CM/Rec(2018)1[1], *op.cit.*, pkt 1 preambuły.

¹² Komisja Europejska, decyzja z dnia 31 marca 2020 r., sprawa COMP/M.9626, *op. cit.*

¹³ *Ibid.*, § 4.

¹⁴ Komisja Europejska, decyzja z dnia 14 lipca 2020 r., sprawa COMP/M.9014.

¹⁵ *Ibid.*, § 7.

¹⁶ *Ibid.*, § 30.

¹⁷ Komisja Europejska, decyzja z dnia 12 listopada 2019 r., sprawa COMP/M.9064.

¹⁸ *Ibid.*, § 9.

tj. istnienie „istotnego ograniczenia konkurencji na rynku, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku” jest dokładnie taki sam jak test unijny.¹⁹ Połączenie przedsiębiorstw powinno być zatem analizowane w podobny sposób przy zastosowaniu zasad unijnych i polskich.

17. ARTICLE 19 zauważa również, w oparciu o ogólnie dostępne informacje, że istnieje kilka elementów, które mogłyby przemawiać za twierdzeniem, że władze państwowe mogą kontrolować postępowanie Orlenu w odniesieniu do działań spółki w sektorze mediów oraz koordynować to postępowanie z mediami państwowymi:

- Sam Orlen niedawno twierdził przed Komisją, że jest *de facto* kontrolowany przez polskie władze państwowe;²⁰
- Orlen jest spółką naftową, która dopiero niedawno zaczęła inwestować w sektor medialny i robi to, przynajmniej w niektórych przypadkach, we współpracy z innymi spółkami kontrolowanymi przez władze państwowe (patrz np. stworzenie joint venture (wspólnego przedsięwzięcia) Sigma BIS ze stanowiącym własność państwa towarzystwem ubezpieczeń PZU S.A.). To postępowanie wskazuje na to, że inwestycje są wymagane, a co najmniej wspierane przez władze państwowe;
- Orlen już zaczął zastępować dziennikarzy Polski dziennikarzami pochodzącymi z Telewizji Polskiej.²¹

18. ARTICLE 19 uważa, że Organ ds. Konkurencji był co najmniej związany obowiązkiem ocenienia w ramach analizy merytorycznej kwestii efektywnej kontroli władz państwowych nad Orlenem i Telewizją Polską. W rzeczy samej ten element ma kluczową rolę w identyfikacji istotnych rynków, na które koncentracja ma wpływ, a także w ocenie wpływu na konkurencję na nich. Tym niemniej Organ ds. Konkurencji nie zbadał tego fundamentalnego elementu. ARTICLE 19 przedkłada możliwość, że niedokonanie powyższego obarcza wadami całą ocenę i stanowi wystarczające podstawy do unieważnienia całej Decyzji.

NIEROZWAŻENIE WPŁYWU NA PLURALIZM W MEDIACH

Nieuwzględnienie pluralizmu w mediach według unijnych zasad połączenia przedsiębiorstw

19. W praktyce, w przypadku połączeń przedsiębiorstw dotyczących sektora mediów, Komisja przy ocenie wpływu koncentracji na wybory konsumentów rozważa „*różnorodność kulturową*”. Ponadto, jak wyjaśniono w Wytycznych Komisji w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw²²,

¹⁹ Por. brzmienie art. 18 Ustawy o ochronie konkurencji i konkurentów („istotne ograniczenie konkurencji na rynku, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku”) z brzmieniem art. 2 ust. 3 Rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw („przeszkadza znacząco skutecznej konkurencji [...], w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej.”)

²⁰ Sprawa COMP/M.9014, *op.cit.* W szczególności: „Strona Zgłaszająca podnosi, że choć państwo polskie nie posiada kontroli nad Orlenem *de iure*, posiada kontrolę *de facto*. Według Strony Zgłaszającej Skarb Państwa wywiera decydujący wpływ na skład Rady Nadzorczej Orlenu, która z kolei powołuje i odwołuje Zarząd Orlenu i zatwierdza decyzje strategiczne Zarządu przed ich formalnym przyjęciem.” (§ 7, podkreślenie autorów); a także: „W każdym przypadku, nawet jeśli niektóre z przedstawionych argumentów Stron Zgłaszającej mogą wskazywać na to, że państwo polskie posiada kontrolę *de facto* nad Orlenem, kwestia kontroli nad Orlenem może pozostać otwarta, ponieważ - jak wyjaśniono poniżej - Orlen i Lotus stanowią różne jednostki gospodarcze mające niezależną moc decyzyjną, pomimo tego, że państwo polskie jest głównym lub większościowym akcjonariuszem. W związku z tym, nawet jeśli polskie państwo kontroluje Orlen *de facto*, z powodów wyjaśnionych w dalszych ustępach Proponowana Transakcja stanowi koncentrację podlegającą zgłoszeniu na podstawie art. 3 Rozporządzenia o połączeniach przedsiębiorstw.” (§ 30, podkreślenie autorów).

²¹ Por. Reporters Without Borders (Reporterzy Bez Granic), With firing of four editors, “repolonisation” under way in Poland (Zwolnienie czterech naczelnych zwiastuje początek „repolonizacji” w Polsce), 10 maja 2021 r., dostępne pod adresem <https://rsf.org/en/news/firing-four-editors-repolonisation-under-way-poland> (ostatni dostęp: 27 maja 2021 r.).

²² Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw Dziennik Urzędowy UE C 31, 5.2.2004, str. 5–18.

Komisja uważa ograniczenie dostępnych konsumentom wyborów za jeden z wielu sposobów, na jakie połączenie przedsiębiorstw może prowadzić do szkód dla konkurencji.²³ W tych ramach, przy ocenie połączenia przedsiębiorstw w sektorze mediów Komisja ustalała, czy „zgłaszana operacja nie będzie miała istotnego wpływu na różnorodność księzek udostępnianych konsumentom, a zatem jest mało prawdopodobne, by stanowiła zagrożenie dla wyboru konsumentów i różnorodności kulturowej”.²⁴ W ten sposób wpływ na różnorodność kulturową i wybory konsumentów stanowią dwa elementy w ocenie połączeń przedsiębiorstw w sektorze przez Komisję. Podnosimy, że podobne podejście powinien był zastosować Organ ds. Konkurencji.

20. ARTICLE 19 zwraca ponadto uwagę że - jak podkreślała i niedawno przypominała Rada Unii Europejskiej - pluralizm w mediach stanowi ważną część „różnorodności kulturowej” w kraju.²⁵ W oparciu o te założenia podnosimy, że praktyka Komisji pokazała, iż pluralizm w mediach jest jednym z czynników, które należy uwzględnić przy ocenie połączenia przedsiębiorstw zgodnie z zasadami Rozporządzenia w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw. Zważywszy, że test merytoryczny w Ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów odzwierciedla test merytoryczny w Rozporządzeniu w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw na poziomie EU, Organ ds. Konkurencji powinien był zatem uwzględnić w swojej ocenie ryzyko, że transakcja może mieć negatywny wpływ na pluralizm w mediach w Polsce. Ponownie, niedokonanie powyższego stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia Decyzji.

Nieuwzględnienie pluralizmu w mediach według innych przepisów prawa UE i naruszenie zasady wierności

21. W Unii Europejskiej pluralizm w mediach jest dodatkowo ponownie potwierdzony w art. 11 ust. 2 Karty Praw Podstawowych UE (Karta UE), który stanowi, że w Unii Europejskiej „szanuje się wolność i pluralizm mediów”²⁶.
22. Trybunał Sprawiedliwości przy kilku okazjach podkreślał wagę pluralizmu w mediach, oświadczając, że „ochrona swobód chronionych na podstawie art. 11 Karty Praw Podstawowych, który w ust. 2 odnosi się do wolności i pluralizmu mediów, bez wątpienia stanowi zasadny cel w interesie ogólnym, którego istotność w demokratycznym i pluralistycznym społeczeństwie należy szczególnie podkreślać”.²⁷
23. Zatem pluralizm w mediach jest ustalonym celem prawa UE, zawartym m.in. w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej i Karcie UE. Jest to istotne, ponieważ - jak wspomniano wcześniej - art. 4 ust. 3 TUE tworzy zobowiązanie dla państw członkowskich i UE do działania w ramach lojalnej współpracy oraz zobowiązanie dla państw członkowskich do powstrzymania się od przyjmowania jakichkolwiek rozwiązań, które mogłyby zagrozić celom Unii.²⁸ Wielka Izba Trybunału Sprawiedliwości niedawno przypominała, że „z zasady lojalnej współpracy przewidzianej w art. 4 ust. 3 TUE, wynika, że państwa członkowskie są zobowiązane do podjęcia wszystkich środków niezbędnych do zagwarantowania stosowania i skuteczności prawa UE”, oraz że to zobowiązanie ma zastosowanie nie tylko do czynności podejmowanych przez rządy centralne państw członkowskich, lecz także do niezależnych władz lokalnych.²⁹

²³ *Ibid.*, § 8.

²⁴ Komisja Europejska, decyzja z dnia 5 lipca 2010 r., sprawa COMP/M.5838 – Bertelsmann / Planeta / Circulo, § 16.

²⁵ Rada Unii Europejskiej, Konkluzje Rady w sprawie ochrony wolnego i pluralistycznego systemu medialnego, 7 grudnia 2020 r., Dziennik Urzędowy EU C 422/08, §§ 14-15.

²⁶ Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dziennik Urzędowy UE C 326, 26.10.2012 r., str. 391–407.

²⁷ Trybunał Sprawiedliwości użył tego lub podobnego sformułowania przy licznych okazjach. Patrz m.in. wyrok z dnia 3 września 2018 r., C-719/18, Vivendi, § 57; wyrok z dnia 22 stycznia 2013 r., C-283/11, Sky Österreich, § 52; wyrok z dnia 13 grudnia 2007 r., C-250/06, United Pan-Europe Communications Belgium e.a., § 42; wyrok z dnia 22 grudnia 2008 r., C-336/07, Kabel Deutschland Vertrieb und Service, § 33; lub wyrok z dnia 6 września 2011 r., C-163/10, Patriciello, § 31.

²⁸ Patrz np. Trybunał Sprawiedliwości, wyrok z dnia 4 lutego 2016 r., C-336/14, Ince, §§ 63-64.

²⁹ Trybunał Sprawiedliwości, wyrok z dnia 31 października 2019 r., C-395/17, *Commission v. The Netherlands*, §§ 95-97.

24. W związku z tym ARTICLE 19 podnosi, że w kontekście oceny kontroli połączenia przedsiębiorstw Organ ds. Konkurencji, jako niezależny organ państwa polskiego, jest związany zasadą lojalnej współpracy, a w związku z tym nie powinien móc wydać jakiejkolwiek decyzji, która naruszałaby postanowienia Karty UE, w tym art. 11 ust. 2.
25. Nie dokonując oceny tego, czy proponowana koncentracja prowadziła do naruszenia art. 11 ust. 2 Karty UE, Organ ds. Konkurencji naruszał art. 4 ust. 3 TUE i zobowiązanie Rzeczypospolitej Polskiej do lojalnej współpracy z Unią Europejską. Uważamy, że to naruszenie stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia Decyzji.

Nieuwzględnienie pluralizmu w mediach według Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

26. Rada Europy wielokrotnie podkreślała wagę poszanowania i gwarantowania przez państwa członkowskie pluralizmu w mediach. Dla przykładu:

- Już w 1999 r. Komitet Ministrów rekomendował państwom „regularne ocenianie skuteczności istniejących środków służących do promowania pluralizmu i/lub mechanizmów zapobiegających koncentracji oraz badanie ewentualnej potrzeby ich rewizji w świetle rozwoju gospodarczego i technologicznego w dziedzinie mediów.”³⁰
- W 2007 r. Rada Europy ustanowiła ogólną zasadę, że „państwa członkowskie powinny dążyć do zapewnienia, że publicznie dostępna jest wystarczająca różnorodność środków masowego przekazu, zapewnianych przez szereg różnych właścicieli prywatnych i publicznych, uwzględniając specyfikę rynku mediów, szczególnie specyficzne aspekty komercyjne i konkurencyjne.”³¹
- W 2018 r. Rada Europy dodała, że „realizowanie przepisów prawa dotyczących konkurencji, w tym kontrole połączeń przedsiębiorstw odnoszących się do mediów, powinno dążyć do zapewnienia efektywnej konkurencji i uniemożliwiać poszczególnym podmiotom uzyskiwanie znaczącej siły rynkowej w całościowym sektorze mediów w kraju lub na określonym rynku/sektorze mediów na poziomie krajowym lub niższym w takim stopniu, że taka znacząca siła rynkowa miałaby negatywny wpływ na pluralizm w mediach.”³²

27. Trybunał Europejski wyjaśnił, że dla zapewnienia prawdziwego pluralizmu w sektorze audiowizualnym w demokratycznym społeczeństwie nie wystarczy przewidzieć istnienia kilku kanałów lub teoretycznej możliwości dostępu do rynku audiowizualnego dla potencjalnych operatorów. Niezbędne jest raczej, by dostawcy mediów mieli skuteczny dostęp do rynku tak, by zagwarantować różnorodność całościowych treści programowych, odzwierciedlających różne opinie społeczeństwa w największym możliwym stopniu.³³

28. Trybunał Europejski argumentował ponadto, że sytuacja, w której potężnej grupie gospodarczej lub politycznej w społeczeństwie pozwoli się uzyskać pozycję dominacji nad mediami audiowizualnymi, a przez to wywierać nacisk na nadawców i potencjalnie ograniczać ich swobodę redaktorską, podważa fundamentalną rolę swobody wypowiedzi w społeczeństwie demokratycznym, ujętą w art. 10 Konwencji, w szczególności gdy swoboda ta służy przekazywaniu informacji i idei w ogólnym interesie, które dodatkowo społeczeństwo ma prawo otrzymać.³⁴

³⁰ Rekomendacja nr R (99) 1 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie środków służących promowaniu pluralizmu w mediach (przyjęta przez Komitet Ministrów 19 stycznia 1999 r. na 656. posiedzeniu wiceministrów).

³¹ Rekomendacja CM/Rec(2007)2 Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach i różnorodności treści medialnych (przyjęta przez Komitet Ministrów 31 stycznia 2007), § 1.1.

³² Rekomendacja CM/Rec(2018)1[1] Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie pluralizmu w mediach i przejrzystości własności mediów (przyjęta przez Komitet Ministrów 7 marca 2018 r. § 3.3.).

³³ Trybunał Europejski, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy*, wniosek nr 38433/09, 7 czerwca 2012 r., § 130.

³⁴ Trybunał Europejski, *Anole and Others v. Moldova*, wniosek nr 13936/02, 17 września 2009 r., § 98.

29. Co więcej, zdaniem Trybunału Europejskiego skuteczne wykorzystanie swobody wypowiedzi nie zależy wyłącznie od obowiązku powstrzymania się od ingerencji przez państwo, lecz może wymagać przyjęcia pozytywnych środków ochrony w przepisach prawa lub praktyce.³⁵ Innymi słowy, oprócz negatywnego obowiązku nieingerowania państwo ma zatem pozytywne zobowiązanie do wprowadzenia odpowiednich ram legislacyjnych i administracyjnych w celu zagwarantowania skutecznego pluralizmu.³⁶
30. W rozważanej sprawie, zatwierdzając połączenie przedsiębiorstw, które miałyby negatywny wpływ na pluralizm w mediach, lub co najmniej zatwierdzając połączenie przedsiębiorstw bez należytej analizy wpływu, jaki może ono mieć na pluralizm w mediach, władze państwowe, za pośrednictwem Organu ds. Konkurencji, naruszyły swoje obowiązki wynikające z art. 10 Konwencji.

PODSUMOWANIE

31. W oparciu o powyższe ARTICLE 19 wnosi, by Sąd Okręgowy w Warszawie rozważył wyżej wskazane standardy przy swoim badaniu Decyzji. Podnosimy, że Sąd powinien uchylić Decyzję. Odmienne ustalenia naruszałyby unijne zasady łączenia przedsiębiorstw i Ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów. Naruszałyby także art. 11 Karty UE oraz obowiązek lojalności ustanowiony w art. 4 ust. 3 TUE. A wreszcie naruszałyby standardy dotyczące pluralizmu w mediach wynikające z Konwencji Europejskiej.

³⁵ *Ibid.*, § 99.

³⁶ *Centro Europa 7, op.cit.*, § 134.