

Małgorzata Kozak*

Glosa do wyroku Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z 12 maja 2022 r. w sprawie XVII AmA 61/21

Spis treści

- I. Wprowadzenie
 1. Decyzja *Agora/Eurozet*
 2. Argumenty Agory
 3. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
- II. Metodologia badania koncentracji
 1. Test SIEC
 - 1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 - 1.2. SIEC i zbiorowa pozycja dominująca w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK
 2. Rynki relewantne
 - 2.1. Ustalenie rynku właściwego
 - 2.2. Powstanie duopolu
- III. Skutki skoordynowane
 1. Efekty skoordynowane
 - 1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 - 1.2. Przesłanki istnienia kolektywnej pozycji dominującej
 - 1.3. Brak wskazania przez Prezesa UOKiK wystąpienia skutków skoordynowanych
- IV. Teoria szkody
 1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 2. Poziom prawdopodobieństwa teorii szkody
 - 2.1. Ryzyko koncentracji częstotliwości
 - 2.2. Ryzyko w zakresie możliwych efektów koordynacji
- V. Ciężar dowodu
 1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów
 2. Standard dowodowy w decyzjach dotyczących koncentracji przedsiębiorców
 3. Uprawnienia reformatoryjne Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Streszczenie

Przedmiotem niniejszej glosy jest analiza wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 12 maja 2022 r. (XVII AmA 61/21). Wyrok ten został wydany na skutek apelacji wniesionej przez Agorę od decyzji Prezesa UOKiK (DKK-1/2021) zakazującej koncentracji polegającej na przejęciu kontroli

* Małgorzata Kozak jest adiunktą na Uniwersytecie w Utrechcie i radcą radcą prawną prawną (OIRP w Gdańsku); e-mail: m.w.kozak@uu.nl; ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8161-0529>. Zgodnie z Deklaracją Etyki ASCOLA nie mam nic do zadeklarowania.

nad Eurozet przez Agorę. Wyrok ten jest ciekawy zwłaszcza ze względu na jego dogłębną analizę przesłanek występowania kolektywnej pozycji dominującej, skutków skoordynowanych oraz ciężaru dowodu w sprawach z zakresu prawa konkurencji, a w szczególności kontroli koncentracji. Glosa w dużej mierze aprobująco odnosi się do wyroku SOKiK w sprawie oraz z uznaniem ocenia klarowność i kompleksowość uzasadnienia, w ramach którego SOKiK nie uchylał się od dokonania kompleksowej analizy o charakterze ekonomicznym i rynkowym.

Słowa kluczowe: skutki skoordynowane; kolektywna pozycja dominująca; oligopol; quasi-duopol; ciężar dowodu.

JEL: K21, K40

„Największe prawdopodobieństwo”
jest podstawowym standardem dowodzenia w prawie UE
(Skoczny, 2012, s. 34)

I. Wprowadzenie

Wyrokiem z 12 maja 2022 roku Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów¹ zmienił decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów numer DKK-1/2021² (dalej: decyzja *Agora/Eurozet* lub decyzja) w ten sposób, że zezwolił na dokonanie koncentracji polegającej na przejściu przez Agorę kontroli nad Eurozet.

Sprawa dotyczy próby jednego z najszerzej komentowanych przejęć na rynku mediów w Polsce, do której doszło jeszcze w 2019 r. Została ona zablokowana przez brak zgody Prezesa UOKiK. Budziła ona również wiele kontrowersji politycznych, zwłaszcza w zestawieniu z rozstrzygniętą w niemalże ekspresowym tempie sprawą przejęcia Polska Press przez PKN Orlen³ i rodziła pytania dotyczące instrumentalnego wykorzystania prawa konkurencji, również w kontekście pluralizmu mediów w Polsce. Zagadnienia pluralizmu mediów i kontroli koncentracji nie będą jednak przedmiotem niniejszej glosy, ponieważ nie zostały one poruszone ani w decyzji, ani w wyroku (szerzej: Majcher, 2022; Banasiński i Rojszczak, 2021).

Wyrok nie jest prawomocny natomiast zawiera ciekawą analizę skutków skoordynowanych⁴, a w ich kontekście teorii szkody oraz obowiązku dowodowego ciężącego na Prezesie UOKiK odnośnie zakazania koncentracji. W glosie skupię się na tych zagadnieniach.

1. Decyzja *Agora/Eurozet*

Decyzja *Agora/Eurozet* dotyczy zakazu transakcji polegającej na przejściu przez Agora SA kontroli nad Eurozet sp. z o.o. Agora jest spółką zajmującą się wydawaniem, internetowymi usługami informacyjnymi, drukowaniem i prowadzeniem radiofonii w Polsce, Eurozet jest zaś

¹ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., sygn. akt XVII AmA 61/21 (dalej: wyrok).

² Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., DKK-1/2021.

³ Dec. Prezesa UOKiK z 05.02.2021 r., DKK-34/2021. Postępowanie trwało od 10 grudnia 2020 r. do 5 lutego 2021 roku.

⁴ Wyrok posługuje się zamiennie pojęciami „skutków” (pkt 43), „działań” (pkt 27) i „efektów skoordynowanych” (pkt 10). Za wyrokiem traktujemy je jako synonimy choć niewątpliwie wskazane byłoby ujednoczenie terminologii.

jednym z największych nadawców radiowych w Polsce. W ramach transakcji Agora miała przejąć 60% udziałów w spółce Eurozet, tym samym uzyskując 100% udziałów w spółce.

Prezes UOKiK zakazał dokonania wyżej opisanej koncentracji. Argumentacja zawarta w decyzji dotyczy w głównej mierze teorii szkody opartej na powstaniu „duopolu”⁵ na rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej oraz trzech rynkach reklamy lokalnej⁶. Rynkami właściwymi w sprawie były rynki nadawania programów radiowych na poziomie lokalnym i ogólnopolskim, rynku lokalnej i ogólnopolskiej reklamy radiowej oraz ogólnopolskim rynku pośrednictwa w sprzedaży czasu reklamowego w lokalnych rozgłośniach radiowych⁷.

Zdaniem Prezesa UOKiK skutkiem transakcji byłoby powstanie dwóch silnych grup radiowych na rynku – Agora (z udziałem 20–30%)⁸ i RMF FM, (z udziałem ok 30–40%)⁹ – co zakłóciłoby konkurencję na rynku. Ta struktura rynku reklamy radiowej według Prezesa UOKiK prawdopodobnie znacznie ograniczyłaby konkurencję i zwiększyła ryzyko potencjalnej koordynacji praktyk biznesowych przez powstały *duopol* z powodu dużej transparentności tego rynku. Takie okoliczności na rynku mogą potencjalnie prowadzić do wyższych cen i mniej korzystnych warunków dla reklamodawców i pośredników¹⁰. W odniesieniu do duopolu Prezes UOKiK wskazał, że „koncentracje prowadzące do powstania struktury rynku zbliżonej do duopolu mogą stwarzać zagrożenia dla funkcjonowania konkurencji. Zauważyć bowiem należy, że w przypadku istnienia dwóch podmiotów o znacznie silniejszej pozycji rynkowej od pozostałych konkurentów powstaje groźba zarówno pojawienia się efektów skoordynowanych, jak i postępującej marginalizacji pozostałych uczestników rynku”¹¹.

2. Argumenty Agory

Agora, nie zgadzając się z decyzją Prezesa UOKiK, zaskarżyła ją w całości do SOKiK. W odwołaniu Agora podniosła, że przejęcie nie doprowadzi do ograniczenia konkurencji, ponieważ RMF FM nadal pozostanie liderem na rynku reklamy radiowej z 40% udziałem w rynku (wobec 25% udziału Agory i Eurozet). Ponadto krytyce poddano użycie przez Prezesa UOKiK, jak wskazywała Agora, teorii „quasi-duopolu” w kontekście testu ograniczenia konkurencji, sugerując milcząco koordynację połączonego podmiotu z liderem rynku grupą RMF FM. Według Agory, takie rozumowanie organu nie znajduje oparcia w zebranych materiale dowodowym, a więc decyzja została wydana w sposób arbitralny, a wnioski Prezesa dotyczące możliwej koordynacji i ograniczenia konkurencji przez powstanie „quasi-duopolu” są subiektywne.

Dodatkowo Agora wytoczyła UOKiK szereg dodatkowych zarzutów, takich jak odejście od utrwalonej praktyki oraz brak dialogu ze spółką przy ostatecznym wydaniu decyzji. Takie postępowanie Prezesa, według Agory odbiega od praktyki i obowiązków organu ochrony konkurencji, który powinien dążyć w pierwszej kolejności do tego, aby transakcja mogła zostać zrealizowana,

⁵ Decyzja posługuje się pojęciem „sytuacji zbliżonej do duopolu” jednakże stosowany jest również termin „duopoliści” (s. 39). Traktujemy te pojęcia jako synonimy.

⁶ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 33–34.

⁷ Ibidem, s. 32–35.

⁸ Ibidem, s. 19 dane za 2019 rok.

⁹ Ibidem, s. 19 dane za 2019 rok.

¹⁰ Ibidem, s. 34.

¹¹ Ibidem, s. 34.

a nie do jej zakazania za wszelką cenę¹². Sprzeciw budziła również długość samego postępowania trwającego ponad rok, która wyraźnie kontrastowała z późniejszym nagłym zakończeniem postępowania i wydaniem decyzji bez wysłuchania Agory, co do wszystkich argumentów stanowiących podstawę zakazania koncentracji¹³.

3. Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Wyrokiem z dnia 12 maja 2022 r. SOKiK zmienił decyzję Prezesa UOKiK w sprawie w ten sposób, że wydał bezwarunkową zgodę na koncentrację. Sąd w pierwszej kolejności podkreślił, że ciężar udowodnienia naruszenia przepisów o ochronie konkurencji na skutek koncentracji spoczywa na Prezesie UOKiK¹⁴. SOKiK jednocześnie podkreślił trudność kontroli koncentracji polegającej na działaniu *ex ante* i mającej charakter prewencyjny. W następnej kolejności dokonał analizy rynku właściwego oraz przeanalizował pojęcia: „zbiorowej pozycji dominującej” oraz „efektów skoordynowanych”. Uznał, że stwierdzenie ograniczenia konkurencji nie wymaga uprzedniego wykazania, że dojdzie do powstania lub umocnienia, przez uczestników koncentracji, pozycji dominującej, co wynika z art. 18 uokik¹⁵. W polskim porządku prawnym kluczowe jest więc wykazanie jedynie czy koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji, na co słusznie wskazał Prezes UOKiK w ramach postępowania¹⁶.

Następnie SOKiK wskazał na metodykę oceny koncentracji z punktu widzenia możliwości wystąpienia niekorzystnych efektów skoordynowanych¹⁷. Jednocześnie, zwrócił uwagę na kwestię standardu dowodowego, który jest szczególny w sprawach kontroli koncentracji. Jest to spowodowane przeprowadzeniem kontroli *ex ante*, a więc nie jest ona oparta na prawdzie obiektywnej¹⁸. Według SOKiK, nie można więc oczekiwać od organu ochrony konkurencji wskazania stuprocentowego dowodu na temat tego co się stanie po koncentracji, jednak musi on wykazać wysokie prawdopodobieństwo zaistnienia wybranego przez siebie scenariusza. Wynika to z tego, że nawet pewna swoboda dyskrejonalna organu co do interpretacji stanu faktycznego wymaga osiągnięcia odpowiedniego standardu dowodu¹⁹.

Kolejnym kluczowym zagadnieniem z perspektyw prawa konkurencji poruszonym przez SOKiK była kwestia teorii szkody. Według niego, Prezes UOKiK nie przedstawił wystarczającej wiarygodnej i wystarczająco wysoko prawdopodobnej teorii szkody, która uzasadniałaby zakaz koncentracji. Dodatkowo stwierdził on, że na rynku właściwym nie istnieją warunki niezbędne do wystąpienia skutków skoordynowanych²⁰.

SOKiK rozpoczął swoją analizę od wskazania braków w samej decyzji Prezesa UOKiK, polegających na: braku precyzji, chaotyczności oraz braku spójności decyzji²¹. Po tej uwadze

¹² Oświadczenie Agory. Pozyskano z: <https://www.agora.pl/oswiadczenie-zarzadu-agory-s-a-w-sprawie-odwolania-od-decyzji-prezesa-urzedu-ochrony-konkurencji-i-konsumentow> (14.10.2022).

¹³ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 38.

¹⁴ Ibidem, pkt 114.

¹⁵ Ustawa z 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. 2021 poz. 275); Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 137.

¹⁶ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 138–140.

¹⁷ Ibidem, pkt 143–144.

¹⁸ Ibidem, pkt 147.

¹⁹ Ibidem, pkt 148.

²⁰ Ibidem, pkt 169–170.

²¹ Ibidem, pkt 179–182.

natury technicznej, przeszedł do oceny merytorycznych argumentów przedstawionych w decyzji. W pierwszej kolejności SOKiK nie zgodził się z oceną, że bezpośrednim skutkiem koncentracji będzie „znaczna” zmiana struktury rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej. Sytuacja na rynku nie będzie przypominała sytuacji „zbliżonej do duopolu” ponieważ *de facto* nie dojdzie do znaczącej zmiany struktury tego rynku²². Do takiej samej konkluzji SOKiK doszedł w odniesieniu do rynku reklamy lokalnej²³. Również zwrócił uwagę na wcześniejszą praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK, w ramach której wzmocnienie pozycji rynkowej drugiego podmiotu na rynku postrzegane było jako niosące skutek prokonkurencyjny, a nie odwrotny, jak przedstawiono to w decyzji²⁴.

W dalszej części glosy przeanalizowane zostaną następujące kwestie, które wyróżnił SOKiK w uzasadnieniu wyroku: metodologię badania koncentracji, w tym test istotnego ograniczenia konkurencji w kontekście zbiorowej pozycji dominującej, efekty skoordynowane, teorię szkody oraz zakres obowiązku dowodu spoczywającego na Prezesie UOKiK w przypadku decyzji zakazującej dokonanie koncentracji.

II. Metodologia badania koncentracji

1. Test SIEC

1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

SOKiK wskazał, że kryterium decyzji organu ochrony konkurencji w toku kontroli *ex ante* koncentracji jest analiza czy zamierzona koncentracja będzie skutkować, na rynku właściwym, istotnym ograniczeniem konkurencji – w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej. Kryterium to jest tzw. testem istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji (*significant impediment to effective competition*) (dalej: test SIEC). Kryterium to zostało wprowadzone do polskiego prawa nowelizacją UOKiK z maja 2004 r. będącą również konsekwencją wprowadzenia rozporządzenia 139/2004²⁵.

Jak przypomniał SOKiK, test SIEC zastąpił wcześniejszy test, którego celem było zbadanie czy koncentracja prowadziła do powstania lub umocnienia pozycji dominującej. W takim przypadku koncentracja mogła zostać zakazana. SOKiK wskazał, że test ten składał się z dwóch etapów – w pierwszym należy stwierdzić powstanie lub umocnienie pozycji dominującej, a w następnym istotne ograniczenia konkurencji. Natomiast brak powstania pozycji dominującej oznaczał, że nie przystępowano do analizy drugiej z tych hipotez (Stawicki, 2016, s. 1–7).

SOKiK wskazał, że pojęcie „istotnego ograniczenia konkurencji” nie zostało zdefiniowane w uokik. Jak wskazują postanowienia art. 18–20 uokik jedynie jedną z form takiego ograniczenia jest powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku.

²² Ibidem, pkt 185–186. SOKiK stwierdził, że po koncentracji dystans pomiędzy drugim uczestnikiem rynku (Agora) a liderem (RMF) zmniejszy się, gdyż będzie miał nieco większy udział rynkowy, ale nadal różnica w udziałach wynosi prawie 10%. Ponadto stwierdził, że połączenie się drugiego na rynku pod względem udziałów uczestnika z piątym pod względem udziałów uczestnikiem i kilkuprocentowy wzrost jego udziałów w rynku nie stanowi znacznej zmiany struktury tego rynku.

²³ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 190–191.

²⁴ Ibidem, pkt 196.

²⁵ Rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw) (Dz.U. L 24, 29.01.2004, s. 1) (dalej: rozporządzenie 139/2004).

1.2. SIEC i zbiorowa pozycja dominujące w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej i Prezesa UOKiK

Zgodnie z art. 2 ust. 2 rozporządzenia 139/2004 tylko koncentrację, która nie przeszkadzałaby znacząco skutecznej konkurencji na wspólnym rynku lub znacznej jego części, w szczególności w wyniku stworzenia lub umocnienia pozycji dominującej, uznaje się za zgodną ze wspólnym rynkiem. Ciężar dowodu wykazania ewentualnego znaczącego przeszkadzania skutecznej konkurencji spoczywa na Komisji²⁶. Nie istnieje wcześniejsze domniemanie, że koncentracja jest lub nie jest zgodna ze wspólnym rynkiem (Whish i Bailey, 2021, s. 910)²⁷. Jak słusznie zauważył SOKiK, w 2004 roku doszło do zmiany testu w rozporządzeniu, ponieważ wydawało się, że wcześniejszy test oparty na pojedynczej lub zbiorowej pozycji dominującej nie obejmował swoim zakresem problemu niekooperacyjnego oligopolu²⁸ (*non-collusive oligopoly*) (Whish i Bailey, 2021, s. 910). Taka konstatacja została wyprowadzona po decyzji Komisji w sprawie *Airtours/First Choice*²⁹. Decyzja Komisji zabraniająca połączenia została uchylona przed Sądem. Przyczyna uchylecia leżała w wykazywaniu przez Komisję powiązań między przedsiębiorcami działającymi na stosunkowo przejrzystym (transparentnym) rynku oligopolistycznym. Podejścia do kolektywnej pozycji dominującej ewoluowało od skupienia się na powiązaniach strukturalnych po zwrot ku powiązaniom o charakterze funkcjonalnym³⁰.

Już wcześniej w sprawie *Italian Flat Glass*³¹ SPI unieważnił decyzję Komisji stwierdzającą kolektywną pozycję dominującą trzech przedsiębiorców szyb działających we Włoszech, ponieważ uznał, że Komisja nie wykazała, że rzeczywiście przedsiębiorcy przyjęli takie samo zachowanie. Również w sprawie *Kali & Satz*³² SPI uchylił decyzję Komisji, w której uzależniała ona zgodę na koncentrację od spełnienia szeregu zobowiązań. SPI wskazał, że Komisja nie wykazała, aby w wyniku koncentracji miała powstać lub się umocnić kolektywna pozycja dominująca.

Komisja zakazała również koncentracji również w sprawie *Gencor*³³ dotyczącej utworzenia joint venture przez przedsiębiorców kontrolujących pokłady platyny w RPA. W wyroku oddalającym odwołanie SPI wskazał, że powiązania między przedsiębiorcami nie muszą oznaczać powiązań strukturalnych. SPI podkreślił, że nie ma żadnej racjonalnej przyczyny dla wyłączenia „z pojęcia powiązań ekonomicznych relacji współzależności występujących pomiędzy stronami klasycznego oligopolu, w ramach którego, na rynku o właściwych cechach, w szczególności jeżeli chodzi o stopień koncentracji, przejrzystość oraz jednorodność produktu, strony te są w stanie przewidywać swoje wzajemne zachowania, a tym samym są silnie motywowane, aby harmonizować

²⁶ Wyr. TS z 15.02.2005 r. w sprawie C-12/03 *P Tetra Laval BV przeciwko Komisji Europejskiej* (ECLI:EU:C:2005:87), pkt 37–51; wyr. SPI z 16.05.2018 r. w sprawie T-712/16 *Deutsche Lufthansa AG przeciwko Komisji* (ECLI:EU:T:2018:269), pkt 32–45.

²⁷ Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 *P Bertelsmann AG i Sony Corporation of America przeciwko Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)* (ECLI:EU:C:2008:392), pkt 48; wyr. SPI z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 *General Electric przeciwko Komisji* (ECLI:EU:T:2005:456), pkt 61.

²⁸ Polskie tłumaczenie za: Błachucki, 2012, s. 35.

²⁹ Dec. KE z 22.09.1999r. w sprawie nr IV/M.1524 – *Airtours/First Choice*; wyr. SPI z 6.06.2002 r. w sprawie T-342/99 *Airtours plc przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2002:146).

³⁰ Poglębianą analizę aspektów prawnych dotyczących skutków skoordynowanych koncentracji horyzontalnych zawiera analiza: Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16.

³¹ Wyr. SPI z 10.03.1992 r. w sprawach połączonych T-68/89, T-77/89 oraz T-78/89 *Società Italiana Vetro SpA, Fabbrica Pisana SpA i PPG Vernante Pennitalia SpA przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1992:38).

³² Dec. KE z 14.12.1993 r. w sprawie nr IV/M.308 - *Kali und Salz/MdK/Treuhand*, s. 38; wyr. TS z 31.03.1998 r. w sprawach połączonych C-68/94 oraz C-30/95 *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, (ECLI:EU:C:1998:148).

³³ Wyr. SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:1999:65).

swoje działania na rynku, w szczególności w taki sposób, aby maksymalizować swoje łączne zyski poprzez ograniczenie produkcji w celu podniesienia cen. W takim środowisku każdy podmiot jest świadomy, iż każde bardzo konkurencyjne działanie z jego strony skierowane na zwiększenie udziału w rynku (na przykład: obniżenie cen) spowodowałoby identyczne działanie ze strony pozostałych podmiotów, tak iż w rezultacie nie osiągnąłby początkowo spodziewanego zysku. Obniżenie cen dotknęłoby bowiem wszystkich uczestników rynku” (tekst na podstawie UOKiK, 2003, s. 32).

Wreszcie, w sprawie *Airtours* Komisja zakazała koncentracji, ponieważ doprowadziłaby ona do utworzenia kolektywnej pozycji dominującej na brytyjskim rynku zagranicznych wyjazdów pakietowych, a liczba touroperatorów została by zredukowana do trzech³⁴. Żaden z podmiotów nie osiągnąłby indywidualnej pozycji dominującej. SPI po dokładnym i skrupulatnym przeanalizowaniu argumentów przedstawionych w decyzji Komisji uznał, że „Komisja popełniła błąd w ocenie, dochodząc do wniosku, że przeprowadzenie operacji koncentracji skłoniłoby trzy pozostałe na rynku biura podróży do zaprzestania konkutowania ze sobą”³⁵. Sąd określił warunki, których wystąpienie pozwalałoby stwierdzić, że doszło do wytworzenia kolektywnej pozycji dominującej. Przesłanki te zostały omówione w kolejnej części glosy.

Z tej przyczyny w 2004 roku został zmieniony test zawarty w rozporządzeniu. Zmienione sformułowanie przewidywało, że większość spraw będzie rozpatrywana nie w ramach testu dominacji a testu istotnego ograniczenia konkurencji.

Jak podkreślono w punkcie 25 preambuły rozporządzenia: „[z]wrot »znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji« w art. 2 ust. 2 i 3 powinien być interpretowany jako wykraczający poza pojęcie dominacji jedynie odnośnie do antykonkurencyjnych skutków koncentracji, wynikających z nieskoordynowanych zachowań przedsiębiorstw, które nie miałyby pozycji dominującej na rynku, o którym mowa”. W konsekwencji, Komisja może zakazać koncentracji, która co prawda nie prowadzi do utworzenia lub wzmocnienia pozycji dominującej, ale z innej przyczyny może prowadzić do „skutecznego ograniczenia konkurencji”.

Na gruncie krajowym dostosowano test zawarty w uokik do zmian w rozporządzeniu 139/2004. Zgodnie z art. 18 uokik, Prezes UOKiK, w drodze decyzji, wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Natomiast na podstawie art. 20 ust. 1 uokik, Prezes UOKiK zakazuje, w drodze decyzji, dokonania koncentracji, w wyniku której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Nie ulega wątpliwości, że Prezes UOKiK w wyjątkowych przypadkach zakazuje dokonania koncentracji.

Jak wskazują Bernatt i Jurkowska-Gomułka „dotychczasowe nieliczne przypadki zakazania koncentracji przez Prezesa UOKiK (...) wynikały wyłącznie ze stwierdzenia przez Prezesa UOKiK skutków jednostronnych” (2021, s. 10). Natomiast w decyzji DOK-1/208 Prezes UOKiK miał okazję zastosować test kolektywnej dominacji na gruncie art. 9 uokik, gdzie w pełni potwierdził i powołał się na unijny dorobek orzeczniczy opisany powyżej.

³⁴ Dec. KE w sprawie nr IV/M.1524 – *Airtours/First Choi*.

³⁵ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 182.

2. Rynki relewantne

2.1. Ustalenie rynku właściwego

Kwestia ustalenia rynku właściwego w sprawie nie była kontrowersyjna oraz nie była przedmiotem głównego sporu między stronami³⁶. Prezes UOKiK w swojej decyzji określił szereg rynków, na które wpływ będzie miało utworzenie grupy Agora/Eurozet. Jako rynki właściwe³⁷ zostały określone rynek rozpowszechniania programów radiowych na poziomie ogólnopolskim i lokalnym³⁸, rynek reklamy radiowej lokalnej³⁹ i ogólnopolskiej⁴⁰ oraz ogólnopolski rynek pośrednictwa w sprzedaży czasu reklamowego w lokalnych rozgłośniach radiowych⁴¹. Przed SOKiK, Prezes UOKiK doprecyzował swoje stanowisko i wskazał, że koncentracja może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku ogólnopolskiej i lokalnej reklamy radiowej na trzech wskazanych rynkach lokalnych⁴².

SOKiK podzielił doprecyzowane stanowisko Prezesa w zakresie rynków właściwych, a jego analiza ogniskowała wokół nich⁴³. Kwestia innych rynków wymienionych w decyzji albo wskazanych przez Agorę została pominięta⁴⁴. Strony również nie spierały się w tej materii⁴⁵.

Za mylnie należy jednak uznać twierdzenie Prezesa UOKiK, że w wyniku koncentracji znacznie zmieni się struktura rynku na rynkach właściwych⁴⁶. W tej materii należy poprzeć stanowisko SOKiK, który jasno wskazał na wręcz niezmienną strukturę tego rynku, tj. istnienia na nim dwóch dużych uczestników z wyraźną przewagą jednego nad drugim⁴⁷. Taką samą opinię w toku postępowania przed UOKiK przedstawili najwięksi nabywcy reklam, czyli domy mediowe⁴⁸.

2.2. Powstanie duopolu

Jak już wyżej zaznaczono, Prezes UOKiK swoją decyzję oparł na teorii szkody powstałej na rynku reklamy radiowej w wymiarze ogólnopolskim oraz lokalnym w sytuacji zbliżonej do duopolu⁴⁹. Taki „quasi-duopol” powstałby w wyniku koncentracji, a dwie silne grupy medialne – Agora/Eurozet i RMF FM – miałyby okazje do koordynacji swoich zachowań, co negatywnie odbiłoby się na konkurencji na rynku⁵⁰. Zdaniem Prezesa UOKiK, taka koordynacja potencjalnie

³⁶ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 121.

³⁷ Działalność uczestników koncentracji pokrywa się na tych rynkach, a ich łączny udział w każdym z nich przekracza próg 20%.

³⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 7–9. Lokalne rynki rozpowszechniania programów radiowych, obejmujące swym zasięgiem (co do zasady, następujące miasta i ich najbliższe okolice): Aglomeracja Śląska, Bydgoszcz, Częstochowa, Kraków, Legnica, Lublin, Łódź, Opole, Poznań, Rzeszów, Szczecin, Toruń, Trójmiasto, Wałbrzych, Warszawa, Wrocław, Zamość, Zielona Góra, powiat kamieński (Wolin), powiat leski, sanocki i bieszczadzki.

³⁹ Rynki lokalnej reklamy radiowej, obejmujące zasięgiem, co do zasady, następujące miasta i ich najbliższe okolice: Aglomeracja Śląska, Bydgoszcz, Kraków, Legnica, Łódź, Poznań, Trójmiasto, Warszawa, Wrocław, Zielona Góra.

⁴⁰ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 8–9. W dec. Prezesa UOKiK z 18.11.2004 r., DOK – 121/2004, Prezes Urzędu wskazał, że na rynku reklamy o charakterze ogólnopolskim główną pozycję zajmują stacje ogólnopolskie, natomiast w mniejszym zakresie inne stacje, które również czerpią przychody z reklam o charakterze ogólnopolskim.

⁴¹ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 9.

⁴² Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 118.

⁴³ Ibidem, pkt 119.

⁴⁴ Ibidem, pkt 120.

⁴⁵ Na marginesie można odnotować ciekawy argument podniesiony przez Agorę już w toku postępowania przez Prezesem UOKiK, a dotyczący poszerzenia rynku właściwego rozpowszechniania programów radiowych o nadawanie programów radiowych w technologii cyfrowej DAB. Poglądu tego nie podzielił jednak Prezes UOKiK ani SOKiK, ale pokazuje to trend, w którym może zmierzać rynek radiowy.

⁴⁶ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 11, 19.

⁴⁷ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 185.

⁴⁸ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 26.

⁴⁹ Analiza rynków duopolistycznych nie jest żadnym novum na gruncie ekonomii prawa konkurencji; zob. Tsurumi i Tsurumi, 1999, s. 813–830.

⁵⁰ Ibidem, s. 32–35.

doprowadziłyby do wyższych cen, ograniczonej produkcji i mniej korzystnych warunków handlowych dla reklamodawców i pośredników⁵¹. Ponadto taka struktura rynku potencjalnie może prowadzić do marginalizacji pozostałych jego uczestników. Ma to nastąpić poprzez stosowanie retroaktywnych rabatów dla domów mediowych, co skutkowało będzie korzystaniem przez domy mediowe tylko z usług jednego z dwóch podmiotów dominujących⁵². Na taką strategię biznesową nie będą mogli się jednak powołać mniejsi gracze ze względu na mniejszą skalę działania, co doprowadzi do ich marginalizacji na rynku⁵³.

SOKiK w wyroku nie podzielił argumentów Prezesa UOKiK w tej materii. Już na samym początku analizy wskazał on na błędy natury ogólnej poczynione w decyzji. Zdaniem SOKiK, uzasadnienie decyzji – odnoszące się do teorii szkody – należy uznać za niespójne oraz mało realne, a co za tym idzie – mało prawdopodobne do spełnienia⁵⁴. W opinii Sądu, propozycje co do teorii szkody miały charakter uznaniowy i nie zostały poparte argumentami natury prawnej czy ekonomicznej. Ponadto w decyzji nie został przedstawiony jeden prawdopodobny scenariusz dotyczący teorii szkody, które miałyby wynikać z koncentracji i struktury duopolistycznej rynku reklamy radiowej⁵⁵. Tak więc SOKiK – korzystając ze swoich uprawnień reformatoryjnych – sam dokonał oceny w sprawie czy transakcja będzie niosła za sobą istotne ograniczenie konkurencji.

Przedstawione powyższej stanowisko Prezesa i sposób jego uzasadnienia trudno podzielić ze względu na jego nieprawidłowość niejako już u źródła, co zostało wskazane przez SOKiK w wyroku (standard dowodu został przedstawiony poniżej). Decyzja nie zawiera kompleksowej analizy w zakresie przeprowadzenia analizy rynków oligopolistycznych i ich cech charakterystycznych. Taki sam zarzut można postawić argumentom Prezesa UOKiK w zakresie wniosków dotyczących prawdopodobieństwa wystąpienia skutków skoordynowanych na rynku. W tej materii należy podzielić opinię SOKiK, że wywód przeprowadzony w decyzji był niespójny oraz wrywkowy. Natomiast SOKiK przeprowadził kompleksową analizę, co do warunków możliwości koordynacji działań przez uczestników rynku. Analiza merytoryczna tychże warunków przedstawionych przez Sąd zostanie dokonana w dalszej części glosy.

Trudna do zrozumienia jest również ocena Prezesa UOKiK, że rynkiem bardziej konkurencyjnym jest rynek, gdzie występuje jeden lider z wyraźną przewagą na rynku niż taki, gdzie wstępują dwa podmioty o silniejszej pozycji na rynku⁵⁶. Ocena ta wydaje się być jednak mylna, ponieważ jeśli konkurencja była osłabiona na rynku z powodu występowania na nim wyraźnego lidera, to pojawienie się innego silnego gracza powinno mieć wręcz efekt prokonkurencyjny (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 29). Na to samo wskazały domy mediowe w swoich opiniach złożonych w ramach postępowania przed UOKiK⁵⁷ oraz SOKiK⁵⁸. Ponadto należy również wskazać, że dotychczasowy lider rynku, jakim jest RMF FM nadal zachowa silną pozycję. Zgodnie zaś z wyjaśnieniami jednym z czynników utrudniających koordynację jest asymetria udziałów na

⁵¹ Ibidem, s. 33–34.

⁵² Ibidem, s. 35.

⁵³ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 176.

⁵⁴ Ibidem, pkt 178.

⁵⁵ Ibidem, pkt 180.

⁵⁶ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 39–40.

⁵⁷ Ibidem, s. 26.

⁵⁸ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 185.

rynku, co będzie miało niewątpliwie miejsce nawet po koncentracji⁵⁹. Tak więc teza, że struktura rynku z jednym dużym graczem i kilkoma średnimi jest bardziej korzystna dla konsumentów niż struktura zbliżona do duopolu wydaje się nieuzasadniona.

Wreszcie, w tym kontekście można porównać ocenę dokonaną w decyzji z jedną z ostatnich decyzji francuskiej Autorité de la Concurrence. W kwietniu 2022 r. wydała ona zgodę na połączenie podmiotów działających na rynku dostaw globalnych rozwiązań w zakresie kas fiskalnych. Autorité stwierdziła, że chociaż transakcja doprowadziłaby do sytuacji quasi-duopolu, nowy podmiot nie miałby motywacji do podniesienia ceny globalnych rozwiązań ze względu na silną presję konkurencyjną wywieraną przez jego głównego konkurenta na ceny oraz ogólną tendencję spadkową cen rynkowych. Francuski urząd stwierdził również, że nowy podmiot nie miałby motywacji do zwiększenia swoich marż jako pośrednik w sprzedaży usług elektronicznych, na szkodę podmiotów rynkowych. Autorité stwierdziła dodatkowo, że nowy podmiot nie miałby żadnej motywacji do obniżania jakości usług elektronicznych oferowanych za pośrednictwem swoich kas fiskalnych ani do zamykania dostępu do rynku dostawcom tych usług, zważywszy na strategiczne znaczenie oferty, która jest wystarczająco rozbudowana i szeroka, zgodnie ze zróżnicowanymi profilami sklepów, oraz na bardzo ograniczone koszty integracji nowych usług w stosunku do dochodów, które mogłyby zostać wygenerowane. Wreszcie organ nadzoru zaobserwował, że cechy charakterystyczne tych rynków nie pozwoliłyby na skoordynowane zachowanie nowego podmiotu z jego głównym konkurentem, obecnym liderem rynku⁶⁰.

III. Skutki skoordynowane

1. Efekty skoordynowane

1.1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W decyzji Prezes UOKiK powoływał się na możliwość wystąpienia na wskazanych rynkach efektów skoordynowanych (Kokkoris, 2007, s. 705–744). Prezes UOKiK uznał, że takie ryzyko pojawienia się efektów skoordynowanych budzi istnienie dwóch podmiotów „o znacznie silniejszej pozycji rynkowej od pozostałych konkurentów”⁶¹.

W Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK dot. oceny koncentracji wyjaśniono, że efekty skoordynowane „mogą pojawiać się na rynkach oligopolistycznych, których specyfika sprawia, że ich uczestnikom bardziej opłaca się zrezygnować z intensywnej konkurencji i są w stanie taką sytuację utrzymać bez porozumiewania się”⁶². Definicję kolektywnej pozycji dominującej można również znaleźć w decyzji DOK-1/2018 odnoszącej się do potencjalnego nadużycia kolektywnej pozycji dominującej na rynku telekomunikacyjnym. W tej decyzji, Prezes UOKiK wskazał (pkt 416), że zbieżne zachowanie przedsiębiorców może przybrać formę „wzajemnego rozpoznania współzależności rynkowej przez przedsiębiorców posiadających na rynku kolektywną pozycję dominującą i podjęcie w tym kontekście antykonkurencyjnego działania (działanie „kolektywnie racjonalne”). Praktyka

⁵⁹ Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji (2012.06.11). Pozyskano z: https://uokik.gov.pl/wyjasnienia_i_wytyczne2.php (8.10.2022), s. 55–56.

⁶⁰ Na podstawie komunikatu prasowego. Pozyskano z: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/autorite-clears-acquisition-bimedia-dl-software-which-controls-devlyx> (8.10.2022).

⁶¹ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 34.

⁶² Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit.

taka może stanowić formę milczącej zмовы (ang. *tacit collusion*) i może stanowić naruszenie art. 9 uokik oraz 102 TFUE⁶³ (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16). W tej decyzji Prezes UOKiK odwoływał się również do orzecznictwa TSUE (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16) w takich sprawach, jak *Flat Glass* czy *Airtours*.

SOKiK, powołując się na doktrynę (Stawicki, 2016)⁶⁴, wskazał, że w wyniku koncentracji horyzontalnej ograniczenie konkurencji może wystąpić poprzez efekty jednostronne (nieskoordynowane)⁶⁵ lub efekty skoordynowane (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021). SOKiK wskazał, że efekty skoordynowane mogą wystąpić na którymkolwiek z rynków powiązanych z uczestnikami koncentracji z uwagi na fakt, że przedsiębiorcy, wcześniej nie koordynujący swoich zachowań, zaczynają działać wspólnie. SOKiK wskazał, że „chodzi tu o koordynację o charakterze cichej zмовы – nie porozumienia. Sytuacja taka prowadzi do ryzyka powstania lub umocnienia kolektywnej – zbiorowej (kolektywnej) pozycji dominującej”. SOKiK, odwołując się do postanowienia SPI w sprawie *Airtours*⁶⁶, wyjaśnił, że zbiorowa pozycja dominująca⁶⁷ bądź milcząca zмова (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16)⁶⁸ ma miejsce, kiedy, mimo braku zawarcia porozumienia lub stosowania uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 101 TFUE, przedsiębiorcy działający na rynku oligopolistycznym podzielający te same interesy zaczynają działać na rynku w sposób jednolity, a więc dochodzi do koordynacji ich zachowań. W takiej sytuacji „aktualni i potencjalni konkurenci lub kontrahenci i konsumenci nie mogą temu efektywnie przeciwdziałać”⁶⁹.

1.2. Przesłanki istnienia kolektywnej pozycji dominującej

Zgodnie z wyrokiem w sprawie *Airtours* istnienie kolektywnej pozycji dominującej jest warunkowane kumulatywnym wystąpieniem następujących przesłanek (na te przesłanki powołuje się zarówno SOKiK⁷⁰, jak i Prezes UOKiK w swoich Wyjaśnieniach):

- *rynek ma charakter oligopolistyczny;*
- *rynek jest przejrzysty, co pozwala zarówno na monitorowanie zachowań konkurentów, jak i uzyskanie milczącej koordynacji co do wspólnej strategii;*
- *istnieje mechanizm dyscyplinowania uczestników działających niezgodnie z interesami konkurentów;*
- *brak zagrożenia realizacji wspólnej strategii ze strony konkurentów lub klientów.*

Jak zauważył TSUE w sprawie *Impala*, ocena przejrzystości nie może być dokonana w sposób wyizolowany i abstrakcyjny, lecz „w kontekście mechanizmu hipotetycznej, milczącej koordynacji. Jedynie przy uwzględnieniu tego rodzaju założenia możliwe jest bowiem zweryfikowanie, czy ewentualne czynniki przejrzystości występujące na rynku są w stanie ułatwić milczące zdefiniowanie

⁶³ Dec. Prezesa UOKiK z 02.01.2018 r., DOK-1/2018, pkt 416.

⁶⁴ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 122.

⁶⁵ Jak wskazano w Wytocznych Komisji Europejskiej w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03) (Dz. Urz. C 031, 05.02.2004 s. 5) (dalej: Wytoczne KE w sprawie koncentracji), pkt 4.: „[...] stworzenie lub umocnienie pozycji dominującej pojedynczego przedsiębiorstwa w wyniku połączenia jest najczęstszą podstawą do stwierdzenia, iż koncentracja powoduje znaczne utrudnienie skutecznej konkurencji”.

⁶⁶ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit.

⁶⁷ Pozycja dominująca zajmowana przez strony koncentracji wraz z jednym lub kilkoma przedsiębiorstwami trzecimi. Wyr. SPI z 25.03.1999 r. w sprawie T-102/96 *Gencor Ltd*, pkt 125.

⁶⁸ Dec. z 26.04.1996 r. w sprawie nr IV/M.619 – *Gencor/Lonrho*. KE w dec. odnosi się również do „antykoncekcyjnego zachowania równoległego”.

⁶⁹ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 61.

⁷⁰ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 151.

wspólnej linii postępowania lub umożliwić zainteresowanym konkurentom monitorowanie w odpowiedni sposób, czy przestrzegane są warunki takiej wspólnej linii działania”⁷¹.

Zgodnie z orzecznictwem, niska elastyczność cenowa popytu ułatwia koordynację (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, ss. 19 i 21)⁷². Jednocześnie istnieją bariery wejścia na rynek, co uniemożliwia zmiany na rynku i umacnia wspólną strategię działania (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 20)⁷³. Dodatkowo orzecznictwo wskazuje, na występujące w przeszłości tendencje do koordynacji jako sygnalizujące istnienie cichej zмовы⁷⁴. Wysoka transparentność rynku jest zaś pochodną warunków rynkowych, które pozwalają na obserwowanie przez przedsiębiorców m.in. cen zawieranych transakcji czy poziomu sprzedaży oferowanych produktów (Aziewicz, 2014, s. 12–13). Jak zaś wynika z Wytycznych KE, przejrzystości nie służy sytuacja, w której transakcje są negocjowane poufnie, na zasadzie dwustronnej (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 22)⁷⁵. Co więcej, jak wynika z Wyjaśnień Prezesa UOKiK, stosowanie rabatów sprzyja braku przejrzystości cen (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 22)⁷⁶. Jak podkreślił TSUE w wyroku w sprawie *Airtours* odnośnie do istnienia mechanizmu dyscyplinowania uczestników działających niezgodnie z interesami konkurentów „[w]arunek ten zawiera w sobie również sankcje za odejście od wspólnego sposobu działania. Strony podzielają w tym miejscu stanowisko, że dla istnienia sytuacji zbiorowej pozycji dominującej istotne jest, ażeby istniała wystarczająca liczba czynników zniechęcających, aby zapewnić trwałą pobudkę do nieodchodzenia od wspólnej linii postępowania, co z kolei zakłada, że każdy członek dominującego oligopolu wie, że każde silnie konkurencyjne działanie z jego strony zmierzające do zwiększenia swojego udziału w rynku spowoduje identyczne działanie ze strony innych, tak że nie uzyska on żadnej korzyści ze swojej inicjatywy” (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 20)⁷⁷.

Z decyzji Prezesa UOKiK w sprawie DOK-1/2018 wynika, że powinny istnieć „wystarczające czynniki zniechęcające do odstępstw od milczącej zмовы”⁷⁸, mieć charakter realny, a więc być możliwe do zastosowania⁷⁹. Podkreśla się również, że środki odwetowe powinny być zastosowane „dostatecznie szybko i skutecznie”⁸⁰ i stanowić właściwą przeciwwagę do naruszenia (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 24)⁸¹. Mechanizm ten może przybierać różne formy, takie jak wywołanie wojny cenowej, znaczące zwiększenie dostaw, rozwiązanie joint venture czy zniesienie powiązań właścicielskich. (Stawicki, 2016, s. 22). W praktyce decyzyjnej UOKiK za dyscyplinujące uznano również np. „powiązania na rynku licencjonowania programów”⁸².

Koordynacja może mieć trwały charakter wtedy, kiedy działania konkurentów lub nabywców (i innych podmiotów) nie są w stanie zakwestionować spodziewanych efektów koordynacji (Bernatt

⁷¹ Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG*, op. cit., pkt 126.

⁷² Dec. KE w sprawie nr IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*, pkt 141a, 149; Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG*, op. cit., pkt 123; dec. KE z 23.09.2008 r. w sprawie nr COMP/M.4980 - *ABF/ GBI BUSINESS*, pkt 156; wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 139.

⁷³ Dec. KE w sprawie nr IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*, pkt 154; wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 269.

⁷⁴ Dec. w sprawie nr IV/M.619 - *Gencor/Lonrho*, pkt 160; dec. KE z 24.05.2016 r. w sprawie nr M.7881 - *Ab Inbev/SABMiller*, pkt 64, 306–308.

⁷⁵ Wytyczne KE w sprawie koncentracji, pkt 50; tak również Prezes UOKiK w decyzji z dnia 22.04.2008 r., DKK-37/2008.

⁷⁶ Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit., s. 56 i przytoczone tam decyzje.

⁷⁷ Por. Wyr. SPI *Gencor/Lonrho*, pkt 276; Wyr. TS z 10.07.2008 r. w sprawie C-413/06 P *Bertelsmann AG*, op. cit., pkt 123.

⁷⁸ Dec. DOK-1/2018, pkt 512.

⁷⁹ *Ibidem*, pkt 515.

⁸⁰ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 206; dec. KE z 23.09.2008 r. w sprawie nr COMP/M.4980 - *ABF/ GBI BUSINESS*, pkt 243; dec. KE z 1.09.2016 r. w sprawie nr M.7758 - *HUTCHISON 3G ITALY / WIND / JV*, pkt 1161–1166.

⁸¹ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 210.

⁸² Dec. Prezesa UOKiK z dnia 14.09.2012 r., DKK-93/2012.

i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 25)⁸³. Bernatt i Jurkowska-Gomułka wskazują w tym zakresie na możliwą przeciwwagę tworzoną przez nabywców usług, która może zmienić schematy zamówień, obniżając skuteczność milczącej koordynacji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 25). Tak więc, przesłanka braku zagrożenia realizacji wspólnej strategii ze strony konkurentów lub klientów zależy m.in. od obecności znacznej siły nabywczej (*buyer power*). Wobec istnienia takiej siły na niższym poziomie rynku koordynacja działań może okazać się nieefektywna i niemożliwa (Aziewicz, 2014, s. 12–13).

1.3. Brak wykazania przez Prezesa UOKiK wystąpienia skutków skoordynowanych

SOKiK przeanalizował czy spełnione zostały przesłanki ziszczenia się skutków skoordynowanych.

W pierwszej kolejności, SOKiK przeanalizował **strukturę rynku** reklamy. SOKiK zwrócił uwagę na niewystępowanie symetrii na rynku⁸⁴. SOKiK uznał, że w wyniku koncentracji nie dojdzie do istotnej zmiany symetrii udziałów, ponieważ lider rynku nadal będzie miał dużą przewagę nad konkurencją⁸⁵. SOKiK nie odwołał się do Wytycznych Prezesa UOKiK, ale z nich również wynika, że asymetria udziałów rynkowych nie sprzyja milczącej koordynacji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 16)⁸⁶. SOKiK wskazał również, że czynnikiem osłabiającym taką koordynację jest obecność na danym rynku przedsiębiorcy, którzy trwale prowadzi odmienną od konkurentów politykę rynkową, zagrożenie konkurencją, jak również znacząca siła odbiorców i zmienność popytu⁸⁷.

SOKiK nie ograniczył się do analizy symetrii udziałów rynkowych, ale wskazał, że konkurenci nie tylko mają różne pozycje rynkowe, lecz także różnią się w odniesieniu do kosztów, które z kolei są warunkowane kosztem dotarcia do słuchacza. Na strukturę kosztów zwraca również Komisja Europejska⁸⁸, podkreślając, że brak symetrii utrudnia utrzymanie milczącej zgody (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 18)⁸⁹.

Koszty te, jak wynikało z zeznań świadków – przedstawicieli domów mediowych, różnią się z uwagi na zasięgi między liderem rynku, jakim jest RMF FM, a Eurozet. Asymetria w zasięgach stacji radiowych uniemożliwia koordynację. Zdaniem SOKiK, Prezes UOKiK również pominął różnice w marżach obu przedsiębiorców (50–60% versus 16%), które uznał za „nieistotne” i nieuniemożliwiające „koordynację zachowań”. Zdaniem SOKiK ta różnica, nawet jeżeli nie uniemożliwia takiej koordynacji, to znacząco ją utrudnia, trudno bowiem byłoby ustalić wspólnie akceptowalny poziom ceny, który stanowiłby poziom ewentualnej milczącej koordynacji. Koordynacji tej nie służą również charakterystycznej dla rynku reklamy rabaty wsteczne⁹⁰ ani różne profile stacji radiowych⁹¹. SOKiK uznał, że „Prezes UOKiK nie wykazał przed Sądem, aby po koncentracji oba przedsiębiorca zbliżyły się strukturą kosztową na tyle, aby można było przyjąć, że zajdzie między

⁸³ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 62.

⁸⁴ Wytyczne KE w sprawie koncentracji, pkt 48.

⁸⁵ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 200–204.

⁸⁶ Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit., s. 55–56.

⁸⁷ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 129.

⁸⁸ Wytyczne KE w sprawie koncentracji, pkt 48.

⁸⁹ Wyjaśnienia Prezesa UOKiK dotyczące oceny zgłaszanych koncentracji, op. cit., s. 56; również praktyka decyzyjna UOKiK wskazują na taki wniosek, patrz: dec. Prezesa UOKiK z dnia 08.04.2009 r., DKK-17/2009; dec. DKK-93/2012, s. 39.

⁹⁰ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 205.

⁹¹ Ibidem, pkt 208.

nimi w tym parametrze symetryczność⁹², w związku z tym istnieje mało prawdopodobną możliwość koordynacji zachowań między graczami rynkowymi⁹³.

Następnie SOKiK przeszedł do następnego elementu analizy możliwości skutków skoordynowanych, jakim jest **charakter produktu**, a więc czas reklamowy polegający na dotarciu do określonego słuchacza. Zwrócił uwagę na różnice w takich aspektach, jak: słuchalność, zasięgi sieci, specyfika poszczególnych stacji radiowych czy pakietyzacja ofert. Zdaniem SOKiK im produkty na rynku są bardziej homogeniczne tym łatwiej o wystąpienie skutków skoordynowanych⁹⁴. W niniejszej sprawie, zdaniem SOKiK, charakter produktu, jakim jest czas reklamowy, a dokładnie dotarcie do określonego słuchacza (jego „uwaga”), jest zróżnicowany, ze względu na różnice w słuchalności, zasięgach sieci, specyfikę poszczególnych stacji radiowych, profil odbiorców, pakietyzacji ofert, co również utrudnia koordynacje działań⁹⁵.

Ten element analizy znajduje również potwierdzenie w praktyce decyzyjnej Komisji Europejskiej, zgodnie z którą homogeniczność produktów sprzyja przejrzystości rynków. W takim przypadku podmioty rynkowe konkurują głównie ceną i wielkością dostaw (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 19)⁹⁶. Na takie same wnioski wskazuje również polska doktryna prawa konkurencji (Stawicki, 2016, s. 22).

Kolejnym elementem analizy przez SOKiK jest **przejrzystość rynku**⁹⁷. Zgodnie z wyrokiem w sprawie *Airtours* „okoliczność, iż rynek jest dostatecznie przejrzysty, aby umożliwić każdemu członkowi oligopolu poznanie zachowania pozostałych, ułatwia stworzenie zbiorowej pozycji dominującej”⁹⁸.

SOKiK wskazał, że rynek reklamy rynkowej na pierwszy rzut oka wydaje się przejrzysty, co zostało zaakcentowane w decyzji Prezesa. Przejrzystość ta wynika z dostępności bardzo szczegółowych danych z badań takich parametrów, jak: fala badania, grupa celowa, stacja radiowa, przedział czasowy, dni tygodnia czy też kanału odbioru sygnału⁹⁹. Stąd, zdaniem Prezesa UOKiK istnienie mechanizmów dokładnego monitoringu działań konkurencji prowadzi do transparentności rynku, a w konsekwencji umożliwienia koordynacji zachowań. Przejrzystości tej, zdaniem Prezesa UOKiK, sprzyja dostępność cenników reklam poszczególnych stacji radiowych. Natomiast, jak stwierdził SOKiK, Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę, że cena czasu reklamowego jest często uzależniona od agresywnych rabatów wstecznych, o których wiedza nie jest ogólnodostępna¹⁰⁰. Zdaniem SOKiK uniemożliwia to koordynację¹⁰¹. Na brak transparentności cen, polegająca na zawieraniu indywidualnych kontraktów z każdym reklamodawcą (pomimo homogeniczności produktu), wskazano również w praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK¹⁰².

W odniesieniu do argumentów Prezesa UOKiK dotyczących możliwości **monitorowania** koordynacji za pomocą danych obejmujących wahania ilości reklamy pojawiających się w danej

⁹² Ibidem, pkt 210.

⁹³ Ibidem, pkt 210.

⁹⁴ Ibidem, pkt 211.

⁹⁵ Ibidem, pkt 212–213.

⁹⁶ Dec. KE w sprawie nr IV/M.619 – *Gencor/Lonrho.*, pkt 143.

⁹⁷ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 214.

⁹⁸ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit.

⁹⁹ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 215.

¹⁰⁰ Ibidem, pkt 226.

¹⁰¹ Wytoczne KE w sprawie koncentracji, pkt 49.

¹⁰² Dec. DKK-37/2008.

stacji, SOKiK uznał je za „mało realistyczne”. Wskazał, że dotychczas nie występowały na rynku takie zachowania¹⁰³. Dodatkowo SOKiK wskazał, że sam dostęp do wszystkich informacji jest niewystarczający, aby umożliwić działania koordynacyjne, zwłaszcza gdy nie jest znana rzeczywista cena czasu reklamowego (cena transakcyjna). W żadnym z przedstawionych przez Prezesa UOKiK scenariuszy koordynacji nie byłaby ona możliwa bez komunikacji między konkurentami odnośnie do swojej strategii rynkowej, a w szczególności bez znajomości cen transakcyjnych¹⁰⁴. Nie byłoby możliwe również utrzymanie takiej koordynacji z uwagi na zarówno opóźnienia badań, jak i długość części kampanii reklamowych trwających do dwóch tygodni¹⁰⁵.

Odnosząc się do możliwości **dyscyplinowania uczestników**¹⁰⁶ jako warunku niezbędnego do wykazania kolektywnej pozycji dominującej, SOKiK przeanalizował wskazane przez Prezesa UOKiK możliwości, takie jak wojna cenowa i powrót do stanu sprzed koordynacji¹⁰⁷.

W przypadku wojny cenowej SOKiK uznał, że brak dostępu do informacji na temat cen stosowanych przez uczestników uniemożliwia taką wojnę. Również odnosząc się do zmienionego stanowisko Prezesa UOKiK w toku postępowania, „że mechanizm polegający na wojnie cenowej funkcjonować mógłby w ten sposób, że obniżenie cen byłoby widoczne poprzez zwiększenie liczby minut emisji reklam w stacjach należących do wszczynającego ją podmiotu”, uznał, że stopień skomplikowania i ryzyko błędu w tych obliczeniach powoduje, że jest ona trudna do zastosowania. Dodatkowo wskazał na ograniczoną – 12 minut na godzinę – podaż czasu na reklamy, który powoduje, że nawet znaczące obniżenie ceny reklamy może nie doprowadzić do zwiększenia ilości reklam¹⁰⁸. Wskazując również na różnice w zasięgach jako istotne dla wyboru stacji radiowej dla kampanii reklamowej, SOKiK uznał, że obniżenie ceny spowoduje, że część środków z kampanii zostanie przekierowana do innych stacji, tak aby dotrzeć do założonej grupy docelowej.

Odnosząc się do drugiego z mechanizmów karzących wskazanych przez Prezesa UOKiK, a więc powrót do stanu sprzed koordynacji¹⁰⁹, SOKiK ocenił, że jest to słaby motywator, ponieważ nie bierze pod uwagę braku zachęty dla uczestnika koordynacji, aby w niej pozostać. Zdaniem SOKiK, trudno zakładać, aby uczestnik „utrzymał się w tej strategii (koordynacji) dłuższy czas, nie chcąc skorzystać z możliwości zwiększenia swego zysku przy pierwszej, nadarzającej się okazji”¹¹⁰. SOKiK wskazał, że mechanizm odstraszania powinien być bardziej skuteczny niż „pokusa uzyskania wyższych zysków przez obniżenie lub podwyższenie cen. Musi być wiarygodnym bodźcem sprawiającym, że nie opłaca się odchodzić od wspólnej polityki”¹¹¹.

W dalszej kolejności SOKiK przeanalizował **presję konkurencyjną**, a więc zagrożenie reakcjami konkurentów i klientów na milcząco przyjętą przez przedsiębiorców koordynujących strategię działania. W toku postępowania przed Prezesem UOKiK zostało złożone stanowisko

¹⁰³ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 219.

¹⁰⁴ Prezes UOKiK w decyzji z 22 kwietnia 2008 roku, nr DKK – 37/08 uznał, że brak przejrzystości rynku występuje na rynku, na którym ceny negocjowane są indywidualnie z każdym reklamodawcą, a klient z reguły otrzymuje znaczący rabat cenowy; wysoki upust cenowy jest standardową formą promocji stosowaną na rynku.

¹⁰⁵ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 226.

¹⁰⁶ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 197–199.

¹⁰⁷ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 227–228.

¹⁰⁸ *Ibidem*, pkt 230.

¹⁰⁹ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 44.

¹¹⁰ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 232.

¹¹¹ *Ibidem*, pkt 233.

dot. ewentualnej presji ze strony domów mediowych, która miałaby stanowić przeciwwagę dla ewentualnej koordynacji przez stacje radiowe. Prezes UOKiK uznał, że domy mediowe nie mają znacznej siły negocjacyjnej, nie są one bowiem ostatecznym płatnikiem za media¹¹². Nie dostrzegł również takiej presji ze strony innych mediów reklamowych¹¹³. Dodatkowo, zdaniem Prezesa UOKiK, w wyniku koncentracji powstanie partner handlowy, który będzie musiał być uwzględniony w ofercie domów mediowych. SOKiK nie zgodził się z taką oceną i uznał, że „odstaje od ustalonych realiów rynku reklamy” z uwagi na następujące okoliczności:

- ok. 70% kampanii reklamowych jest organizowanych przez duże domy mediowe; jak wynikało z zeznań świadków, to naciski domów mediowych doprowadziły do praktyki udzielania wstecznych rabatów, której stacje radiowe nie mogą zmienić¹¹⁴;
- domy mediowe są zainteresowane niskimi cenami z uwagi na fakt, że koszt kampanii jest jednym z istotnych elementów przy wyborze przez reklamodawcę – klienta domu mediowego, w szczególności relacja kosztu do takich parametrów, jak słuchalność lub zasięg; potwierdzeniem tego faktu jest weryfikacja kosztów przez audytorów mediowych, a więc osoby trzecie, które oceniają efektywność kosztowej kampanii zaproponowanej przez dom mediowy;
- Prezes UOKiK nie wziął pod uwagę konkurencji między domami mediowymi, które często biorą udział w przetargach na świadczenie usług u potencjalnego klienta, a więc presja wywierana przez domy mediowe na stacje radiowe jest wynikiem presji, którą na domy mediowe wywierają ich klienci;
- reklama radiowa jest medium uzupełniającym i stanowi 7% w całym „torcie reklamowym”; stąd większa jest presja domów mediowych na stacje radiowe niż w przypadku np. stacji telewizyjnych, a mimo istniejących odmienności między rynkami reklamy telewizyjnej i radiowej, „podniesienie cen reklamy radiowej, powyżej akceptowalnego przez klientów kosztu dotarcia – w pewnym momencie – może spowodować odpływ reklamodawców do innego medium – telewizji lub Internetu”¹¹⁵.

Oceniając bariery wejścia na rynek, SOKiK uznał również, że w związku z istnieniem systemu koncesyjnego i ograniczoną liczbą częstotliwości radiowych, mimo rozwoju technologii i możliwości nadawania przez Internet wraz z możliwością odbioru za pomocą zwykłego smartfona, bez konieczności zaopatrzenia się odbiornik radiowy przystosowany do odbioru w określonej technologii możliwości wejścia konkurentów na rynek są ograniczone. W związku z tym SOKiK uznał, że „w takich okolicznościach przyjęć należy, że zasadniczo nie istnieje na rynkach relewantnych presja ze strony potencjalnych nowych konkurentów”¹¹⁶.

SOKiK uznał, że Prezes UOKiK nie wykazał, że w wyniku koncentracji dojdzie do powstania nie tylko pozycji dominującej, a tym bardziej kolektywnej pozycji. W związku z tym Prezes UOKiK nie może uznać, że może dojść do istotnego ograniczenia konkurencji (Stawicki i Stawicki, 2016, s. 8–11).

¹¹² Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 42.

¹¹³ Ibidem, s. 42.

¹¹⁴ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 239.

¹¹⁵ Ibidem, pkt 244.

¹¹⁶ Ibidem, pkt 250.

IV. Teoria szkody

1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

W swojej decyzji Prezes UOKiK uznał, że szkoda, która miała uzasadnić odmowę udzielenia zgody na koncentrację miała dwie postacie: koordynację działań uczestników cichej zmowy oraz marginalizację mniejszych uczestników rynku¹¹⁷. Nawiązując do rozważań odnośnie ciężaru dowodu, SOKiK wskazał, że to na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek udowodnienia, że dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji – a więc jak wykazywał Prezes UOKiK, że wystąpią skutki skoordynowane.

Zdaniem Sądu teoria szkody jest to: „[...] odwołująca się do podejścia ekonomicznego, koncepcja, którą przedstawia organ ochrony konkurencji i konsumentów, wskazując dlaczego i w jaki sposób dojść może do poszkodowania nabywców, konsumentów. Koncepcja ta winna wskazywać jak koncentracja może zmienić stan i strukturę rynków właściwych, jakie będzie zachowanie podmiotu powstałego w wyniku koncentracji i czy to zachowanie będzie skutkowało istotnym ograniczeniem konkurencji”¹¹⁸. Efektem końcowym takiej operacji myślowej powinna być konstatacja czy koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji¹¹⁹. Na marginesie można zauważyć, że jest to odwołanie do klasycznej teorii *Structure – Conduct – Performance*.

SOKiK wskazał, że zaprezentowana przez Prezesa UOKiK teoria szkody jest pewną hipotezą wynikającą z charakteru *ex ante* kontroli koncentracji.

2. Poziom prawdopodobieństwa teorii szkody

SOKiK nie zgodził się z Prezesem UOKiK i uznał, że zaprezentowana teoria szkody „nie osiąga wymaganego poziomu prawdopodobieństwa (nie została wystarczająco wysoko uprawdopodobniona)”¹²⁰. Zdaniem SOKiK, w decyzji nie zostało wykazane, że koncentracja wpłynie na strukturę rynku na tyle, aby doszło do zmiany zachowania uczestników w przyszłości. Nie wykazano cech rynków, które uzasadniałyby stwierdzenie, że dojdzie do wystąpienia kolektywnej pozycji dominującej. SOKiK podkreślił, że koncentracja nie „prowadzi ani do powstania duopolu na rynkach właściwych, ani wąskich oligopoli. W istocie – o czym była mowa wyżej – z uwagi na fakt, że łączący się przedsiębiorcy operują na innych rynkach właściwych (pominąwszy małe procenty udziałów) (...), w istocie połączenie niewiele zmienia na poszczególnych rynkach z punktu widzenia struktury tych rynków. Zmiany w udziałach uczestników rynku są kilkuprocentowe, a zmniejszenie liczby firm działających na danym rynku nie jest przesądzające o negatywnych skutkach”. SOKiK wskazał, że zakładane przez Prezesa UOKiK zachowania antykonkurencyjne dotychczas nigdy nie miały miejsca na rynkach reklamy radiowej, stąd trudno uznać, że cicha zmowa może być realnym scenariuszem.

¹¹⁷ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 34, 50; Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 253.

¹¹⁸ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 157.

¹¹⁹ Ibidem, pkt. 159.

¹²⁰ Ibidem, pkt 257–258.

2.1. Ryzyko koncentracji częstotliwości

SOKiK wskazał, że ryzyko koncentracji częstotliwości¹²¹ jest irrelewantne z punktu widzenia rynków właściwych, na których kryteriami decydującymi są zasięg i słuchalność. Zwrócił uwagę, że wskazywana przez Prezesa UOKiK możliwość lepszego pozycjonowania tematycznego swoich programów jest pozytywnym efektem koncentracji, a zarzut, że przedsiębiorca będzie chciał poprawić swoją pozycję na rynku „budzi zdumienie” i ma charakter spekulacyjny.

2.2. Ryzyko w zakresie możliwych efektów koordynacji

SOKiK również negatywnie ocenił następujące rodzaje ryzyka wskazane przez Prezesa UOKiK:

- utrzymanie cen na poziomie wyższym niż w przypadku braku koncentracji; utrzymanie innych warunków umów mniej korzystnych dla reklamodawcy lub pośredników lub obniżenie podaży jako oderwany od warunków rynkowych;
- koordynacja w zakresie stosowania rabatów retroaktywnych jako wysoce nieprawdopodobny scenariusz; SOKiK zauważył, że w praktyce rabaty retroaktywne funkcjonują na rynku reklamy od wielu lat i są wynikiem polityki domów mediowych, a nie samych stacji radiowych;
- marginalizacja pozostałych grup radiowych i stacji niezależnych; SOKiK wskazał, że Prezes UOKiK nie zdefiniował samego pojęcia marginalizacji; sam fakt potencjalnego zmniejszenia udziałów konkurentów jako wynik walki konkurencyjnej po koncentracji nie jest niczym nadzwyczajnym, a nie stanowi bezpośredniego i natychmiastowego skutku koncentracji¹²²; SOKiK wskazał, że w wyniku koncentracji nie dojdzie do zmiany zasięgów jej stron; „nieco lepsza pozycja rynkowa” oznacza taką poprawę, która jednak nie będzie skutkowałą znaczną zmianą, jeżeli chodzi o zasięgi i słuchalność; SOKiK nie zgodził się, że ze stanowiskiem Prezesa UOKiK, że obaj najwięksi konkurenci staną się elementem obowiązkowym wszystkich kampanii reklamowych¹²³.

V. Ciężar dowodu

1. Analiza Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

Warto również zwrócić uwagę na rozważania SOKiK na temat ciężaru dowodu w postępowaniu dotyczącym wydania zgody na koncentrację przed Prezesem UOKiK i wynikającymi z tego obowiązkami Prezesa UOKiK. Sąd w uzasadnieniu wyroku zaznaczył, że to na Prezesie UOKiK spoczywa obowiązek wykazania przesłanek wydania zaskarżonej decyzji, a nie na adresacie decyzji. SOKiK wyciągnął taki wniosek z art. 18 uokik, na gruncie którego zasadą jest zgoda na dokonanie koncentracji¹²⁴. Ponadto Sąd wskazał, że zasada ta również obowiązuje na etapie postępowania przed SOKiK, ponieważ przepisy nie przewidują domniemania prawdziwości decyzji Prezesa, a które to stanowisko zostało również podparte orzecznictwem SN w tym zakresie¹²⁵.

Powyższe rozważania Sądu dotyczące ciężaru dowodów dotyczą jednak również innej materii związanej z postępowaniem przed organami ochrony konkurencji, a mianowicie standardem

¹²¹ Ibidem, pkt 263; dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 34.

¹²² Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 283–285.

¹²³ Ibidem, pkt 285.

¹²⁴ Ibidem, pkt 112–114.

¹²⁵ Zob. wyr. SN z 4.10.2017 r., III SK 49/16 (Lex nr 2397583).

dowodowym w decyzjach zakazujących konkurencji. Jednym z zarzutów podniesionych przez Agorę był brak wykazania istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji poprzez brak wykazania, że nowy podmiot będzie posiadał pozycję dominującą. Zdaniem Prezesa UOKiK nie ma obowiązku uprzedniego wykazania istnienia pozycji dominującej, natomiast uzasadnienie istotnego ograniczenia konkurencji może zostać dokonane w oparciu o inne przesłanki¹²⁶.

Zagadnienie to przewija się w ramach analizy SOKiK-u w niniejszej sprawie, wymaga ono osobnego omówienia i zestawienia ze standardem użytym w decyzji i wyroku. Dodatkowo, analizie zostało poddane na jakiej podstawie SOKiK zmienił zaskarżoną decyzję.

2. Standard dowodowy w decyzjach dotyczących koncentracji przedsiębiorców

Jak wynika z orzecznictwa dotyczącego obowiązków Komisji w przypadku wydania decyzji zakazującej koncentrację, powinna ona przedstawić solidne dowody. Powinny one być istotne dla oceny ewentualnego powstania kolektywnej pozycji dominującej, a w szczególności możliwości wystąpienia powiązań między przedsiębiorcami działającymi na rynku – członkami rzekomej cichej zmowy¹²⁷. Również jak wskazał SOKiK uzasadnienie decyzji nie zostało zredagowane precyzyjnie. Część argumentów, zwłaszcza dotyczących określonych rynków lokalnych, Prezes UOKiK przedstawił na rozprawie. SOKiK ocenił, że uzasadnienie decyzji nie pozwala zorientować się na jakich przesłankach organ oparł się, zakazując koncentracji. W konsekwencji, decyzja nie spełnia art. 8 i 11 k.p.a.¹²⁸.

W pierwszej kolejności należy stwierdzić, że wymogi związane z postępowaniem dowodowym są w ramach analizy konkurencyjnej wysokie (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 27). Trudność tego postępowania wynika m.in. z konieczności przeprowadzenia porównania „[...] najbardziej prawdopodobnej sytuacji konkurencyjnej na jednym lub wielu rynkach po dokonaniu koncentracji (*post merger scenario*) z sytuacją konkurencyjną, jaka miałaby miejsce bez dokonania koncentracji, w szczególności na skutek zakazania jej dokonania (*without merger scenario*)” (Skoczny, 2012, s. 36–37). Tak więc, w ramach kontroli koncentracji organ musi wykazać się dalekowzrocznością i umiejętnością określania sytuacji kontrfaktycznej.

W sprawach związanych z możliwością powstania kolektywnej pozycji dominującej to na organie ciąży obowiązek dostarczenia przekonujących dowodów, które by wskazywały na brak skutecznej konkurencji pomiędzy uczestnikami oligopolu lub na brak presji ze strony innych graczy rynkowych¹²⁹. Już z samej natury takich stosunków wynika trudność w ich udowodnieniu i wykazaniu przesłanek pozwalających na identyfikację skutków skoordynowanych. Idzie za tym więc również wyższy standard udowodnienia analizy prospektywnej. Jak zaś stwierdził TS w sprawie *Telefonica* „[...] im bardziej analiza jest prospektywna, a łańcuch przyczynowo-skutkowy jest słabo postrzegalny, niepewny i trudny do wykazania, tym ważniejsza jest jakość dowodów przedstawionych przez Komisję w celu wykazania konieczności wydania decyzji uznającej koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym.”¹³⁰ Taki sam standard jakości dowodów na poparcie swojej

¹²⁶ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 135.

¹²⁷ Wyr. TS z 31.03.1998 r. w połączonych sprawach C-68/94 oraz C-30/95 *Republika Francuska i Société commerciale des potasses et de l'azote (SCPA) i Entreprise minière et chimique (EMC) przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*; dec. KE z 20.05.1998 r. w sprawie nr IV/M.1016 – *Price Waterhouse/Coopers & Lybrand*.

¹²⁸ Wyr. SO w Warszawie – SOKiK z 12 maja 2022 r., op. cit., pkt 179.

¹²⁹ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 63.

¹³⁰ Wyr. TS z 28.05.2020 r. T-399/16 *CK Telecoms UK Investments Ltd przeciwko Komisji Europejskiej* (ECLI:EU:T:2020:217), pkt 111.

teorii, powinien zaprezentować UOKiK w swoich decyzjach. Muszą więc być one wystarczające dla wykazania z dużym prawdopodobieństwem wystąpienia skutków dla konkurencji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 29).

O kolektywnej dominacji skutkującej istotnym ograniczeniem konkurencji świadczą nie tylko ogólne dane o danym rynku, lecz także jego specyfika. Organ w ramach zbierania i przedstawienia materiału dowodowego jest obowiązany uwzględnić tę specyfikę i oprzeć ją na konkretnych dowodach¹³¹. Ponadto, orzecznictwo unijne jasno wskazuje, że każde twierdzenie organu ochrony konkurencji dotyczące konkurencji na rynku musi być uzasadnione dowodami ilościowymi i jakościowymi. W sprawach zaś związanych z rynkami oligopolistycznymi, organ próbujący wykazać występowanie na nim skutków skoordynowanych powinien skupić się na: (i) wzajemnej zależności i przejrzystości rynku, które pozwalają na monitorowanie działań konkurentów; (ii) trwałości koordynacji wyrażającej się w możliwości stosowania środków odwetowych/odstrasżających w sytuacji odchylenia od przyjętych zasad koordynacji oraz (iii) reakcji innych uczestników rynku na działania kolektywnie dominujących podmiotów (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 31).

Orzecznictwo unijne, a zwłaszcza wyrok w sprawie *Airtours*, w zakresie wysokiego standardu dowodowego dla Komisji w sposób stanowczy odrzuciło praktykę polegającą na stwierdzaniu występowania skutków skoordynowanych w każdym przypadku, gdy struktura rynku mogła wskazywać na kolektywną dominację. Jednakże, należy również zaznaczyć, że od organów ochrony konkurencji nie wymaga się, aby scenariusze przez nie nakreślone się nieuchronnie ziściły, muszą być one wystarczająco prawdopodobne (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 32). Nie jest więc wystarczające samo stwierdzenie, że zmniejszenie liczby konkurentów do dwóch zwiększa prawdopodobieństwo, że podmioty te zrezygnują z intensywnej konkurencji i bez porozumienia realizować będą strategię niekorzystną dla kontrahentów, jak miało to miejsce w decyzji (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 34). Takie zwykłe prawdopodobieństwo nie spełnia wysokich standardów dowodowych, jakie się wymaga od takich organów (Bernatt i Jurkowska-Gomułka, 2021, s. 32).

3. Uprawnienia reformatoryjne Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów

SOKiK uznał argumenty Agory, uchylił zaskarżoną decyzję i orzekł co do *meritum*, wydając zgodę na dokonanie koncentracji. Ciężar dowodu wykazania, że koncentracja w istocie prowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji spoczywa na Prezesie UOKiK.

Rola SOKiK była szczegółowo analizowana w wyroku Sądu Najwyższego sygn. III SK 5/09¹³². Nie odnosząc się do krytyki tego wyroku pod względem zakresu kontroli proceduralnych aspektów postępowania przed Prezesem UOKiK (Bernatt, 2010, s. 300–305), należy wskazać, że SN szczegółowo przeanalizował, że celem postępowania przed SOKiK jest rozpoznanie sporu między Prezesem UOKiK a przedsiębiorcą¹³³. Zakresem tego sporu jest odwołanie, które wnosi przedsiębiorca niezgadzający się z wydaną decyzją. Ustalenie SOKiK jest – zgodnie z zasadą kontrydiktoryjności – oparte na argumentach i dowodach powołanych przez strony. Jak podkreślił

¹³¹ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 294.

¹³² Wyr. SN z 19.08.2009, III SK 5/09 (OSNP 2011/9-10/144).

¹³³ Sprawa rozpatrywana przez SN dotyczyła naruszenia kwalifikacji naruszenia przepisów ustawy, ale rozważania te są również adekwatne do postępowań o wydanie zgody na koncentrację.

SN, SOKiK może zmienić decyzję w określonym punkcie¹³⁴ bądź wydać nową decyzję, jeżeli tylko znajduje uzasadnienie „w okolicznościach sprawy i zebranych materiale faktycznym i dowodowym”. Przesłanką określonego sposobu postępowania przez SOKiK jest stopień wadliwości decyzji Prezesa UOKiK, a „[u]chylenie decyzji w całości powinno nastąpić wówczas, gdy wydanie jej nastąpiło bez podstawy prawnej lub z rażącym naruszeniem prawa materialnego (...)”¹³⁵. Postępowanie przed SOKiK ma charakter gwarancyjny, ponieważ sądy powinny weryfikować, zgodnie z obowiązującymi zasadami – ustalenia faktyczne dokonane przez Prezesa UOKiK. Jeżeli w toku postępowania okaże się, że przesłanki nie znalazły potwierdzenia w zgromadzonym materiale dowodowym, sądy orzekające powinny wydać orzeczenie o charakterze merytorycznym¹³⁶. Jak podkreślił SN w wyroku III SK 7/15, „[j]eśli więc w trakcie postępowania powód przedstawi dowody obalające konkluzję przyjętą w decyzji, obowiązkiem sądu jest dokonanie oceny legalności decyzji i w zależności od przewidzianych prawem możliwości zmiana decyzji bądź jej uchylenie”¹³⁷. Dodatkowo, wskazać należy, że zmiana decyzji przez SOKiK nastąpiła w toku postępowania koncentracyjnego. A więc postępowania, w którym czynnik czasowy gra szczególną rolę, a decyzja zakazująca wydana po długim postępowaniu administracyjnym niewątpliwie nie służy interesom przedsiębiorców i samego rynku.

Jak wynika z analizy dotyczącej postępowania dowodowego, SOKiK ocenił dowody zawarte w aktach postępowania przed Prezesem UOKiK jako niewystarczające do wydania decyzji zakazującej koncentrację. Jednocześnie, przeprowadził postępowanie dowodowe, m.in. przyjmując zeznania świadków i orzekł merytorycznie. Takie stanowisko zasługuje na uznanie z uwagi na ochronę swobody prowadzenia działalności gospodarczej.

VI. Wnioski

Wyrok zasługuje na aprobatę z następujących przyczyn.

Pochwalić należy analizę SOKiK, który nie uchylał się od dokonania analizy o charakterze ekonomicznym i rynkowym, a co więcej zrobił to w sposób elegancki i przystępny. Na marginesie należy jedynie zaapelować do redagujących wyroki, aby ich animizacja miała uzasadniony charakter. W powszechnie dostępnej wersji wyroku zanonimizowane zostały również niektóre wyroki TSUE, jak i nazwiska autorów komentarzy. Również na marginesie należy zauważyć brak jednolitego siatki pojęciowej: efekty, skutki czy działania skoordynowane.

Nie ulega wątpliwości, że zakaz koncentracji powinien mieć charakter wyjątkowy, ingeruje bowiem bezpośrednio w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej w związku z ochroną interesu publicznego. Dlatego też decyzje zakazujące połączeń powinny również być uzasadnione w sposób wykluczający wszelką wątpliwość co do przyczyn leżących u źródła zakazu. Jak trudne są sprawy dotyczące kolektywnej pozycji dominującej pokazuje sprawa *Airtours*, w której sąd pierwszej instancji zakwestionował m.in. analizę Komisji dotyczącą przejrzystości rynku¹³⁸.

¹³⁴ Wyr. SOKiK z 11.05.2007 r., XVII AmA 96/06 (Dz.Urz.UOKiK.2007/3/35).

¹³⁵ Również wyr. SOKiK 11.10.2006 r., XVII AmA 70/05 (Dz.Urz.UOKiK.2007.1.10); wyr. SOKiK 11.05.2007 r., XVII AmA 96/06 (Dz.Urz.UOKiK.2007/3/35).

¹³⁶ Wyr. SN z 12.04.2013 r., III SK 28/12; wyr. SN z 02.06.2009 r., III SK 31/08 (LEX nr 503413); wyr. SN z 5.11.2015 r., III SK 7/15 (LEX nr 2008748).

¹³⁷ Wyr. SN z 5.11.2015 r., III SK 7/15, s. 8 (LEX nr 2008748).

¹³⁸ Wyr. SPI w sprawie T-342/99 *Airtours*, op. cit., pkt 159.

Z perspektywy dorobku unijnego dotyczącego kolektywnej pozycji dominującej i skutków skoordynowanych, zwłaszcza wyroku Sądu w sprawie *Airtours* decyzja Prezesa UOKiK jest trudna do zrozumienia. Tym bardziej trudno nie zgodzić się z argumentami zawartymi w głosowanym wyroku. Zadziwiające jest również oparcie zakazu koncentracji na podstawie teorii szkody opartej na kolektywnej pozycji dominującej i skutków skoordynowanych, biorąc pod uwagę bardzo wysoki standard dowodowy jaki jest wymagany od organu do ich wykazania. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że Agora w toku postępowania przez Prezesem UOKiK wniosła o wydanie zgody warunkowej i zaproponowała warunki, które objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa¹³⁹. Choć oczywiście wniosek taki nie ma charakteru wiążącego organu ochrony konkurencji, Prezes UOKiK mógł być ograniczyć ewentualną pozycję rynkową grupy Agora/Eurozet poprzez wydanie zgody warunkowej. W tym kontekście powinien być również uzasadnić, dlaczego w jego opinii decyzja warunkowa nie była wystarczająca¹⁴⁰. Materia ta nie została jednak rozwinięta w głosie, ponieważ nie została ona poruszona przez SOKiK w wyroku (szerzej: Kohutek, 2014; Skoczny i Kolasiński, 2014).

Prezes UOKiK złożył od wyroku apelację, nie zgadzając się z rozstrzygnięciem. Pozostaje mieć nadzieję, że Sąd Apelacyjny równie wnikliwie przeanalizuje argumenty ekonomiczne jak SOKiK.

Bibliografia

- Aigner, G., Budzinski, O. i Christiansen, A. (2006). The Analysis of Coordinated Effects in EU Merger Control: Where Do We Stand after Sony/Bmg and Impala? *European Competition Journal*, 17(2), 705–744. <https://doi.org/10.5235/ecj.v2n2.311>.
- Aziewicz, D. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.
- 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*, 18(2), 424–457. <https://doi.org/10.1080/17441056.2021.2003999>.
- Bernatt, M. i Jurkowska-Gomułka, A. (2021). *Skutki skoordynowane koncentracji horyzontalnych – wybrane aspekty prawne. Ekspertyza Centrum Studiów Antymonopolowych i Regulacyjnych WZ UW*. Warszawa: CARS.
- Bernatt, M. (2009). The control of Polish courts over infringements of procedural rules by the national competition authority. Case comment to the judgement of the Supreme Court of 19 August 2009 – Marquard Media Polska (Ref. No. III SK 5/09). *Yearbook of Antitrust and Regulatory Studies*, 3(3), 300–305.
- Błachucki, M. (2012). *System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji*. Warszawa: UOKiK.
- Kohutek, K. (2014). W: K. Kohutek, M. Sieradzka (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Kokkoris, I. (2007). The Development of the Concept of Collective Dominance in the European Community Merger Regulation. From its Inception to its Current Status. *World Competition: Law and Economics Review*, 30(3), 419–448.

¹³⁹ Dec. Prezesa UOKiK z 07.01.2021 r., op. cit., s. 38.

¹⁴⁰ Wyr. SPI z 14.12.2005 r. w sprawie T-210/01 *General Electric Company przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich* (ECLI:EU:T:2005:456), pkt 555.

- Majcher, K. (2022). Media Pluralism and Independence: Legal Assessments of the Agora/Eurozet and PKN Orlen/Polonia Press Transactions (Poland). *Journal of European Competition Law & Practice*, 13(6), 419–425. <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpab090>.
- Skoczny, T. i Kolasiński, M. (2014). W: T. Skoczny (red.), *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa: C.H. Beck.
- Skoczny, T. (2012). *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego.
- Stawicki, A. i Stawicki, E. (red.) (2016). *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Tsurumi, Y. i Tsurumi, H. (1999). Fujifilm-Kodak Duopolistic Competition in Japan and the United States. *Journal of International Business Studies*, 30(4), 813–830.
- UOKiK. (2003). *Problem nadużywania pozycji dominującej w świetle przepisów i orzecznictwa wspólnotowego*. Warszawa: UOKiK.
- Whish, R. i Bailey, D. (2021). *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.