

# WYROK

## W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 12 maja 2022 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie, XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów  
w składzie:

Przewodniczący –	<b>SSO Maciej Kruszyński</b>
Protokolant –	sekr. sąd. Magdalena Żabińska

po rozpoznaniu 28 kwietnia 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. w W.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

o wydanie zgody na dokonanie koncentracji

na skutek odwołania (...) S.A. w W., od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów numer DKK- (...) z dnia 7 stycznia 2021 roku

1. zmienia decyzję Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów numer DKK- (...) w ten sposób, że nadaje jej treść:

„na podstawie art. 18 w związku z art. 13 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275), po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego z wniosku (...) S.A. z siedzibą w W., Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wydaje zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) S.A. w W. kontroli nad (...) spółką z ograniczoną odpowiedzialnością w W.”;

2. stwierdza, że zaskarżona decyzja nie została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa;

3. zasądza od Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz (...) S.A. w W. kwotę 5 337 zł (pięć tysięcy trzysta trzydzieści siedem złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym 4 320 zł (cztery tysiące trzysta dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Maciej Kruszyński

## UZASADNIENIE

### I. Wniosek

1. Pismem z 28 października 2019 roku (...) S.A. z siedzibą w W. (dalej (...) lub „Powód”) zgłosiła zamiar koncentracji i wniosła o wydanie zgody na koncentrację mającą polegać na przejęciu przez (...) kontroli nad (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. (dalej (...)) – dalej: Koncentracja.

2. 28 października 2019 r. Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes UOKiK” lub „Pozwany”), po ustaleniu, że zachodzą przesłanki uzasadniające zgłoszenie Koncentracji, wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie Koncentracji.

## II. Decyzja

3. Decyzją nr (...) z 7 stycznia 2021 roku (dalej „Decyzja”), Prezes UOKiK, na podstawie art. 20 ust. 1 w związku z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086) – dalej „Ustawa”, po przeprowadzeniu postępowania antymonopolowego zakazał dokonania koncentracji, polegającej na przejściu przez (...) S.A. z siedzibą w W. kontroli nad (...) sp. z o.o. z siedzibą w W..

4. W uzasadnieniu Decyzji Prezes UOKiK wskazał, iż realizacja Koncentracji może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji. Podkreślił, że już w wystosowanych 9 listopada 2020 r., na podstawie art. 96a ust. 3 Ustawy zastrzeżeniach wobec planowanej Koncentracji Prezes Urzędu przedstawił argumentację przemawiającą za określeniem rynków właściwych w aspekcie produktowym oraz geograficznym, wskazał także, że w wyniku Koncentracji dojdzie do powstania silnej grupy radiowej, której istnienie może doprowadzić do zaburzeń w funkcjonowaniu konkurencji zarówno na poziomie krajowym, jak i na rynkach lokalnych.

5. Prezes ustalił, że Koncentracja wywiera w układzie horyzontalnym wpływ na:

- rynek rozpowszechniania programów radiowych na terenie Polski,
- lokalne rynki rozpowszechniania programów radiowych, obejmujące swym zasięgiem (co do zasady, następujące miasta i ich najbliższe okolice): Aglomeracja (...), B., C., K., L., L., Ł., O., P., R., S., T., T., W., W., W., Z., Z., powiat (...) (W.), powiat (...), (...) i (...),
- rynki lokalnej reklamy radiowej, obejmujące zasięgiem (co do zasady, następujące miasta i ich najbliższe okolice): Aglomeracja (...), B., K., L., Ł., P., T., W., W., Z..
- rynek ogólnopolskiej reklamy radiowej,
- krajowy rynek pośrednictwa w zakupie czasu reklamowego w lokalnych stacjach radiowych,.

6. Pozwany wskazał, że w wyniku Koncentracji na poziomie lokalnym dojdzie do skupienia w ramach jednego przedsiębiorcy znacznej części ograniczonych zasobów niezbędnych do świadczenia usług – częstotliwości, na które podmioty z łączących się grup posiadają koncesje, co oznacza że (...) będzie mogła lepiej niż konkurenci pozycjonować tematycznie swoje programy i lepiej dopasować je do grup słuchaczy, co wpłynie na lepsze dopasowanie programów, na możliwość lepszego dostosowania reklam do odbiorców, dzięki czemu uzyska ona przewagę konkurencyjną nad innymi nadawcami programów lokalnych i w efekcie podmiot ten będzie mógł wzmocnić swoją pozycję na rynkach reklamy radiowej.

7. Natomiast na lokalnych rynkach reklamy radiowej, łączny udział koncentrujących się podmiotów - na części z tych rynków - będzie wysoki (w 6 przypadkach przekraczający poziom 30%). W rynkach L. i P. udział skoncentrowanego przedsiębiorcy, przy uwzględnieniu udziałów konkurentów wskazuje na możliwość uzyskania pozycji dominującej (wynosi bowiem odpowiednio ok. 80-100% i ok. 40-50%). Udział ten przekracza poziom, z którym Ustawa wiąże posiadanie pozycji dominującej. Na niektórych rynkach grupa (...) spotykać się będzie z jednym konkurentem o wysokich udziałach rynkowych (rynek Ł., P. i W.); suma udziałów dwóch największych uczestników dla każdego z tych miast przekroczy 70%, co doprowadzi to do sytuacji zbliżonej do duopolu, w warunkach którego pojawić się może wiele niekorzystnych zjawisk dla konkurencji.

8. Potwierdzeniem znaczącego, skokowego wzrostu poziomu koncentracji są zmiany poziomów wskaźnika HHI analizowanych rynków lokalnych (dla rynku L. HHI wzrośnie o 2732 osiągając poziom 7694, dla rynku P. o 489

osiągając poziom 3351, Ł. o 363 osiągając poziom 3168, W. o 281 osiągając poziom 3371), co wskazuje, że poziom koncentracji na tych rynkach w wyniku koncentracji stanie się bardzo wysoki.

9. Analogicznie do sytuacji na lokalnych rynkach reklamy radiowej będzie wyglądać sytuacja na rynku reklamy krajowej. W wyniku Koncentracji powstanie podmiot dysponujący czasem antenowym odpowiadającym za wygenerowanie ok. 20-30% przychodów z ogólnopolskiej reklamy radiowej. Grupa ta wraz z największym podmiotem na rynku reklamy krajowej – grupą (...) posiadała będzie łączny udział w wysokości ok. 60-80%, zaś kolejny pod względem wielkości konkurent ok. 10-15%. W przypadku rynku krajowego jego struktura również będzie zbliżona do duopolu i jako taka oceniana powinna być jako mogąca doprowadzić do zaburzeń w funkcjonowaniu konkurencji.

10. W ocenie Prezesa UOKiK koncentracje prowadzące do powstania struktury rynku zbliżonej do duopolu mogą stwarzać zagrożenia dla funkcjonowania konkurencji. W przypadku istnienia dwóch podmiotów o znacznie silniejszej pozycji rynkowej od pozostałych konkurentów powstaje groźba zarówno pojawienia się efektów skoordynowanych, jak również postępującej marginalizacji pozostałych uczestników rynku.

11. Pozwany podkreślił, że działalność na rynkach radiowych może prowadzić tylko ograniczona liczba przedsiębiorców. Aby rozpowszechnić naziemnie programy radiowe niezbędne jest bowiem uzyskanie koncesji od KRRiT. Liczba możliwych do uzyskania koncesji na nadawanie programu drogą naziemną jest zaś dyktowana ograniczoną liczbą częstotliwości radiowych. Oznacza to, że faktyczne możliwości wejścia nowych podmiotów na rynek są znikome i do czasu bliżej niesprecyzowanego zastąpienia nadawania programu radiowego analogowo technologią cyfrową nie ma realnej możliwości wejścia na rynek nowych konkurentów dla uczestników koncentracji. W takich okolicznościach Prezes przyjął, że istniejąca zazwyczaj na rynkach presja ze strony potencjalnych konkurentów nie istnieje, a ewentualne negatywne skutki dla koncentracji będą jeszcze bardziej prawdopodobne (ponieważ nie będą im zapobiegały nowe wejścia na rynek lub ich groźba).

12. W odniesieniu do efektów skoordynowanych Pozwany wskazał, że ograniczenie liczby istotnych konkurentów do dwóch istotnie zwiększa prawdopodobieństwo, że podmioty te zrezygnują z intensywnej konkurencji i bez porozumienia realizować będą strategie niekorzystne dla kontrahentów.

13. Podkreślono, że rynek cechuje się przejrzystością, gdyż są dostępne bardzo szczegółowe dane o ilości, zleceniodawcach i miejscach emisji reklam radiowych (badania (...)). Tym samym dwa podmioty mające szczegółowe informacje na temat swojego zachowania rynkowego nie będą miały bodźców do intensyfikacji konkurencji pomiędzy sobą. W takiej sytuacji zarówno ceny mogą się utrzymywać na poziomie wyższym niż w przypadku braku Koncentracji, jak również inne warunki umów mogą być mniej korzystne dla reklamodawców lub pośredników.

14. Ponadto wskazano, że rynki reklamy z rozbudowanym i indywidualnie negocjowanym systemem przyznawania rabatów, wydają się podatne na tworzenie systemów rabatowych skłaniających reklamodawców do realizacji kampanii reklamowych w oparciu o stacje będące własnością największych podmiotów lub sprzedających swoje reklamy za ich pośrednictwem. Silne grupy radiowe, takie jak (...) lub, wzmocniona po koncentracji, (...) będą w stanie stworzyć takie reguły przyznawania retroaktywnych rabatów lub (...) (tzw. kickbacków) dla domów mediowych, że wszyscy największy reklamodawcy, jak również domy mediowe, będą korzystać wyłącznie z usług jednej z tych grup. Wobec powyższego spodziewać się należy, że po koncentracji istotnie wzrośnie możliwość oparcia kampanii na stacjach reprezentowanych przez dwa największe podmioty i w efekcie znacząco spadnie udział mniejszych uczestników rynku. Koncentracja spowodować więc może zaburzenie konkurencji oraz marginalizację pozostałych grup radiowych i stacji niezależnych.

15. Podkreślono również, że grupa (...), poza reklamą radiową posiada również istotne udziały w rynkach reklamy innego rodzaju, tj.: na rynkach reklamy zewnętrznej i kinowej. Wobec powyższego prawdopodobnym jest, że Grupa (...) będzie mogła tworzyć oferty łączące różne rodzaje reklamy i w ten sposób marginalizować nieposiadających takich możliwości konkurentów na rynku reklamy radiowej.

16. W podsumowaniu argumentów zawartych w uzasadnieniu Decyzji Prezes UOKiK wskazał, że zarówno w zakresie rozpowszechniania programów radiowych, jak i reklamy radiowej w wyniku Koncentracji dojdzie do powstania

oligopolu dwóch największych grup radiowych, tj. grupy (...) i grupy (...). Oligopol ten oznaczać będzie nie tylko silną pozycję na rynku ogólnopolskim, ale przede wszystkim zachwieje równowagą na dużo mniejszych rynkach lokalnych, ponieważ (...) będzie mogła tworzyć pakiety zarówno ogólnopolskie, jak i lokalne i eliminować pozostałe stacje ze swojej oferty reklamowej. Ponadto wzrośnie zagrożenie koordynacją zachowań na rynku reklamy radiowej. Jednocześnie (...) będąc obecną i posiadając mocną pozycję na innych rynkach reklamy, dodatkowo wzmocni swoją pozycję negocjacyjną w stosunku do reklamodawców.

17. Prezes UOKiK nie podzielił stanowiska (...), zawartego w piśmie z 20 grudnia 2020 roku, w którym Powód przedstawił swoje stanowisko wobec Zastrzeżeń Prezesa Urzędu.

18. Odnosząc się do zasadniczych argumentów (...) wskazał m.in., że nie zgadza się z zarzutem, iż nie została sformułowana kompletna teoria szkody. Teoria szkody, która może wyniknąć w skutek zgłoszonej Koncentracji została bowiem przedstawiona i wykazana w Zastrzeżeniach w części „Istotne ograniczenia konkurencji mogące mieć miejsce w wyniku koncentracji”, gdzie dowiedziono, że Koncentracja doprowadzi do sytuacji zbliżonej do duopolu zarówno na rynku krajowym, jak i na kilku rynkach lokalnych. Wskazano w szczególności na niebezpieczeństwo koordynacji zachowań duopolistów oraz marginalizacji pozostałych przedsiębiorców (innych niż duopolisci) wynikające m.in. z możliwości stworzenia agresywnego systemu rabatów.

W odniesieniu do zarzutu niestosowania się do Wyjaśnień Pozwany zauważył, że nie wiążą one innych organów administracji ani sądów, stanowią podsumowanie dotychczasowej praktyki orzeczniczej z zakresu materialnej oceny zgłaszanych koncentracji, a Prezes UOKiK uwzględni je, o ile w konkretnej sprawie nie wystąpią nowe okoliczności wpływające na konieczność ich uwzględnienia w przeprowadzanej analizie.

19. W ocenie Prezesa UOKiK obecna struktura rynku z kilkoma średniej wielkości konkurentami wobec lidera jest dla konsumentów bardziej korzystna niż struktura zbliżona do duopolu, która pojawiłaby się na rynku po koncentracji; co do zasady duopolistyczna struktura rynku nie jest korzystna dla funkcjonowania konkurencji i prowadzić może do koordynacji zachowań duopolistów, a ponadto – wbrew stanowisku zajętemu w toku postępowania przez (...) – dojdzie do istotnej zmiany struktury rynku, a co za tym idzie, wystąpienia zagrożeń wynikających z powstałej w wyniku koncentracji struktury rynku, w szczególności koordynacji zachowań duopolistów oraz marginalizacji pozostałych przedsiębiorców (po koncentracji zagrożenie marginalizacją pozostałych ich konkurentów będzie zdecydowanie bardziej prawdopodobne niż w obecnych realiach).

20. Prezes UOKiK wskazał, że obecna struktura rynku z jednym dużym podmiotem oraz kilkoma średniej wielkości konkurentami jest dla konsumentów bardziej korzystna niż struktura zbliżona do duopolu. Po koncentracji zagrożenie marginalizacją pozostałych konkurentów będzie zdecydowanie bardziej prawdopodobne niż w obecnych realiach, tj. gdy (...) ma ograniczone możliwości zmarginalizowania pozostałych uczestników rynku (jak wskazują domy mediowe, nie są one w stanie zbudować zasięgów w oparciu o jego stacje). Zdecydowanie bardziej prawdopodobne będzie zmarginalizowanie pozostałych uczestników przez duopolistów, którzy dysponować będą znacząco większą liczbą stacji dającą im możliwość emitowania większej liczby reklam, jak również znacząco ułatwią budowanie zasięgów bez udziału stacji mniejszych nadawców.

21. Prezes UOKiK nie zgodził się ze stanowiskiem (...), że po dokonaniu Koncentracji nie jest możliwe pogorszenie jakości stacji radiowych. Wskazał, że dla słuchaczy istotną wartością jest zróżnicowanie treści nadawanych w stacjach, a nie jakość pojedynczej stacji. Ujednolicanie wszystkich stacji posiadanych przez jeden podmiot wydaje się wysoce prawdopodobne chociażby w zakresie publicystyki. Ponadto stacje kontrolowane przez uczestników koncentracji tracą bodźce do konkurowania ze sobą, w związku z czym będą się spotykały z mniejszą presją na poprawianie jakości programów. Pojawiają się także bodźce do takiej modyfikacji programów, by nie konkurowały one bezpośrednio o tych samych słuchaczy.

22. Prezes UOKiK ustalając udział koncentrujących się przedsiębiorców w rynkach, doliczył do udziału (...) udziały rynkowe Pakietu Niezależnych w rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej (część czasu reklamowego tych podmiotów). Udziały ich zostały doliczone do udziału (...), ponieważ (...) ma wyłączność w sprzedaży tego czasu i samodzielnie

decyduje o cenach tego czasu (posiada wyłączność na oferowanie, razem w jednej ofercie pod nazwą Pakiet Niezależnych, czasu reklamowego tych stacji, przeznaczzonego na reklamę ogólnopolską, w ten sposób, że w każdej godzinie z dowolnych 12 minut na reklamę, (...) ma zarezerwowane 4 minuty w każdej z tych stacji. Pakiet ten wchodzi w skład głównych pakietów handlowych będących w ofercie biura reklamy grupy (...)). Umowa o współpracy w ramach Pakietu Niezależnych nie daje (...) prawa do wywierania jakiegokolwiek wpływu na działalność stacji niezależnych ani ich politykę handlową, jednakże z punktu widzenia reklamodawcy i domów mediowych, negocjujących z (...) stawki za wykorzystanie tego czasu reklamowego, nie ma różnicy, czy właścicielem stacji jest (...), czy któryś z nadawców należących do Pakietu Niezależnych.

23. Podobnie, biorąc od uwagę iż (...) jest wyłącznym dysponentem czasu w stosunku do Rozgłośni Diecezjalnych (...) oraz (...), postąpiono w stosunku do udziału tych podmiotów. Gdyby bowiem nie (...), oferta tych podmiotów nie zaistniałaby na rynku. Domy mediowe/reklamodawcy nie mogliby w inny sposób kupić czasu reklamowego stacji Pakietu Niezależnych, Rozgłośni Diecezjalnych (...) czy (...) przeznaczzonego na reklamę ogólnopolską. To (...) jest dysponentem czasu reklamowego reklamy ogólnopolskiej tych podmiotów. Tym samym przyjęte rozwiązanie pozwala uchwycić realną pozycję rynkową grupy (...).

24. Pozwany podkreślił, że ze względu na udziały rynkowe głównych uczestników tego rynku oraz niewielki w nim udział Pakietu Niezależnych, Rozgłośni Diecezjalnych (...) oraz (...) (łącznie ok. 0-5%), nieuwzględnienie ich w udziale (...) po Koncentracji nie wpływa na końcową ocenę struktury tego rynku.

25. Ponadto Prezes UOKiK wskazał, że dla rozważań opartych na koncepcji ukształtowania się struktury zbliżonej do duopolu na rynkach reklamy radiowej, przedstawione przez (...) analizy komplementarności ofert uczestników koncentracji nie mają znaczenia (nie ma znaczenia ewentualna względna bliskość koncentrujących się podmiotów w ramach rynku właściwego).

26. Domy mediowe nie są ostatecznym płatnikiem za media - to wzrost ogólnego poziomu cen za dane medium w niewielkim stopniu negatywnie oddziaływać będzie na ich funkcjonowanie. Z tego powodu nie należy się spodziewać silnej presji na obniżkę cen ze strony tych podmiotów.

27. Prezes uznał, iż nie musi być prawdziwe twierdzenie (...), że ograniczenie podaży czasu reklamowego nie jest w żadnym wypadku w interesie stacji radiowych ponieważ wiązałoby się z istotnymi stratami finansowymi, może bowiem wystąpić sytuacja, w której skoordynowane działania duopolistów doprowadzą do wyeliminowania konkurencji i pozwolą na podniesienie cen przy ograniczeniu podaży czasu reklamowego.

28. Za jedno z kluczowych zagrożeń uznał marginalizację pozostałych uczestników rynku, opierając się na założeniu dotyczącym zagrożenia dla konkurencji, iż po wykluczeniu konkurentów możliwa będzie realizacja zysków nadzwyczajnych, wskazując, iż koncepcja ta jest równie uzasadniona w przypadku podmiotów o pozycji dominującej, jak i podejmujących skoordynowane działania.

29. Pozwany nie zgodził się ponadto z argumentami (...), iż pewne okoliczności ograniczają możliwość wystąpienia efektów skoordynowanych tzn.

- różnica w udziałach w rynku pomiędzy (...) a grupą (...) po koncentracji;
- nietransparentność rynku wynikająca z nieznamości przez uczestników rynku reklamy cen transakcyjnych;
- różnice kosztowe po stronie (...) i (...);
- brak możliwości odnalezienia przez potencjalnych duopolistów odpowiadającego obu firmom rozwiązania („punktu skupienia”);
- brak elementu karzącego w przypadku działań skoordynowanych;

- presja cenowa domów mediowych.

30. Prezes UOKiK podkreślił, że na żadnym rynku (...) nie uzyska pozycji dominującej. Jedyne, że w rynkach L i P. udział skoncentrowanego przedsiębiorcy, przy uwzględnieniu udziałów konkurentów, wskazuje na możliwość uzyskania pozycji dominującej. W przypadku pozostałych rynków wskazano jedynie jak silny podmiot powstanie w wyniku Koncentracji. Wskazana okoliczność nie była kluczowa dla teorii szkody, na której oparte są rozważania Prezesa UOKiK, czyli dla możliwości pojawienia się efektów skoordynowanych na rynku o strukturze zbliżonej do duopolu (koordynacji zachowań duopolistów oraz marginalizacji pozostałych przedsiębiorców wynikające m.in. z możliwości stworzenia agresywnego systemu rabatów).

31. W zakresie efektów konglomeratowych Pozwany wskazał jedynie, że grupa (...), poza reklamą radiową, posiada również istotne udziały w rynkach reklamy innego rodzaju, wobec czego prawdopodobnym jest, że będzie mogła tworzyć oferty łączące różne rodzaje reklamy i w ten sposób marginalizować nieposiadających takich możliwości konkurentów na rynku reklamy radiowej. Prezes UOKiK zwrócił uwagę na możliwość wystąpienia takich ofert. Nie przesądził, że takie działania ze strony (...) będzie miało miejsce ale, wskazał, że biorąc pod uwagę potencjał (...), nie można tego wykluczyć.

32. W opinii Prezesa UOKiK, zasadnym było ograniczenie analizy rynku rozpowszechniania programów radiowych do programów rozpowszechnianych w sposób analogowy. Stacje rozpowszechniane cyfrowo nie mogą stanowić konkurencji dla stacji analogowych, gdyż do ich odbioru konieczne są odbiorniki innego typu, przez co grupy słuchaczy radia cyfrowego i analogowego postrzegać należy, co do zasady, jako rozłączne. Dodatkowo podkreślić należy, iż z technologii (...) korzysta głównie (...). Jak wynika z informacji zgromadzonych w toku postępowania, (...) nie rozważa zmiany technologii nadawania z technologii analogowej na (...) z uwagi na brak kompleksowego uregulowania dotyczącego wdrażania tej technologii.

33. (...) zgłosiła w toku postępowania propozycje umożliwiające Prezesowi ewentualne wydanie zgody na koncentrację. Prezes uznał, że zobowiązania te nie zapobiegłyby istotnemu ograniczeniu konkurencji, wynikającemu z niniejszej koncentracji, gdyż zaproponowany warunek w żaden sposób nie wpłynąłby na zmianę struktury rynku reklamy krajowej jaka nastąpiłaby po dokonaniu koncentracji. Łączny udział uczestników koncentracji na tym rynku po uwzględnieniu tego warunku spadłby bowiem o mniej niż 1 %. Warunek nie wpłynąłby również na strukturę zarówno lokalnych, jak i krajowego rynku rozpowszechniania programów radiowych, a zatem jego realizacja nie spowodowałaby, że konkurencja na tych rynkach nie zostanie istotnie ograniczona. Niekorzystna, powstała w wyniku niniejszej koncentracji, struktura na ww. rynkach nie uległaby zatem w praktyce zmianie.

34. Zastosowanie innego natomiast warunku mogłoby mieć niekorzystny wpływ na sytuację niektórych podmiotów na rynku. Bez partnera strategicznego, którym obecnie jest (...) istniałyby podmioty, które miałyby utrudnioną możliwość prowadzenia działalności w dotychczasowym zakresie, co w skrajnej sytuacji (niepozyskania nowego partnera) mogłoby prowadzić do zaprzestania przez nie działalności.

35. Prezes UOKiK wskazał, że brak jest podstaw do wydania decyzji wyrażającej zgodę na dokonanie Koncentracji na podstawie art. 18 Ustawy, oraz uznania, że zobowiązania zaproponowane przez (...) nie zapobiegłyby istotnemu ograniczeniu konkurencji, wynikającemu z Koncentracji.

36. Prezes UOKiK wskazał, że brak jest podstaw do wydania decyzji warunkowej, tzn. wydania zgody na Koncentrację po spełnieniu przez przedsiębiorcę warunków mających zniwelować negatywne skutki planowanej koncentracji w postaci istotnego ograniczenia konkurencji poprzez redukowaniem siły rynkowej przedsiębiorców objętych koncentracją. Nie znalazł bowiem możliwości zastosowania jakichkolwiek warunków, które można byłoby uznać za odpowiednie, tzn. takie, które w sposób całkowity i satysfakcjonujący eliminowałyby zakłócenia konkurencji zidentyfikowane na rynkach rozpowszechniania programów radiowych oraz reklamy radiowej (art. 19 ust. 1 i ust. 2 Ustawy).

37. Pozwany nie znalazł również uzasadnienia dla odstąpienia od zakazu Koncentracji na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 20 ust. 2 Ustawy.

### III. Odwołanie

38. Odwołaniem z 8 lutego 2021 roku (...) S.A. w W. zaskarżyła Decyzję w całości.

Decyzji zarzucono:

**1. Naruszenie art. 20 ust. 1 Ustawy poprzez błędną interpretację tego przepisu przez Prezesa UOKiK i w konsekwencji jego niewłaściwe zastosowanie, polegające na zakazaniu Koncentracji w wyniku wadliwego przeprowadzenia testu istotnego ograniczenia konkurencji i błędnego przyjęcia, że na skutek Koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, podczas gdy prawidłowa interpretacja art. 20 ust. 1 Ustawy prowadzi do uznania, że na skutek Koncentracji nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na żadnym rynku.**

**2. Naruszenie art. 18 Ustawy poprzez błędną interpretację tego przepisu przez Prezesa UOKiK i w konsekwencji jego niezastosowanie w wyniku błędnego przyjęcia, że na skutek Koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, podczas gdy prawidłowa interpretacja art. 18 Ustawy prowadzi do uznania, że na skutek Koncentracji nie dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji na żadnym rynku, a w efekcie Prezes UOKiK był zobowiązany do wydania zgody na dokonanie Koncentracji na podstawie art. 18 Ustawy.**

**3. Naruszenie art. 233 k.p.c. w zw. z art. 227 k.p.c. w zw. z art. 7 k.p.a. oraz w zw. z art. 84 Ustawy poprzez:**

(i) błędne i sprzeczne z zebraniem materiałem dowodowym, ustalenie przez Prezesa UOKiK, że na skutek Koncentracji dojdzie do powstania sytuacji quasi-duopolu na rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej oraz rynkach lokalnej reklamy radiowej w Ł., P. i W., dokonane w rezultacie nieprawidłowej oceny danych rynkowych oraz pominięcia przez Prezesa UOKiK faktów istotnych dla ustalenia istotnego ograniczenia konkurencji, w szczególności poprzez nieuwzględnienie w Decyzji następujących okoliczności:

a. na rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej (...) jest i pozostanie po Koncentracji silnym liderem rynku z udziałem bliskim progu prawnego domniemania pozycji dominującej tj. 40% (38,9%) [ tu i dalej dane za rok 2019, chyba że wskazano inaczej], a dystans pomiędzy (...) a łącznym udziałem (...) i (...) po Koncentracji wyniesie ponad 13 p.p., a także że na tym rynku obecni będą nadal inni znaczący konkurenci, w tym podmioty posiadające istotny udział w rynku: (...) (13,1%) oraz (...) (10,4%);

b. na rynku lokalnej reklamy radiowej w Ł. i W. (...) jest i pozostanie podmiotem posiadającym pozycję dominującą na rynku (udział ponad 40%), natomiast w odniesieniu do P. przyrost udziału (...) jest na niskim poziomie (6 p.p.), a ponadto na rynkach tych rynku obecni będą nadal inne jeszcze konkurenci, w tym (...) z udziałem na poziomie 10-15%;

c. w opinii domów mediowych będących głównymi odbiorcami czasu reklamowego, wyrażonych w ramach badania rynku przeprowadzonego przez Prezesa UOKiK, Koncentracja nie wpłynie na stan konkurencji na rynku radiowym w Polsce, a rynek reklamy ogólnopolskiej zdominowany jest przez (...),

podczas gdy prawidłowo przeprowadzona i dokonana ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego, prowadzi do ustalenia, że na skutek Koncentracji nie powstanie na tych rynkach struktura quasi-duopolistyczna, ani tym bardziej duopolistyczna;

(ii) błędne, sprzeczne z zebraniem materiałem dowodowym, ustalenie przez Prezesa UOKiK, że po Koncentracji charakterystyka rynków reklamy radiowej umożliwi koordynację zachowań dwóch największych konkurentów, mającą w szczególności na celu podwyższenie cen za czas reklamowy (wystąpienie efektów skoordynowanych) poprzez

przyjęcie błędnych ustaleń, nie mających pokrycia w okolicznościach rynkowych wynikających z zebranego w sprawie materiału dowodowego, że: (a) siła rynkowa (...) oraz (...) po Koncentracji będzie symetryczna, (b) rynki reklamy radiowej cechują się przejrzystością pozwalającą na koordynację, (c) brak jest pomiędzy (...) i (...) asymetrii kosztowej, (d) istnieją punkty skupienia umożliwiające zachowanie koordynacji, (e) podmioty po stronie zakupowej nie mają siły negocjacyjnej, która przeciwdziałałaby ewentualnym próbom koordynacji, (f) rynki reklamy w innych mediach niż radio nie wywierają presji konkurencyjnej na rynki reklamy radiowej;

podczas gdy prawidłowo przeprowadzona ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego, prowadzi do ustalenia, że cechy rynków reklamy radiowej nie pozwalają na wystąpienie koordynacji zachowań konkurentów i okoliczność ta nie ulegnie żadnej zmianie na skutek Koncentracji;

( (...)) błędne, sprzeczne z zebraniem materiałem dowodowym i nieoparte żadnymi dowodami, ustalenie przez Prezesa UOKiK (przy czym ustalenia te zostały dokonane na podstawie wcześniejszego błędnego ustalenia, że (...) oraz (...) będą zdolne do koordynacji swoich zachowań), że na skutek zgłaszanej Koncentracji (...) oraz (...) będą mogły marginalizować pozostałe grupy radiowe i stacje niezależne w szczególności poprzez:

- a. stworzenie przez (...) oraz (...) takich reguł przyznawania retroaktywnych rabatów lub bonusów dla domów mediowych, że wszyscy najwięksi reklamodawcy, jak również domy mediowe będą korzystać wyłącznie z usług jednego z tych podmiotów,
- b. obniżanie przez (...) oraz (...) cen w celu marginalizacji konkurencji,
- c. oferty pakietowe (wiązane oferty wielomediowe),

podczas gdy prawidłowo przeprowadzona ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego, prowadzi do ustalenia, że nie zachodzi prawdopodobieństwo koordynacji na skutek Koncentracji jak również że strategia niskich cen byłaby zarówno nieracjonalna ekonomicznie jak i przeciwnie skuteczna, gdyż nie mogłaby w trwały sposób wyeliminować lub zmarginalizować konkurentów;

(iv) błędne, sprzeczne z zebraniem materiałem dowodowym, ustalenie przez Prezesa UOKiK, że warunkach quasi-duopolu może pojawić się wiele niekorzystnych zjawisk dla konkurencji oraz że sytuacja taka powinna być oceniana jako mogąca prowadzić do zaburzeń w funkcjonowaniu konkurencji,

podczas gdy brak jest w materiale dowodowym jakichkolwiek podstaw do stwierdzenia, że niebezpieczeństwa te mogą się zmaterializować na skutek Koncentracji;

(v) błędne ustalenie, że w następstwie Koncentracji w sprawie występuje możliwość tworzenia lub umacniania siły rynkowej połączonych przedsiębiorstw, dokonane jedynie na podstawie przekroczenia progów poziomów koncentracji rynku mierzonych wskaźnikiem H. - H. oraz progów zmian tego wskaźnika, określonych w Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03);

podczas gdy analiza HHI nie jest wystarczająca do stwierdzenia takiego ustalenia, a jednocześnie brak jest w materiale dowodowym jakichkolwiek podstaw do analiz ekonomicznych potwierdzających możliwość tworzenia lub umacniania siły rynkowej połączonych przedsiębiorstw;

(vi) błędną ocenę Prezesa UOKiK, że analiza liczby wydanych koncesji (częstotliwości) i liczenie udziału w ich liczbie na określonych rynkach lokalnych jest właściwa do oceny siły rynkowej (...) po Koncentracji oraz struktury rynków rozpowszechniania czy reklamy radiowej, w sytuacji gdy liczba koncesji i udział w liczbie koncesji posiadanych przez nadawców nie może przełożyć się na siłę danego nadawcy, a ponadto Prezes UOKiK pominął w swojej analizie inne istotne parametry koncesji takie jak parametry techniczne stacji nadawczej, zasięg stacji nadawczej i liczba mieszkańców znajdujących się w zasięgu programu radiowego,



podczas gdy prawidłowo przeprowadzona ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego, prowadzi do wniosku, że liczba posiadanych koncesji (częstotliwości) i udział procentowy w liczbie koncesji na danym rynku, nie ma znaczenia dla ustalenia siły rynkowej nadawcy oraz struktury rynków rozpowszechniania czy reklamy radiowej;

(vii) błędne, niewynikające z zebranego materiału dowodowego oraz sprzeczne z logiką, a także wewnętrznie sprzeczne ustalenie przez Prezesa UOKiK, że na skutek zgłaszanej Koncentracji możliwe będzie pogorszenie jakości stacji radiowych oraz ujednolicanie ich treści (np. w zakresie publicystyki), a także polepszenie tej jakości na skutek prób ograniczenia podaży czasu reklamowego, przy czym ustalenia te opierają się wyłącznie na poglądach Prezesa UOKiK i przeczą sobie nawzajem, a nadto pomijają fakt, że rynek rozpowszechniania programów radiowych jest rynkiem dwustronnym, a zatem pogorszenie jakości audycji lub ograniczenie podaży czasu reklamowego wpłynęłoby na rynek reklamy radiowej, a w rezultacie na przychody (...) z reklam, co byłoby sprzeczne z interesem (...),

podczas gdy prawidłowo przeprowadzona ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego, w tym a wskazane przez (...) przykłady prób pogorszenia jakości audycji w przeszłości (również pominięte przez Prezesa UOKiK) prowadzi do wniosku, że wszelkie próby pogorszenia jakości audycji lub podaży czasu reklamowego byłyby irracjonalne i sprzeczne z interesem gospodarczym (...);

- co miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ pomimo posiadania wyczerpującego materiału dowodowego, Prezes UOKiK błędnie ustalił stan faktyczny i charakterystykę rynków radiowych oraz procesów rynkowych zachodzących na nich i w rezultacie błędnie uznał, że w wyniku Koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona w rozumieniu art. 20 ust. 1 Ustawy, co skutkowało wydaniem błędnej Decyzji, podczas gdy prawidłowo przeprowadzona i dokonana zgodna z zasadami logiki ocena zgromadzonego materiału dowodowego, prowadzi do wniosku, że na skutek Koncentracji nie wystąpi istotne ograniczenie konkurencji na rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej oraz rynkach lokalnej reklamy radiowej.

4. Naruszenie art. 233 k.p.c. brak wszechstronnej oceny dowodów zawartych w aktach postępowania administracyjnego, przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów i wyprowadzeniu z materiału dowodowego wniosków z niego niewynikających, co polegało na:

(i) błędnym, sprzecznym z zebraniem materiałem dowodowym przyjęciem, że rynki rozprzestrzeniania programów radiowych od strony produktowej powinny być ograniczone jedynie do nadawania analogowego, z pominięciem nadawania cyfrowego (D.+) i radia internetowego, dokonany w rezultacie pominięcia ogólnodostępnych danych, w szczególności danych Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (KRRiT) dot. faktycznego wykorzystania technologii D.+ dla rozpowszechniania programów radiowych oraz danych dot. rozwoju rozgłośni internetowych w Polsce, co w konsekwencji doprowadziło do wewnętrznej sprzeczności Decyzji, bowiem dane o słuchalności, które stanowiły podstawę do obliczenia udziałów uczestników rynku reklamy radiowej (dane Radio (...)), uwzględniają dane z rozgłośni nadających drogą cyfrową i internetową;

podczas gdy prawidłowo przeprowadzona ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego prowadzi do uznania, że rynki rozpowszechniania programów radiowych, obejmują nadawanie analogowe (...), cyfrowe (D.+) oraz radia internetowe i nie istnieją istotne bariery wejścia na rynek związane z istotnie ograniczonym dostępem do możliwości nadawania programu radiowego;

(ii) błędnym przyjęciu, że istnieją istotne bariery rynkowe, które nie pozwalają na wejście na rynek rozpowszechniania programów radiowych nowych uczestników, dokonany w rezultacie pominięcia ogólnodostępnych danych, w szczególności danych (...), dot. ilości wolnych częstotliwości i ogłoszonych konkursów na uzyskanie koncesji, faktycznego wykorzystania technologii D.+ dla rozpowszechniania programów radiowych oraz ogólnodostępnych informacji o rozwoju radia internetowego w Polsce;

podczas gdy prawidłowo przeprowadzona ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego, powinna prowadzić do uznania, że nie istnieją istotne bariery wejścia na rynek, które mogłyby intensyfikować siłę rynkową (...) po dokonaniu Koncentracji.

( (...)) błędnym przyjęciu, że udział grupy (...) w rynkach reklamy radiowej powinien zostać powiększony o udział 9 Rozgłośni Diecezjalnych (...), (...) Współpraca oraz tzw. Pakietu Niezależnych, dokonany w rezultacie błędnej oceny stosunków obligacyjnych łączących (...) z kościelnymi osobami prawnymi - nadawcami Rozgłośni Diecezjalnych (...) i z niezależnymi rozgłościami zrzeszonymi w ramach tzw. Pakietu Niezależnych oraz pominięciu okoliczności, że (a) wskazane podmioty nie należą do grupy kapitałowej (...), (b) (...) występuje wyłącznie w roli pośrednika, (c) niniejsze podmioty kształtują swoją działalność niezależnie od (...), (d) (...) nie sprzedaje czasu reklamowego Radia (...) w ramach lokalnych kampanii radiowych, co w konsekwencji doprowadziło do zawyżenia udziałów uczestników koncentracji w ogólnopolskim i lokalnych rynkach reklamy radiowej,

podczas gdy prawidłowo przeprowadzona ocena zgromadzonego w sprawie, wyczerpującego materiału dowodowego, prowadzi do uznania, że udziały w rynkach reklamy radiowej 9 Rozgłośni Diecezjalnych (...) oraz tzw. Pakietu Niezależnych nie mogą być zaliczane do udziałów rynkowych (...), a w konsekwencji udział (...) na poszczególnych rynkach reklamy radiowej powinien być niższy oraz miasto L. nie może być uznana za wspólny rynek reklamy radiowej dla uczestników koncentracji,

- co miało istotny wpływ na wynik sprawy, gdyż istotnie zniekształciło przyjęte przez Prezesa UOKiK istotne założenia wpływające na analizę struktury konkurencji na rynku, co w konsekwencji doprowadziło do błędnego ustalenia przez Prezesa UOKiK, że w wyniku zgłaszanej Koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, i skutkowało błędnym zastosowaniem art. 20 ust. 1 Ustawy.

5. Naruszenie art. 7, 8, 9 10 k.p.a. w zw. z art. 83 Ustawy poprzez naruszenie podstawowych zasad prowadzenia postępowania administracyjnego – zasady pogłębiania zaufania do władzy publicznej, zasady informowania stron i zasady zapewnienia stronie czynnego udziału w postępowaniu, co polegało na:

(i) naruszeniu zasady uzasadnionych oczekiwań strony, co do prawa kontaktu z Prezesem UOKiK i zasady czynnego udziału strony w postępowaniu oraz odstąpienie przez Prezesa UOKiK od utrwalonej praktyki i standardów zapewniających bezpośredni kontakt ze stroną postępowania, określonych w ogłoszonych przez pozwanego Wyjaśnieniach w sprawie reguł kontaktów z przedsiębiorcami w związku z kompetencjami orzecznictwami Prezesa UOKiK poprzez wydanie Decyzji w przeddzień ustalonego spotkania przedstawicieli powoda z przedstawicielami Prezesa UOKiK, na którym powód miał przedstawić dalsze propozycje warunków;

(ii) uniemożliwienie powodowi czynnego udziału w postępowaniu przed Prezesem Urzędu przejawiające się w braku poinformowania powoda o zakończeniu postępowania oraz uniemożliwienie powodowi ostatecznego wypowiedzenia się, co do zebranych dowodów i materiałów oraz uniemożliwienia wypowiedzenia się co do wszystkich argumentów stanowiących podstawę wydania Decyzji;

( (...)) odstąpieniu przez Prezesa UOKiK od utrwalonej praktyki rozstrzygania spraw w przedmiocie kontroli koncentracji poprzez nieuzasadnione odstąpienie od standardów badania wpływu koncentracji na stan konkurencji na rynku, określonych w Wyjaśnieniach Prezesa UOKiK, co do oceny zgłaszanych koncentracji;

(iv) odstąpieniu przez Prezesa UOKiK od utrwalonego standardu rozstrzygania spraw w przedmiocie kontroli koncentracji poprzez uzasadnienie rozstrzygnięcia zawartego w Decyzji w oparciu o poglądy i opinie Prezesa UOKiK zamiast w oparciu o analizy ekonomiczne;

- co miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ pomimo zebrania pełnego materiału dowodowego, skutkowało zaniechaniem podjęcia wszelkich niezbędnych czynności do dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy i niewłaściwym wydaniem przez pozwanego zakazu dokonania Koncentracji.

6. Naruszenie art. 19 ust 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 20 i 22 Konstytucji RP poprzez jego nie zastosowanie i w efekcie wydanie błędnej Decyzji.

7. Naruszenie art. 19 ust 1 i 2 Ustawy w zw. z art. 20 i 22 Konstytucji RP poprzez przyjęcie, że do Koncentracji nie można zastosować warunków, podczas gdy - nawet gdyby w wyniku prawidłowo przeprowadzonej analizy Prezes UOKiK stwierdził istnienie istotnego ograniczenia konkurencji, to zobowiązany był zastosować art. 19 ust 1 i 2 Ustawy poprzez nałożenie na (...) obowiązków.

8. Naruszenie art. 4 pkt 9 Ustawy poprzez jego błędne zastosowanie polegające na przyjęciu, że w aspekcie geograficznym rynkiem właściwym, wspólnym dla uczestników Koncentracji, jest rynek rozpowszechniania programów radiowych na terenie Polski, podczas gdy na tak wyznaczonym rynku nie istnieją homogeniczne warunki konkurowania, co uzasadniania wniosek, że rynek rozpowszechniania programów radiowych w aspekcie geograficznym ma wymiar wyłącznie lokalny.

9. Naruszenie prawa materialnego, tj. art. 63 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej przez jego nie zastosowanie polegające na wydaniu decyzji administracyjnej zakazującej dokonanie Koncentracji, a w konsekwencji ograniczającej swobodę przepływu kapitału pomiędzy państwami członkowskimi.

10. Naruszenie prawa materialnego, tj. art. 4 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zw. z art. 2 ust. 2 rozporządzeniem Rady nr (...) z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji pomiędzy przedsiębiorcami (Dz. Urz. UE L 24/1 z 29.01.2004 ze zm.) w zw. z art. 18 Ustawy poprzez błędną wykładnię przedmiotowych przepisów, w tym brak prounijnej wykładni przepisów prawa polskiego ustanawiających w ślad za prawodawstwem unijnym materialne przesłanki oceny Koncentracji przedsiębiorców, co skutkowało naruszeniem tzw. zasady lojalnej współpracy państw członkowskich Unii Europejskiej polegającym na przeprowadzeniu testu istotnego ograniczenia konkurencji z art. 20 ust 1 Ustawy, który jest tożsamy z testem istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji zawartym w art. 2 ust. 2-3 Rozporządzenia Rady nr 139/2004 w sposób sprzeczny z wymogami prawa unijnego.

#### Wnioski odwołania

39. Powód wniósł o zmianę Decyzji w całości poprzez wydanie zgody na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) S.A. z siedzibą w W. kontroli nad (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., na podstawie art. 18 Ustawy, ze względu na to, że w jej wyniku konkurencja na rynku nie zostanie istotnie ograniczona, w szczególności przez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku;

40. Powód wniósł o stwierdzenie na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 zd. 2 k.p.c., że Decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa;

41. Powód wniósł o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według spisu kosztów, który zostanie złożony na rozprawie, a w razie jego nie złożenia, według norm przepisanych, przy czym w każdym wypadku kosztów zastępstwa procesowego według 6-krotności stawki minimalnej ze względu na znaczny wkład pełnomocników powoda w wyjaśnienie sprawy i ze względu na wartość przedmiotu sprawy, a co najmniej w wysokości przewyższającej stawkę minimalną, zgodnie z § 15 ust. 3 Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 22 października 2015 r. w sprawie opłat za czynności adwokackie (Dz.U. z 2015 r., poz. 1800) wraz z odsetkami ustawowymi w wysokości odsetek za opóźnienie w spełnieniu świadczenia pieniężnego od dnia uprawomocnienia się orzeczenia, w którym te koszty zostaną zasądzone, do dnia zapłaty.

#### IV Stanowiska stron w toku procesu.

42. Powód (...) S.A. podtrzymał swoje stanowisko zawarte w Odwołaniu.

43. Pozwany Prezes UOKiK podtrzymał swoje stanowisko zawarte w Decyzji. Na rozprawie w dniu 25 listopada 2021 roku doprecyzował, że u podstaw odmowy na dokonanie Koncentracji leżało prawdopodobieństwo wystąpienia

skutków skoordynowanych na części rynków, które zidentyfikowano jako rynki, na które wpływ będzie miała Koncentracja, tj. na rynku ogólnopolskim reklamy radiowej oraz na rynkach lokalnych reklamy radiowej w Ł., P. i W..

#### V. Ustalenia Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Ustalenia obejmują fakty istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia (art. 227 k.p.c.), a zatem dotyczą przesłanek wskazanych przez Prezesa jako stanowiące podstawę wydania zakazu Koncentracji. Sąd zatem nie zajmował się ustaleniami dotyczącymi innych rynków na które wpływ ma Koncentracja niż te, które wskazane zostały przez Prezesa UOKiK jako rynki, na których wystąpi zagrożenie konkurencji.

#### Fakty bezsporne

#### 44. Uczestnicy Koncentracji

(...) (aktywny uczestnik Koncentracji) - prowadzi działalność wydawniczą (obejmującą wydawanie Gazety (...), czasopism, wydawnictw periodycznych oraz książkowych), internetową oraz poligraficzną.

(...) stoi na czele grupy kapitałowej, w skład której wchodzi 23 spółki zależne prowadzące działalność m.in. w zakresie:

- prowadzenia stacji radiowych, poprzez:
- Grupę Radiową (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. – stacje: R. (...)Radio, Radio (...) poza miastem W. i Radio (...),
- (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - stacja Radio (...) na terenie W.,
- (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - stacja Radio (...),
- serwisów muzycznych,
- poligrafii,
- reklamy zewnętrznej,
- prowadzenia kin,
- serwisów i portali internetowych ((...), (...), (...), (...), (...)),
- sprzedaży emisji reklam,
- restauracji,
- zarządzania powierzchnią reklamową i optymalizacji przychodów z reklamy,
- produkcji filmowej,
- dystrybucji polskich produkcji filmowych.

Do grupy (...) należą następujące stacje radiowe:

- (...) - stacja ponadregionalna - jedna koncesja na wszystkie lokalizacje,
- Radio (...) - stacje lokalne - koncesje lokalne,
- Radio (...) - stacje lokalne - koncesje lokalne,
- (...) Radio - stacje lokalne - koncesje lokalne.

(...) jest spółką publiczną notowaną na Giełdzie Papierów Wartościowych w W..

(...) (pasywny uczestnik Koncentracji) - prowadzi działalność w szczególności w zakresie sprzedaży czasu reklamowego (w Radiu (...), (...), (...), (...), Radiu (...); sprzedaż Pakietu Niezależnych), pośrednictwa w sprzedaży czasu reklamowego w radiu, produkcji reklam w tym w szczególności reklam audio oraz zapowiedzi głosowych, a także tworzenia i zarządzania serwisami internetowymi, w tym głównie „(...)” oraz sprzedaży reklam w tych serwisach i działalności eventowej.

Udziałowcami (...) są:

- (...) s.r.o. z siedzibą w P., C. - 60% udziałów uprawniających do 60% głosów na zgromadzeniu wspólników,
- (...) - 40% udziałów uprawniających do 40% głosów na zgromadzeniu wspólników.

(...) stoi na czele grupy kapitałowej, w skład której wchodzi:

- (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - doradztwo gospodarcze (wspieranie działalności spółek z Grupy (...)), tworzenie kontentu na strony www,
- (...) RADIO sp. z o.o. z siedzibą w W. - nadawca Radia (...), C., (...), A., tworzenie kontentu na strony www organizacja loterii audiotekstowych,
- RADIO (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - świadczenie usług wspierających nadawanie programu radiowego przez Archidiecezję (...) (Radio (...)), w tym zakup czasu reklamowego od Archidiecezji (...), sprzedaż czasu reklamowego, działalność telekomunikacyjna,
- Fundacja Radia (...) z siedzibą w W. - organizacja charytatywna,
- RADIO (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - udzielanie licencji na znak towarowy Radio (...), nabywanie licencji na program radiowy od Spółki (...) i udzielanie licencji na taki program radiowy spółkom Radio (...) (...) sp. z o.o. oraz Radio (...) sp. z o.o., tworzenie programu radiowego i udzielanie licencji na taki program radiowy spółkom Radio (...) (...) sp. z o.o. oraz Radio (...) sp. z o.o.,
- RADIO (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - świadczenie usług wspierających nadawanie programu radiowego przez Archidiecezję G. ((...) G.), (...) (...) B., Archidiecezję (...) ((...) G.), Diecezję Z. – (...) ((...) G., (...) Z. i (...) G.); w tym zakup czasu reklamowego od poszczególnych kościelnych osób prawnych, sprzedaż czasu reklamowego, działalność telekomunikacyjna,
- Spółka (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - produkcja programu radiowego przeznaczonego dla stacji radiowych Radio (...), udzielanie licencji na ten program spółkom Radio (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. oraz (...) sp. z o.o. oraz prowadzenie działań promocyjnych związanych z (...) sp. z o.o. oraz Radio (...),

Do grupy (...) należą następujące stacje radiowe:

- Radio (...) – stacja ogólnopolska, prowadzi działalność na terenie całej Polski – koncesja ogólnopolska,
- (...) - stacja ponadregionalna – jedna koncesja na wszystkie lokalizacje z wyjątkiem Aglomeracji (...) - koncesja lokalna,
- (...) - stacje lokalne - koncesje lokalne,
- (...) - stacje lokalne - koncesje lokalne.

(...) współpracuje z kościelnymi osobami prawnymi, tj.: Archidiecezją G., Archidiecezją (...), Archidiecezją (...), Diecezją Z. (...) oraz (...) z siedzibą w B. - rozpowszechniającymi, na podstawie koncesji lokalnych, programy radiowe. Spółki z grupy (...) świadczą dla tych Diecezji usługi. (...) współpracuje także z Diecezją (...) i Diecezją (...) (dalej (...)). Współpraca z Diecezjami obejmuje rozgłoszenie nadające program pod nazwą Radio (...) w: G., G., W., Z., G., G., B., L. i R.. Diecezje udostępniają grupie (...) całość przysługującego czasu reklamowego w czasie antenowym.

Dodatkowo (...) ma zawarte umowy z nadawcami rozpowszechniającymi (...) w I. (nadawcą jest Radio (...) sp. z o.o.); O., M., O. (nadawcą jest Fundacja (...)) oraz D. (nadawcą jest Radio (...) sp. z o.o.). Przy czym dysponuje wyłącznością na czas reklamowy w (...) M. (O.) oraz 95% czasu reklamowego (...) 96,4 (D.).

(...) współpracuje także ze stacjami należącymi do Pakietu Niezależnych - porozumienia handlowego niezależnych lokalnych stacji radiowych i (...). W skład Pakietu od 1 kwietnia 2019 r. wchodzi 58 rozgłośni lokalnych. Wyłącznym przedstawicielem handlowym Pakietu Niezależnych jest Biuro (...). (...) posiada wyłączność na oferowanie, razem w jednej ofercie/pakiecie pod nazwą Pakiet Niezależnych, czasu reklamowego tych stacji, przeznaczonego na reklamę ogólnopolską, w ten sposób, że w każdej godzinie z dowolnych 12 minut na reklamę, (...) ma zarezerwowane 4 minuty w każdej z tych stacji. Pakiet ten wchodzi w skład głównych pakietów handlowych będących w ofercie biura reklamy grupy (...). Umowa wiążąca (...) ze stacjami Pakietu Niezależnych nie powoduje, że (...) posiada wyłączność w zakresie zakupu czasu reklamowego tych stacji. (...) w 2018 r., w pasmach poniedziałek-piątek w godz. 7:00 - 18:00 czasu reklamowego stacji wchodzących w skład Pakietu Niezależnych, sprzedawał 26,6% czasu (przy założeniu, że stacja miała limit 12 minut reklam w godzinie), a w 2019 r. przy tych samych założeniach 25% czasu.

#### Przyczyny koncentracji

45. Planowana koncentracja została zgłoszona w trybie art. 13 ust. 2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i polega na przejęciu przez (...) kontroli nad (...) poprzez nabycie 60% udziałów w (...). W wyniku transakcji, łącznie z już posiadanymi przez (...) 40% udziałów w (...), (...) będzie posiadać 100% udziałów w (...) oraz głosów na zgromadzeniu wspólników tej Spółki. Dla (...), która jest obecna na polskim rynku medialnym od 30 lat, nabycie pakietu kontrolnego grupy (...) oznacza realizację strategii w zakresie rozwoju obecnie posiadanego biznesu medialnego.

46. Rynki właściwe, na które Koncentracja wywiera wpływ i na których - wg Prezesa UOKiK – Koncentracja zagraża konkurencji:

- rynek ogólnopolskiej reklamy radiowej
- lokalne rynki reklamy radiowej - w Ł., W. i P..

47. Prezes UOKiK ustalił również, że Koncentracja wywiera wpływ na inne rynki w układzie horyzontalnym (vide uzasadnienie pkt 4) – wpływ na nie nie jest objęty niniejszym sporem.

48. Udział w czasie słuchania programów radiowych wg grup kapitałowych w roku 2018 wynosił:

49. Udział w czasie słuchania programów radiowych wg grup kapitałowych w roku 2019 wynosił:

50. Udziały rynkowe uczestników koncentracji oraz ich głównych konkurentów w lokalnych rynkach rozpowszechniania programów radiowych w 2018 r., na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym, biorąc pod uwagę czas słuchania.

<b>rynek</b>	<b>udział w rynku (w %)</b>	

(...)	(...)	(...)	<i>pozostali</i>	(...)	(...)	<i>łącznie Agora+ (...)</i>	
(...)	17	27	17	9	19	10	29
P.	20	20	18	5	13	24	37
W.	21	13	25	5	15	21	36

51. Udziały rynkowe uczestników koncentracji oraz ich głównych konkurentów w rynku lokalnej reklamy radiowej w 2018 r. w poszczególnych miastach, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym.

Uszczegółowione dane zawarte są w wersji niejawniej Decyzji (tabela nr 6 k. 17 Decyzji – koperta k. 6 akt).

<i>miasto</i>	<i>udział w rynku (w %)</i>								
(...)	(...)	(...) Diecezje	(...)(...) (...) <b>Diecezje</b>	(...) +franczyza	(...)	rozgłośnie (...)	Inny / kolejny	Łączny udział uczestników koncentracji oraz największego konkurenta	
(...)	20-30	5-10		<b>30-40</b>	40-50		15-20	10-15	70-90
P.	30-40	5-10		<b>40-50</b>	30-40	5-10	15-20	0-5	70-90
W.	20-30	0-5		<b>30-40</b>	40-50	0-5	15-20		70-90

52. Udziały rynkowe uczestników koncentracji oraz ich głównych konkurentów w rynku lokalnej reklamy radiowej w 2019 r. w poszczególnych miastach, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym.

Uszczegółowione dane zawarte są w wersji niejawniej Decyzji (tabela nr 7 k. 17 Decyzji – k. 6 akt).

<i>miasto</i>	<i>udział w</i>								
---------------	---------------------	--	--	--	--	--	--	--	--

	<b>ryнку (w %)</b>								
(...)	(...)	(...) Diecezje	(...)(...) (...) <b>Diecezje</b>	(...) franczyza	(...)	rozgłoszenie (...)	Inny/ inny	Łączny udział uczestników koncentracji oraz największego konkurenta	
(...)	20-30	5-10		<b>30-40</b>	40-50		15-20	10-15	70-90
P.	30-40	5-10		<b>40-50</b>	30-40	5-10	10-15	0-5	70-90
W.	20-30	0-5		<b>30-40</b>	40-50	0-5	15-20		70-90

53. Wskaźnik HHI oraz zmiana wskaźnika HHI w 2019 r. dla rynków lokalnej reklamy radiowej w 2019 r. w poszczególnych miastach, na które koncentracja wywiera wpływ w układzie horyzontalnym oraz jego zmiana w 2019 roku.

<b>miasto</b>	<b>HHI</b>	<b>zmiana HHI</b>	
<b>przed</b>	<b>po</b>		
(...)	2804	3168	363
P.	2863	3351	489
W.	3089	3371	281

54. Udziały rynkowe uczestników koncentracji oraz ich głównych konkurentów w rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej w 2018 i 2019 r.

Uszczegółowione dane zawarte są w wersji niejawniej Decyzji (tabela nr 9 k. 6).

<b>przedsiębiorca/grupa</b>	<b>udział w rynku (w %)</b>	
<b>2018</b>	<b>2019</b>	



(...)	30-40	30-40
(...)	10-20	10-20
(...)	10-15	10-15
(...)	10-15	10-15
(...)	5-10	5-10
(...)	0-5	0-5
<b>Pakiet Niezależnych</b>	<b>0-5</b>	<b>0-5</b>
Inne	5-10	5-10
<b>(...) + Pakiet Niezależnych</b>	<b>20-30</b>	<b>20-30</b>
<b>(...) (...) (...)</b>	<b>30-40</b>	<b>20-30</b>

55. Wartość wskaźnika HHI tego rynku wynosiła w 2018 r.:

- przed dokonaniem koncentracji - HHI = 2252;
- po dokonaniu koncentracji - HHI = 2611.
- Wartość wskaźnika HHI tego rynku wynosiła w 2019 r.:
- przed dokonaniem koncentracji - HHI = 2389;
- po dokonaniu koncentracji - HHI = 2687.

Zmiana HHI -  $\Delta$  - wynosi odpowiednio ok. 359 i ok. 298 punktów.

56. Analiza wartości wskaźnika HHI – odbyła się na początkowym etapie i nie determinowała rozstrzygnięcia – nie była podstawą do założenia istnienia lub braku istnienia problemów związanych z konkurencją i w przedstawionej przez Prezesa UOKiK teorii szkody nie odgrywała istotnego znaczenia (Odpowiedź na odwołanie k. 862 v.)

57. Koncesje wydane na lokalnych na rynkach wspólnych dla uczestników koncentracji i udział koncesji udzielonych spółkom grupy (...) i grupy (...) w liczbie dostępnych koncesji lokalnych.

lokalizacja	liczba koncesji	liczba koncesji	liczba koncesji	liczba koncesji	liczba koncesji	liczba koncesji	udział koncesji (...) grup
-------------	-----------------	-----------------	-----------------	-----------------	-----------------	-----------------	----------------------------

	lokalnych ogółem	lokalnych grupy (...)	(...) grupy (...)	lokalnych (...) i (...)	(...) grupy (...)	(...) grupy (...)	(...) w koncesjach lokalnych ogółem (w %)
Aglomeracja (...) K., S., G., Z. oraz powiat (...)-T.	11	2	3	5	0	1	45,5
P.	9	3	1	4	1	1	44,4
O.	9	3	1	4	2	1	44,4
W.	8	2	1	3	2	0	37,5
K.	11	3	1	4	2	1	36,4
W.	17	3	2	5	3	2	29,4
K.	7	1	1	2	1	1	28,6
(...)	8	1	1	2	2	0	25,0

58. Wydane koncesje na programy lokalne na rynkach wspólnych dla uczestników koncentracji.

<b>lokalizacja</b>	<b>nr koncesji</b>	<b>przedsiębiorca /grupa</b>	<b>nazwa programu</b>
Aglomeracja (...)	(...)-R	(...)	(...)
(...)-R	Miejski (...) w P.	Radio (...)	
(...)-R	Archidiecezja (...)	Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...)(...)	
(...)-R	RADIO (...),(...) sp. z o.o.	(...)	

(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	
(...)-R	Diecezja (...)	Radio (...)	
(...)-R	Rozgłośnia Radiowa (...) Sp. z o.o.	(...) (...)	
(...)-R	(...)	(...) (...),(...)	
(...)-R	(...)	(...)	
(...)-R	(...)	(...) (...)	
P.	(...)-R	(...)	(...) Radio (...)
(...)-R	Archidiecezja (...)	(...) Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...) P.	
(...)-R	Politechnika (...)	Radio (...)	
(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	
(...)-R	(...)	Radio (...),(...) (...)	
(...)-R	(...)	(...)P.	
(...)-R	(...)	(...) (...)	
(...)-R	(...) sp. z o.o.	(...)	
O.	(...)-R	Diecezja (...)	RADIO (...)
(...)-R	Radio (...) sp. z o.o.	RADIO (...)	
(...)-R	(...)	(...)	
(...)-R	(...)	(...) Radio (...)	

(...)-R	(...)	(...) (...)	
(...)-R	(...)	(...)	
(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	
(...)-R	(...)	(...) O.	
(...)-R	(...)	(...) O.	
W.	(...)-R	Archidiecezja (...)	(...) RADIO (...)
(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	
(...)-R	(...)	(...) (...),(...)	
(...)-R	(...)	(...) W.	
(...)-R	(...) Spółka Akcyjna	Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...) W.	
(...)-R	Politechnika (...)	(...) Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...)(...)	
K.	(...)-R	Archidiecezja (...)	Radio (...)
(...)-R	(...)	(...) K.	
(...)-R	Archidiecezja K.	Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...) (...)	
(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	
(...)-R	FUNDACJA (...)	(...)	
(...)-R	(...)	(...) Radio (...)	

(...)-R	(...)	(...)K.	
(...)-R	(...)	(...) (...)	
(...)-R	Archidiecezja K.	Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...) K.	
W.	(...)-R	(...)	(...)
(...)-R	(...)	(...) C. - W.	
(...)-R	Archidiecezja W.	Radio (...)	
(...)-R	(...) sp. z o.o.	Radio (...)	
(...)-R	Diecezja Warszawsko- (...)	RADIO (...)	
(...)-R	(...) sp. z o.o.	(...)	
(...)-R	(...)	E. (...)	
(...)-R	(...)	(...) Radio (...)	
(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	
(...)-R	(...)	(...) (...),(...)	
(...)-R	(...)	(...)W.	
(...)-R	(...)	(...) W.	
(...)-R	(...)	E. (...)	
(...)-R	RADIO (...) Sp. z o.o.	Radio (...),(...)	
(...)-R	Fundacja (...)	(...)	
(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	

(...)-R	(...)	Radio (...)	
K.	(...)-R	(...)	(...) K.
(...)-R	Diecezja (...)	Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...)	
(...)-R	(...)	(...) (...)	
(...)-R	Agencja (...) sp. z o.o.	Radio (...)	
(...)-R	(...)	Radio (...),(...)	
(...)-R	(...)	(...)	
(...)	(...)-R	(...)	(...) Ł.
(...)-R	Archidiecezja (...)	Radio (...)	
(...)-R	RADIO (...) Sp. z o.o.	Radio (...)	
(...)-R	Politechnika (...)	(...) Radio (...)	
(...)-R	(...)	(...) (...)	
(...)-R	(...)	(...) (...)	
(...)-R	(...)	(...) Ł.	
(...)-R	Prowincja Zakonu Braci Mniejszych Konwentualnych	Radio (...)	

59. Działalność radiowa charakteryzuje się administracyjnymi i technicznymi barierami wejścia, a mianowicie: barierą administracyjną, która polega na obowiązku uzyskania koncesji na nadawanie programu radiowego oraz barierą techniczną, wiążącą się z ograniczoną ilością częstotliwości, która w rzeczywistości determinuje ilość podmiotów działających na rynku. Rozpoczęcie działalności w tym zakresie wymaga także poniesienia kosztów wejścia na rynek. Na koszt uruchomienia lokalnej stacji radiowej składają się: opłata koncesyjna za 10-letni okres nadawania, inwestycja w zaplecze techniczne (studio radiowe, sprzęt audio i nadawczy) i inne wyposażenie (sprzęt biurowy,

komputery itp.); ewentualnie zapewnienie usług nadawczych od podmiotu zewnętrznego/wynajem sprzętu oraz koszty utrzymania działalności do momentu uzyskania rentowności (do momentu zrównoważenia kosztów poziomem uzyskiwanych przychodów ze sprzedaży czasu reklamowego).

60. Pismem z 17 stycznia 2020 roku Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji przedstawił swoją opinię na temat planowanej Koncentracji. Negatywnie zaopiniował planowaną transakcję wskazując, że będzie ona miała nie tylko negatywny wpływ na pluralizm na rynku radiowym, ale również – z uwagi na fakt, że w wyniku planowanej akcji (...) w niektórych miastach uzyska pozycję dominującą po uzyskaniu uprawnień do rozpowszechniania programów na podstawie koncesji wydanych (...), - umożliwi to (...) samodzielne ustalanie cen reklam radiowych na tych obszarach.

(akta administracyjne – tom V karta 952)

61. W toku postępowania przed Prezesem UOKiK swoje opinie na temat Koncentracji przedstawili konkurenci – nadawcy radiowi, wskazując m.in. że:

- połączenie spółek (...) spowoduje synergii i możliwość uzyskania przez połączony podmiot większych korzyści niż spółki te uzyskują w obecnej sytuacji rynkowej ( (...) Radio S.A. pismo z 24.02.2020 r. akta administracyjne t. 8, k. 1595 ),
- trudno jest ocenić skutki Koncentracji, a dla stacji lokalnej nie ma znaczenia, kto jest właścicielem konkurencyjnej dla niej stacji (pismo z 25 lutego 2020 roku, radio (...), akta administracyjne t. 8, k 1604)
- w wyniku koncentracji może dojść do powstania oligopolu dwóch największych grup radiowych skupionych wokół (...) i Radia (...). Oligopol ten oznaczać będzie silną pozycję tych grup na rynku ogólnopolskim, ale przede wszystkim mocno zachwieje równowagą na dużo mniejszych i trudniejszych rynkach lokalnych, ponieważ podmioty te będą mogły samodzielnie tworzyć pakiety zarówno ogólnopolskie, jak i lokalne i w konsekwencji eliminować pozostałe stacje ze swojej oferty ( (...) S.A. pismo z 16.03.2020 r. akta administracyjne t. 8, k. 1706),
- koncentracja może spowodować zwiększenie pozycji stacji wchodzących w skład grupy kapitałowej i osłabienie stacji lokalnych, co w rezultacie może prowadzić do ich przejmowania. Będzie to miało niewątpliwy wpływ na kształtowanie się cen reklamy lokalnej. W tym zakresie małe stacje lokalne nie mają szans przetrwać konkurencji z dofinansowanymi lokalnymi stacjami dużych grup kapitałowych. Koncentracja przez zwiększenie ilości stacji należących do grupy kapitałowej może również negatywnie wpłynąć na ilość zleceń dla stacji lokalnych z podmiotów dystrybuujących reklamę ogólnopolską (Diecezja (...) pismo z 11.03.2020 r., akta administracyjne t. 8, k.1614),
- koncentracja może mieć negatywny wpływ, ponieważ zwiększy siłę i możliwości negocjacyjne (...) choćby w stosunku do stacji będących uczestnikami Pakietu Niezależnych ( Radio (...) pismo z 28.02.2020 r., akta administracyjne t. 8, k.1649),
- konsekwencją koncentracji jest ograniczenie konkurencji na danym rynku jednak może mieć również pozytywny wpływ na rynek podaży, w tym przypadku reklamy radiowej. Podstawowym kryterium konkurencyjnym w zakresie reklamy radiowej jest cena zatem, konkurując w procesie pozyskania klienta reklamy radiowej oferuje się Duży rabat – niską cenę. Jako coś normalnego traktuje się rabat przekraczający 90%. Ograniczenie ilości podmiotów mogłoby wpłynąć na wzrost cen reklam radiowych poprzez ograniczenie rabatów ( (...) Radio (...), pismo z 4 marca 2020 roku, akta administracyjne t. 8, k. 1624),
- konkurencja korzystna jest dla klientów, ale utrudnia sprzedaż innym oferującym ten sam produkt; obniżona sprzedaż to spadek przychodów i zysków, a sytuacja taka wymusza wprowadzenie zmian mających na celu poprawę oferty i uzyskanie akceptacji produktów przez klientów ( Radio (...), pismo z 27 lutego 2020 roku, akta administracyjne t. 8, k. 1610),

- połączenie potencjału grupy (...) i (...) (przy uwzględnieniu kontrolowanego Pakietu Niezależnych) będzie prowadziło do uzyskania przez tak powstały podmiot pozycji dominującej na koncesjonowanym rynku stacji lokalnych z uwagi na osiągnięcie blisko 48% w skumulowanym zasięgu nadawania ( Grupa (...) pismo z 02.03.2020 r. ),
- nowopowstała grupa, dysponując możliwością zamieszczania reklam w różnych mediach, promocją(...), a także większym zasięgiem radiowym będzie miała niezwykle mocną pozycję na lokalnym rynku radiowym. Tym samym koncentracja będzie miała negatywny skutek dla pozycji rynkowej mniejszych podmiotów ( (...) S.A. pismo z 11.05.2020 r. akta administracyjne t. 8, k. 1639),
- koncentracja może ograniczyć popyt na reklamę radiową w stacjach lokalnych ( Radio (...) sp. z o.o. pismo z 2.03.2020 r.),
- dzięki pakietowi różnych mediów i wpływu wspólnego działania na odbiorcę, w zakresie informacji, ale także sprzedaży tych mediów, koncern stanie się niedoścignionym konkurentem dla rozgłośni regionalnych i lokalnych, w dłuższej perspektywie czasowej także ogólnopolskich ( (...) S.A. pismo z 20.08.2020 r.)
- koncentracja będzie miała negatywne skutki dla lokalnych stacji radiowych. Duże koncerty będą miały zróżnicowaną ofertę handlową dla potencjalnych klientów. Normalnym jest, że zyskają przewagę konkurencyjną ( (...) S.A. pismo z 03.03.2020 r.),
- koncentracja jeszcze bardziej ograniczy wpływ mediów publicznych na rynek reklamy i udział w nim publicznych nadawców. Zważywszy, że (...) i (...) to nie tylko tradycyjna reklama radiowa, ale również wysoko ratingowe portale internetowe, podcasty i multimedia, wpływ koncentracji będzie oddziaływał na cały rynek reklamowy w Polsce ( (...) S.A. pismo z 09.09.2020 r.; (...) S.A. pismo z 14.08.2020 r.),
- po dokonaniu koncentracji można spodziewać się niższego zainteresowania/ niższego poziomu zleceń danej stacji ( (...) Radio sp. z o.o. pismo z 19.02.2020 r.; Radio (...) sp. z o.o. pismo z 13.03.2020 r.),
- obecnie trudno określić skutki koncentracji. Będzie można je ocenić po 1-2 latach (Radio (...) (...) sp. z o.o. pismo z 28.02.2020 r.; Archidiecezja (...) pismo z 28.02.2020 r.; (...) sp. z o.o. pismo z 13.02.2020 r.; (...) Radio - Radio (...) pismo z 03.03.2020 r.; (...) S.A. pismo z 03.03.2020 r.; (...) Radio - Radio (...) pismo z 03.03.2020 r.; (...) S.A. pismo z 12.08.2020 r.; (...) S.A. pismo z 10.08.2020 r.), (pisma akta administracyjne t. 8)
- koncentracja nie będzie miała wpływu na zmianę działalności/konkurencję w zakresie świadczonych usług ( Radio (...) sp. z o.o. pismo z 27.02.2020 r.; Centrum (...) w K. pismo z 26.02.2020 r.; (...) S.A. pismo z 10.08.2020 r.).

62. W toku postępowania przed Prezesem UOKiK swoje opinie na temat Koncentracji przedstawiły domy mediowe, wskazując, że:

- wpływ planowanej koncentracji na konkurencję w zakresie świadczonych przez nas usług uznajemy za umiarkowanie oddziałujący na równowagę rynkową, ponieważ łączny udział w słuchalności wszystkich stacji będących w posiadaniu (...) i E. nie daje przewagi konkurencyjnej nad liderem rynku tj. Grupą (...). Jednakże z punktu widzenia domów mediowych takie połączenie może stanowić nowe i trudne wyzwanie w procesie negocjacji warunków zakupu. Jednocześnie pozytywnym aspektem tej sytuacji może okazać się obniżenie pozycji negocjacyjnej dotychczasowego lidera tj. Grupy (...) poprzez potencjalne wzmocnienie jego bezpośredniej konkurencji ( (...) sp. z o.o. pismo z 16.03.2020 r.),



- połączenie nie wpłynie na konkurencyjność rynku radiowego w Polsce. Silnym liderem na rynku pozostaje grupa (...) i nie należy się spodziewać znaczącego wzrostu słuchalności Radia (...) wynikającego wprost z połączenia się ze stacjami należącymi do (...) ( (...) sp. z o.o., (...) sp. z o.o. pismo z 2.03.2020 r.),
- koncentracja będzie miała pewien wpływ na zakres świadczonych przez uczestnika usług, ale ostateczny kształt tych zmian będzie zależeć od polityki handlowej dotyczącej oferty powstałej po połączeniu tych dwóch podmiotów. (...) po połączeniu powstanie podmiot będący konkurencją dla aktualnego i wieloletniego lidera rynku czyli (...) ( (...) sp. z o.o. pismo z 28.02.2020 r.),
- rynek reklamy radiowej jest zdominowany przez najsilniejszą na rynku grupę (...). Pozostali gracze samodzielnie nie mają potencjału do realnego konkurowania z liderem. Koncentracja w ramach mniejszych grup radiowych daje realną szansę na wzrost konkurencyjności i tworzenie alternatywy dla produktów (...) ( (...) sp. z o.o. pismo z 02.03.2020 r.),
- w zakresie planowania mediów koncentracja nie powinna mieć kluczowego wpływu na tę działalność ( (...) S.A pismo z 01.09.2020 r.),
- z perspektywy świadczonych przez nas usług nie spodziewamy się, aby planowana koncentracja miała bardzo znaczący wpływ na nasze usługi lub jakość oferty. Pakiety u pozostałych dysponentów czasu reklamowego składają się ze stacji o podobnych zasięgach i można budować opcje zarówno alternatywne, jak i komplementarne do najsilniejszego dysponenta czasu reklamowego ( (...) sp. z o.o. pismo z 27.02.2020 r.),
- koncentracja nie wpłynie negatywnie na naszą działalność. Zakładamy, że oferta podmiotów biorących udział w koncentracji nie zmieni się radykalnie. Być może powstaną nowe pakiety, które rynek będzie weryfikował pod względem ich atrakcyjności mediowej ( (...) sp. z o.o. pismo z 02.03.2020 r.),
- koncentracja nie wpłynie na konkurencję w zakresie świadczonych przez nas usług ( (...) sp. z o.o. pismo z 27.02.2020 r.)

(akta administracyjne t. 9).

Fakty ustalone w toku postępowania na podstawie zeznań świadków.

63. W rynku reklamy w Polsce radio jest trzecim co do wielkości medium reklamowym – za telewizją – około 40 - 50 % udziałów reklamy, oraz Internetem – około 30 - 40 % rynku reklamy. Reklama radiowa stanowi ok. 7 - 10 % rynku reklamowego.

zeznanie świadków: J. B. (k.1076), M. M. (k. 1029), M. S. (k. 1033)

64. Wyniki słuchalności są ogólnodostępne – podstawą informacji w tym zakresie jest badanie (...) robione przez pracownię (...). Pozwala ono na uzyskanie informacji o zasięgach, wynikach słuchalności.

fakt bezsporny

65. Aktualnie na rynku reklamy radiowej szczególnie silną pozycję zajmuje grupa radiowa (...) z uwagi na zasięg i słuchalność. Ma potencjał do tego, aby dyktować swoje ceny nie oglądając się na innych uczestników rynku – oferowane ceny kampanii są znacząco wyższe od cen oferowanych przez innych uczestników rynku, ale nadal ceny te nie mogą znacząco odbiegać od konkurencji, aby nie spowodować ucieczki reklamodawców do innych stacji. Dla wielu reklamodawców i domów mediowych (...) jest stacją pierwszego wyboru, ale pozycja (...) związana jest także z konsekwentną i profesjonalną polityką handlową z prowadzoną od wielu lat. Nie jest jednak tak, że (...) w kampaniach ogólnopolskich stanowi rozgłośnie, bez której nie może obyć się żadna kampania reklamowa. Znaczna większość kampanii ogólnopolskich opiera się na tej rozgłośni. Pozostałe stacje konkurują z (...), tworząc pakiety stacji - zwiększając w ten sposób oferowany reklamodawcom zasięg. Czasem (...) pomijany jest w kampaniach z uwagi

na ograniczony budżet reklamodawcy. Aby zrównoważyć (...) w praktyce niezbędne jest korzystanie z dwóch lub kilku pozostałych stacji radiowych. Przy realizacji kampanii reklamowych w znaczącej większości korzysta się ze stacji radiowych reprezentowanych przez różne grupy radiowe.

zeznania świadków: T. P. (k. 1045, 1104), K. K. (k. 1087), M. N. (k. 1066, 1095), J. B. (k. 1076, 1134), Ł. P. (k. 1280), E. R. (k. 1025), M. M. k. 1029), M. S. (k. 1033)

66. Marża grupy (...) na rynku reklamy wynosi ok 50 - 60%.

zeznania świadków: A. F. (k. 1023), E. R. (k. 1025), M. M. k. 1029), M. S. (k. 1033),

67. (...) S.A. to ok 10%, (...) – 22 %

zeznania świadka: M. M. (k. 1029)

68. Na rynkach lokalnych reklamy radiowej zdecydowanym liderem jest grupa (...). Większość lokalnych kampanii reklamowych dla swojej skuteczności wymaga oparcia się o stacje radiowe z tej grupy. Natomiast stacje radiowe z tej grupy – jeżeli chodzi o kampanie ogólnopolskie – stanowią jedynie ich pewne uzupełnienie.

zeznania świadków: M. N. (k. 1066), J. B. (k.1076), Ł. P. (k. 1280), M. M. k. 1029)

69. Grupa (...) jest właścicielem, wyróżniających się na tle pozostałych, rozgłośni grupy (...) - rozgłośni skierowanych do młodego słuchacza.

fakt bezsporny

70. W przypadku połączenia (...) oraz grupy (...) zdecydowanym liderem rynku nadal będzie w (...). (...) nie będzie tak silnym podmiotem jak w (...) to znaczy nie będzie w stanie zastąpić (...) całkowicie albo większości kampanii. Nie stanie się stacją niezbędną w kampanii (tzw. must have). Uzupełniona jednak przez inne stacje radiowe będzie w stanie konkurować z grupą (...), a co najmniej podjąć próby zrównoważenia przewagi grupy (...). Połączenie (...) i (...) nie będzie prowadzić do zwiększenia budżet reklamodawców w tych stacjach - istotne są bowiem parametry mediowe wynikające z optymalizacji kampanii, nie zaś połączenia grup radiowych.

zeznania świadków: T. P. (k. 1045) J. B. (k.1076, 1134), K. K. (k. 1087 i n.), M. N. (k. 1066), Ł. P. (k. 1280).

71. Jeżeli chodzi o wpływ transakcji na zmianę na rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej, to patrząc na nią z punktu widzenia połączenia oferty reklamowej łączących się przedsiębiorców, to taka sytuacja już jest dostępna na rynku radiowym – dostępne są tzw. pakiety multiownerskie i często zakup kampanii odbywa się poprzez zakup takiego pakietu. Z punktu widzenia domu mediowego ewentualne połączenie nie ma zatem większego wpływu na to w jaki sposób pracuje on ze stacjami lub grupami stacji radiowych. Decydującym elementem przy wyborze partnera w kampanii reklamowej jest słuchalność stacji. Ta zaś nie zależy tego, kto jest właścicielem radia lub grupy kapitałowej, do której należy radio. Także zmiany właścicielskie nie mają znaczenia dla słuchalności. Transakcja nie prowadzi do zmiany decydujących czynników, które brane są pod uwagę przy wyborze konkretnej stacji radiowej w określonej kampanii reklamowej. Sam fakt zmiany właścicielskiej nad (...) nie będzie prowadził do wzrost parametrów słuchalności żadnej ze stacji należących do łączących się przedsiębiorców. Dla odbiorców nie ma znaczenia kto jest właścicielem koncesji ani ile koncesji posiada.

zeznania świadków: K. K. (k. 1087), M. N. (k. 1066), Ł. P. (k. 1280) J. B. (k.1076), T. P. (k. 1045), A. F. (k. 1023) M. S. (k. 1033), M. M. (k. 1029)

72. Największe w Polsce grupy domów mediowych na rynkach reklamy to (...), P. M., H. M., M. D., (...)/O.. Domy mediowe stanowią poniżej 50% kupujących reklamy na rynku radiowym. Większość stanowią duzi klienci

indywidualni. Pięć największych domów mediowych kupuje około 70% reklamy radiowej kupowanej przez wszystkie domy mediowe.

zeznania świadków: K. K. (k. 1087) M. N. (k. 1066), J. B. (k.1076), Ł. P. (k. 1280)

73. Reklamodawcy i domy mediowe nie kierują się przy wyborze radia w kampanii reklamowej strukturą własnościową – kryterium zasadniczym jest słuchalność i potencjał związany z dotarciem do określonej grupy słuchaczy oraz zaoferowane warunki finansowe. Rynek reklamy jest związany z rynkiem słuchalności.

zeznania świadków: M. N. (k. 1066), K. K. (k. 1087), Ł. P. (k. 1280) J. B. (k.1076), A. F. (k. 1023), E. R. (k. 1025), Z. B. (k. 1054)

74. Powszechną praktyką na rynku reklamy jest udzielanie przez stacje radiowe rabatów dla reklamodawców (indywidualnych oraz działających poprzez domy mediowe) rabatów w stosunku do cen wynikających z cenników reklamy poszczególnych stacji radiowych. Rozpiętość rabatów jest duża i sięga nawet do około 90%.

zeznania świadków: Ł. P. (k. 1280), M. N. (k. 1066), J. B. (k.1076), E. R. (k. 1025), E. R. (k. 1025), M. S. (k. 1033)

75. Informacja o wysokości rabatów udzielanych przez stacje radiowe w odniesieniu do cen reklamy wynikających z oficjalnych i publikowanych cenników nie jest powszechnie dostępna (nie są powszechnie znane ceny transakcyjne w poszczególnych stacjach radiowych lub grupach stacji).

fakt bezsporny

76. Wybór konkretnej stacji radiowej na potrzeby kampanii reklamowej nie jest zdeterminowany wysokością udzielanych przez stację tzw. bonusów (rabatów) (...). Jest to dodatkowy – wynikowy – rabat, który nie jest czynnikiem uzależniającym współpracę ze stacją radiową.

zeznania świadków: Ł. P. (k. 1280), K. K. (k. 1087, 1184), M. N. (k. 1066) J. B. (k.1076)

77. Na rynku zdarzają się sytuacje, że podmiot z więcej niż jednym rodzajem nośników reklamy udziela tzw. bonusu (rabatu) (...) za oferowane przez siebie nośniki. W praktyce raczej rabaty (...) udzielane są z podziałem na poszczególne nośniki reklamy – negocjowana jest stawka rabatu i warunki dla każdego w rodzaju reklamy oddzielnie. Możliwe (i spotykane) jest udzielenie sumarycznie - wspólnego rabatu za różne nośniki. Jest to forma rzadko spotykana na rynku – może być bowiem czynnikiem, który działa zarówno korzystnie jak też niekorzystnie na cały rabat (któreś medium wypada gorzej). Ponadto model oddzielnego naliczania rabatów ma istotne znaczenie z punktu widzenia możliwości ustalenia ostatecznego kosztu zakupu danego nośnika mediów. Bez przypisania oddzielnej stawki rabatu (...) do konkretnego rodzaju nośnika mediów klienci tracą możliwość ustalenia ceny za konkretne medium i możliwość obiektywnego porównania konkurujących ze sobą ofert.

Co istotne jednak rabaty te są zawsze indywidualnie negocjowane pomiędzy domem mediowym, a właścicielem stacji. Negocjacje są tajne. Nie ma czegoś takiego jak średnie rabaty dla pełnej oferty danego sprawcy niezależnie od medium. Informacji o rabatach (...) nie ma w powszechnie dostępnych informacjach.

zeznania świadków: K. K. (k. 1092), M. N. (k. 1096), Ł. P. (k. 1109), J. B. (k.1133), M. M. (k. 1029); wyjaśnienia domów mediowych k. 655, 661, 673, 689, 687

78. Koszty kampanii reklamowych organizowanych przez domy mediowe (koszty zakupu reklamy) są elementem istotnym - jakkolwiek niejedynym - z punktu widzenia reklamodawcy przy wyborze domu mediowego wykorzystywanego w kampanii reklamowej.

zeznania świadków: Ł. P. (k. 1280) M. N. (k. 1066) J. B. (k.1076,) K. K. (k. 1087)

79. Odbiorcy na rynku reklamy nie są skłonni do akceptacji podwyżek cen reklamy radiowej, które nie znajdują uzasadnienia w zmianach istotnych parametrów – np. słuchalności. Ten rynek jest rynkiem bardzo dobrze przebadanym obiektywnymi kryteriami. Znacząca większość przetargów na kampanie reklamowe organizowana jest we współpracy z audytorami mediowymi, którzy pracują na zlecenie klienta (koordynują przetarg). Audytorzy dokonują oceny kosztowej propozycji. Do audytora należy ostatnie zdanie. Jeżeli chodzi o akceptację oferty - to jest zadanie klienta, ale rekomendacja audytora w zakresie kosztów jest dla klienta istotna. W skrajnych przypadkach (nieuzasadnionego podniesienia kosztów) audytorzy mogą zarekomendować wykorzystanie innego medium lub innego dostawcy mediów. Koordynatorzy nie zaakceptowaliby zawyżenia kosztów reklamy.

zeznania świadków: T. P. (k. 1045), Ł. P. (k. 1280) M. N. (k. 1066) J. B. (k.1076), M. M. k. 1029) M. S. (k. 1033)

80. Ostateczna decyzja co do przeprowadzenia kampanii reklamowej w oparciu o określone koszty wynikające z oferty należy do klienta – reklamodawcy. Dom mediowy w tym zakresie przedstawia rekomendację. Dom mediowy, dąży do uzyskania jak najniższej ceny za reklamę. To jedna z podstawowych funkcji domu mediowego.

zeznania świadków: Ł. P. (k. 1280) K. K. (k. 1087) M. N. (k. 1066) J. B. (k.1076, 1134), M. M. (k. 1029)

81. Istnieje presja domów mediowych na obniżkę cen poprzez to, że porównują one ceny pomiędzy dostawcami poszczególnych mediów. Domy mediowe także konkurują między sobą; jest to silna konkurencja, a zatem uzyskanie korzystnej ceny dla klienta jest działaniem w ich interesie.

zeznania świadków: J. B. (k.1076), K. K. (k. 1087), Ł. P. (k. 1280) M. N. (k. 1066), E. R. (k. 1025) M. S. (k. 1033)

82. Na rynku zdarzają się oferty obejmujące pakiet różnych kategorii mediów. Mimo takich ofert w praktyce bywa tak, że reklama kupowana jest częściowo za pośrednictwem domu mediowego, częściowo bezpośrednio przez firmę zajmującą się określoną reklamą – np. tylko internetową. Podyktowane to jest uzyskiwaniem lepszych warunków. Ponadto oferty takie stanowią raczej wyjątek na rynku.

zeznania świadków: T. P. (k. 1045) K. K. (k. 1087) Ł. P. (k. 1280). M. N. (k. 1066), J. B. (k.1078), M. S. (k. 1033)

83. Także, jeżeli chodzi o zakupy reklam w ramach kampanii wielomediowych warunki zakupowe zazwyczaj negocjowane są oddzielnie dla poszczególnych mediów - wszystko zależy od potrzeby w zakresie wykorzystania poszczególnych mediów.

zeznania świadków: Ł. P. (k. 1280), K. K. (k. 1087), J. B. (k.1076,) T. P. (k. 1045)

84. W przeszłości na rynku reklamy w Polsce nigdy nie wystąpiły sytuacje, aby największe grupy radiowe porzuciły konkurowanie na rzecz podjęcia skoordynowanej współpracy poprzez - czy to próbę narzucenia wyższych cen, czy to poprzez politykę rabatową - w celu wyeliminowania lub osłabienia konkurencji. W szczególności taka sytuacja nie miała miejsca, kiedy (...) i (...) miały zbliżoną pozycję rynkową. Wręcz przeciwnie – oba podmioty zawsze prowadziły między sobą ostrą walkę konkurencyjną – określaną w prasie branżowej mianem „świętej wojny”.

zeznania świadków: Ł. P. (k. 1280), J. B. (k.1076), K. K. (k. 1087), M. N. (k. 1066), T. P. (k. 1045), A. F. (k. 1023), E. R. (k. 1025), M. M. (k. 1029) M. S. (k. 1033), informacje prasowe – wydruk k. 912.

Ocena wiarygodności zebranych w sprawie dowodów.

85. Zebrane w sprawie dokumenty – zasadniczo w toku postępowania administracyjnego - nie były w niniejszym postępowaniu kwestionowane. Sąd nie miał zatem żadnych wątpliwości co do ich wiarygodności dowodowej.

86. Złożone w toku postępowania sądowego dokumenty w postaci prywatnych opinii potraktowane zostały przez Sąd jako dokumenty prywatne, zawierające fachowe uzasadnienie stanowisk zajętych przez stronę i stanowiące element

argumentacji faktycznej i prawnej przytaczanej przez każdą ze stron (por. postanowienie SN z 14 czerwca 2018 roku, V CSK 349/17; postanowienie SN z 27 stycznia 2021 roku, V CSK 414/20).

87. Zasadniczo Sąd dał wiarę przesłuchiwanym w toku postępowania świadkom, na których oparł swoje ustalenia i w zakresie, który stanowił podstawę dokonania ustaleń. Przy czym należy podkreślić, że zeznania świadka w postępowaniu cywilnym służyć mają ustaleniu faktów, a zatem poza sferą zainteresowania sądu pozostawały zeznania świadków w tych częściach, gdzie świadkowie prezentowali swoje opinie oraz oceny. Pojawiają się one w zeznaniach z uwagi na sposób formułowania pytań. Niejednokrotnie odpowiedzi dotyczyły bowiem np. oceny skutków planowanej Koncentracji, prawdopodobieństwa wystąpienia zaprezentowanych przez Prezesa w treści opinii scenariuszy z teorii szkody itd. Prezes UOKiK zwraca się w toku postępowania administracyjnego o opinie do uczestników rynku, i stanowią one element ustaleń będących podstawą decyzji administracyjnej. Niniejsze postępowanie jest o tyle specyficzne, że przedmiotem sporu w istocie jest antycypacja skutków planowanej Koncentracji, co sprawia że pytania zadawane świadkom częstokroć wymagały prezentowania przez świadków odpowiedzi opartych na własnych przeczuciach w spekulacjach i opiniach. Niemniej reguły postępowania cywilnego nakazują zasadniczo oprzeć się jedynie na faktach wskazywanych przez świadków – co, do których sąd dał wiarę ich zeznaniom – zaś materialnoprawna ocena ustalonych faktów należy do Sądu. Do przytaczanych przez świadków opinii Sąd odniósł się w końcowej części uzasadnienia.

88. Przy czym należy podkreślić, iż elementem ustaleń był fakt, że Decyzja oparta została również o zebrane w postępowaniu administracyjnym stanowiska uczestników rynku lub podmiotów związanych z rynkami, na które wpływ ma Koncentracja – w tym domów mediowych. W konsekwencji zatem zeznania świadków – również przedstawicieli domów mediowych złożone przed Sądem, także w zakresie ich oceny co do skutków Koncentracji, pozwalają na ocenę wiarygodności materiału dowodowego w postaci stosownych dokumentów zebranych w toku postępowania administracyjnego.

89. Ze wskazanych wyżej przyczyn częściowo zeznania świadków mimo że uznane zostały za wiarygodne – nie zostały wykorzystane w celu poczynienia ustaleń w niniejszej sprawie. Sąd również w ograniczonym stopniu wykorzystał zeznania świadka Z. B. (2) – przedstawiciela Grupy (...). Zeznania miały charakter publicystyczny. Świadek nie miał szczegółowej wiedzy dotyczącej rynków reklamy, udziałów poszczególnych stacji radiowych i funkcjonowania w branży reklamowej. Zasadniczo w toku zeznań formułował swoje oceny co do planowanej koncentracji. Jako zaś bezpośredni konkurent (...) i (...) w oczywisty sposób zajmował stanowisko przeciwne do stanowiska Powoda, jeżeli chodzi o Koncentrację. Brał też udział w postępowaniu dotyczącym zbycia udziałów (...), a Grupa (...) była wymieniana jako potencjalny zainteresowany zakupem nabywanych przez (...) udziałów. W ocenie Sądu ma to oczywisty wpływ na jego zapatrywania na Koncentrację. Nawet jeżeli Grupa (...) nie była bezpośrednio zainteresowana zakupem Radia (...) tylko, jak zeznał świadek, wspierała w tym inny podmiot.

90. Sąd nie korzystał również zeznań świadków odnośnie faktów obejmujących dane liczbowe dostępne w opracowaniach i ustaleniach poczynionych w toku postępowania administracyjnego przez Prezesa UOKiK, a które nie były kwestionowane w tym postępowaniu.

91. Sąd dał wiarę słuchanym w toku postępowania świadkom M. M. (3), M. S. (2) A. F. (2) oraz E. R. (2) co do faktów będących podstawą ustaleń. Podkreślenia wymaga, że w zakresie faktów zeznania tej grupy świadków – jakkolwiek związanej ze stroną powodową w różny sposób - były spójne nie tylko wzajemnie, ale także z zeznaniami które złożyła w sprawie grupa świadków nie związanych z powodem – przedstawicieli domów mediowych. Wszystkie zatem fakty dotyczące uwarunkowań rynkowych, praktyki dotyczącej zakupu reklam - sposobu nabywania reklam, rozliczeń, rabatów, rabatów wstecznych, tego czym kierują się domy mediowe oraz reklamodawcy przy zamawianiu reklam, sytuacji na rynku związanej z udziałami poszczególnych uczestników, faktycznie w pełni znalazły potwierdzenie w zeznaniach, które na piśmie złożyli przedstawiciele domów mediowych oraz reklamodawca. Ponadto znajdowały potwierdzenie w dokumentach zebranych w toku postępowania administracyjnego (stanowiska uczestników rynku).

92. W ocenie Sądu sam fakt, iż wymienieni wyżej świadkowie faktycznie mogą zostać uznani za osobę zainteresowaną rozstrzygnięciem, a priori nie deprecjonuje ich zeznań. Ocena ich wiarygodności bowiem dokonana być musi przez pryzmat wszystkich zebranych w sprawie dowodów. Z tych samych przyczyn nawet, jeżeli zeznania świadków odbiegały od informacji wynikających z dokumentów (chodzi tu o przytoczone w toku zeznań niektóre dane liczbowe) nie pozbawia to zeznań świadków waloru wiarygodności w zakresie pozostał faktów.

93. W ocenie Sądu wiarygodności zeznaniom tych świadkom nie odbiera również fakt, iż częściowo świadkowie – w toku zeznań – posługiwali się notatkami. Głównie miało to miejsce w sytuacji, kiedy świadkowie odwoływali się do danych liczbowych (udziały w rynkach, obroty itd.). W tym zakresie ustalenia Sądu (jak wskazano wyżej) i tak poczynione zostały na podstawie zebranych w sprawie dokumentów.

94. Sąd nie podziela również sformułowanych przez Pozwanego, w piśmie z 7 kwietnia 2022 roku zarzutów, zasadzających się na tym, iż świadkowie przesłuchiwani byli w obecności strony, w kancelarii prawnej pełnomocników reprezentujących stronę powodową. W ocenie Sądu nie pozbawia to zeznań tych świadków waloru wiarygodności, zwłaszcza w sytuacji, kiedy ich zeznania znajdują potwierdzenie w całym materiale dowodowym. Ponadto Pozwany – jeżeli w jego mniemaniu sposób przeprowadzenia dowodu naruszał przepisy postępowania - winien był w trybie art. 162 k.p.c. zwrócić na to uwagę Sądowi. Strona pozwana była reprezentowana przez grupę profesjonalnych pełnomocników, którzy w toku postępowania i przeprowadzania dowodu nie zgłaszali zastrzeżeń w tym zakresie.

95. Jako wiarygodne, wzajemnie spójne i uzupełniające się Sąd uznał, złożone na piśmie, zeznania grupy świadków – przedstawicieli domów mediowych oraz reklamodawcy. W ocenie Sądu - przede wszystkim - nie sposób odmówić wiarygodności temu dowodowi tylko z uwagi na to, iż zeznania świadków zostały przeprowadzone na piśmie. Wątpliwości w tym zakresie zgłosił Pozwany w piśmie z 7 kwietnia 2022 roku. Zwrócić należy uwagę, iż jest to środek dowodowy wprowadzony do kodeksu postępowania cywilnego. Kodeks postępowania cywilnego nie ustala hierarchii dowodów. Wszystkie środki dowodowe mają - z założenia - taką samą wartość dowodową, a ich ocena wiarygodności należy do sądu orzekającego w sprawie. Sąd pragnie podkreślić, iż świadkowie, którzy zeznawali za pomocą zeznań na piśmie są profesjonalistami, osobami wykształconymi, fachowcami w swojej dziedzinie. Rozumieli zadane pytania. Odpowiedzi były precyzyjne. W razie wątpliwości istniała możliwość przesłuchania świadków na rozprawie. Sąd takich wątpliwości co do zeznań tych świadków nie miał, zaś strona pozwana, reprezentowana przez profesjonalnych pełnomocników, poinformowana na pierwszej rozprawie o sposobie procedowania nie wносиła o to, aby świadków, od których Sąd zaplanował odebranie zeznań na piśmie, przesłuchać na rozprawie.

96. Niewątpliwie wszyscy świadkowie w tej sprawie, zarówno ci, którzy byli przesłuchiwani jak również ci, którzy złożyli swoje zeznania na piśmie, w jakiś sposób związani są ze stroną powodową. Czy to jako uczestnicy grupy (...), czy to jako kontrahenci tej grupy. Nie pozbawia to absolutnie ich zeznań waloru wiarygodności. Ocena bowiem w tym zakresie obejmować musi całość zebranego w sprawie materiału dowodowego. Przy czym – nawiązując do w podniesionych przez pozwanego w piśmie z 7 kwietnia 2022 roku zarzutów – w takiej sprawie jak niniejsza zawsze przesłuchiwany świadek będzie albo powiązany ze stroną, albo będzie jej kontrahentem, albo będzie jej konkurentem, albo w jakiś inny sposób będzie związany z rynkiem reklamy radiowej. W ostateczności być może będzie słuchaczem radia (...) lub radia (...). Nie może to a priori prowadzić do wykluczenia takich świadków z grona osób, które mogą w sprawie złożyć wiarygodne zeznania.

VI.

### **Sąd Okręgowy Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:**

97. Odwołanie było zasadne i zasługiwało na uwzględnienie.

98. Konkurencja jest zjawiskiem rynkowym, który sprzyjać ma dobrobytowi konsumentów. Jako taka wartość podlega ochronie w interesie publicznym. Nadaje treści korzystaniu z zasad swobody działalności gospodarczej i prawa własności, zwłaszcza związanego z prowadzeniem tej działalności. Traktowana jest – obok wolności gospodarczej i

własności prywatnej – jako filar społecznej gospodarki rynkowej, osadzony w treści art. 20 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku. Administracyjnoprawna ochrona konkurencji stanowi zatem rozwiązanie które sprzyjać ma usprawnianiu korzystania z wolności gospodarczej, mimo że z punktu widzenia zainteresowanego przedsiębiorcy może być traktowana jako ograniczenie jego wolności i praw. Ingerencja w te prawa uzasadniona jest istnieniem interesu publicznego (art. 22 Konstytucji) wyrażającym się, że beneficjentami tej ingerencji mają być konsumenci (por. Ustawa o ochronie konkurencji i Konsumentów, Komentarz, 2 wydanie, K. K., M. S., s 33).

99. Spór w niniejszej sprawie zasadzał się na w przepisach Ustawy z 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji konsumentów – która jest jednym z aktów prawnych umożliwiających urzeczywistnienie funkcjonowania mechanizmu ochrony konkurencji. Ustawa zawiera również mechanizm mający przeciwdziałać praktykom polegającym na antykonkurencyjnej koncentracji przedsiębiorców (pojęcie koncentracji nie zostało zdefiniowane w Ustawie; art. 13 ust. 2 wymienia cztery sytuacje, określone jako koncentracja na gruncie tego przepisu – w tym – przejęcie kontroli nad jednym przedsiębiorcą lub ich większą liczbą przez jednego lub więcej przedsiębiorców).

100. Podkreślenia wymaga, iż w ramach gospodarki rynkowej opartej o zasadę swobody działalności gospodarczej i prawo własności koncentracja - czyli działania przedsiębiorców prowadzące do połączenia przedsiębiorstw, uruchomienia wspólnych przedsięwzięć itp., podyktowane rachunkiem ekonomicznym, stanowią zjawisko powszechne i dozwolone. Są „naturalnym zachowaniem przedsiębiorców” dążących do umocnienia pozycji rynkowej (vide: Decyzja Prezesa UOKiK 12 grudnia 205 roku, numer DOK- (...); (...) sp. z o.o. w G.).

101. Działania, wynikiem których jest koncentracja, mimo niewątpliwych korzyści dla samych stron koncentracji mogą rodzić ryzyko powstania skutków negatywnych polegających w szczególności na ograniczeniu konkurencji na właściwych rynkach. Ryzyko to sprawia, iż koncentracja, w pewnych sytuacjach, powinna być objęta nadzorem organu antymonopolowego - Prezesa UOKiK. Kontrola koncentracji umożliwia bowiem podjęcie działań, które zapobiegą ukształtowaniu się takiej struktury rynkowej, która w ostateczności doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji.

102. Trudność kontroli koncentracji dokonywanej przez Prezesa UOKiK – jest to sytuacja, z którą mamy do czynienia w niniejszej sprawie – polega na tym, iż jest ona sprawowana przez ten organ ex ante i ma charakter prewencyjny. Celem kontroli jest bowiem analiza zamierzeń przedsiębiorców i ewentualne zablokowanie koncentracji, nie zaś późniejsze blokowanie prowadzonej już w wyniku koncentracji działalności.

103. Prezes UOKiK, na podstawie przepisów Ustawy, może wyrazić zgodę na koncentrację (art. 16 Ustawy), wyrazić warunkową zgodę na koncentrację (art. 19 Ustawy), wyrazić zgodę na koncentrację w związku z jej pozytywnym wpływem na gospodarkę narodową lub gdy przyczynia się ona do rozwoju ekonomicznego lub postępu technicznego (art. 20 ust. 2 ustawy), lub też zakazać dokonania koncentracji (art. 20 ust. 1 ustawy).

104. Ustawa wprowadza gradację rozstrzygnięć i określony ich porządek związany z sekwencją analizy przesłanek warunkujących wydanie kolejnych decyzji (por.: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, art. 18). Rozwiązanie to wpisuje się niewątpliwie w osadzoną, w Konstytucji RP, zasadę proporcjonalności, która zakłada ingerencję państwa w prawa obywateli – także przedsiębiorców – jedynie w takim stopniu, jaki ustalony jest realizacją interesu publicznego i za pomocą środków jak najmniej ograniczających - tu - zasadę swobody działalności gospodarczej.

105. Jeżeli przedsiębiorca – adresat decyzji – nie zgadza się ze stanowiskiem Prezesa UOKiK zawartym w decyzji i składa do Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów odwołanie, a powstały spór przenosi się na grunt postępowania cywilnego.

### ***Postępowanie w sprawie/ciężar dowodu***

106. Rolą Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów w tym postępowaniu nie jest kontrola postępowania administracyjnego, które toczyło się przed Prezesem UOKiK, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy – przedmiotu

sporu, który powstał w wyniku wydania zaskarżonej przez Powoda Decyzji Prezesa UOKiK (por. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie 20 marca 2012 roku, VI ACa 1038/11).

107. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów jest sądem cywilnym, a niniejsza sprawa ma charakter sprawy cywilnej, która została wszczęta w wyniku wniesienia odwołania od decyzji administracyjnej organu regulacyjnego. Rolą Sądu w tym postępowaniu było ustalenie – w oparciu o argumenty i dowody powołane przez strony – czy doszło do naruszenia przepisów Ustawy, w jakim zakresie, i czy środki zastosowane przez organ regulacyjny zgodne są z przepisami oraz zasadą proporcjonalności. Postępowanie jest postępowaniem pierwszoinstancyjnym o charakterze kontrydiktoryjnym. W postępowaniu tym znajdują odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące postępowania dowodowego w procesie, zgodnie z art. 13 § 2 k.p.c.

108. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przeprowadza pełne postępowanie dowodowe, uwzględniając materiał dowodowy zebrany w postępowaniu administracyjnym, z uwzględnieniem materiału dowodowego zaproponowanego przez strony w niniejszym postępowaniu – wg zasad obowiązujących w postępowaniu cywilnym.

109. Podstawowym zadaniem odwołującego się w przedmiotowym postępowaniu jest udowodnienie – wykazanie, że zaskarżona decyzja błędnie rozstrzyga sprawę. Zadaniem organu regulacyjnego jest natomiast obrona wydanej przez siebie decyzji administracyjnej, w ramach której organ może korzystać ze wszelkich instrumentów przysługujących stronie postępowania przed tutejszym Sądem – przede wszystkim – inicjatywy dowodowej.

110. W zakresie rozkładu ciężaru dowodu w niniejszym postępowaniu zastosowanie znajdują reguły postępowania cywilnego, z podstawową zasadą wynikającą z art. 6 k.c., zgodnie z ciężaru udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne oraz art. 232 k.p.c. stanowiącego, że strony są obowiązane zebrać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. (por. orzecznictwo przywołane w: Sądowa kontrola działalności organów regulacyjnych Andżelika Kurzawa, C.H. Beck 2020, § 3 Zakres i charakter kontroli sądu ochrony konkurencji konsumentów).

111. Przy czym Sąd Okręgowy na gruncie Ustawy i wskazanych wyżej zasad regulujących kwestie rozpoznania odwołania od decyzji Prezesa stoi na stanowisku, że wynikająca z zasady kontrydiktoryjności zasada równości stron postępowania oznacza, że każda ze stron tego postępowania obowiązana jest udowodnić fakty, z których wywodzi skutki prawne i przedstawić stosowne dowody potwierdzające zasadność przedstawionych przez siebie ocen prawnych tych faktów.

112. W pierwszym rzędzie zatem Prezes ma obowiązek udowodnienia faktów, które potwierdzą istnienie przesłanek uzasadniających wydanie zaskarżonej Decyzji. Obowiązek działania i dowodzenia w tym zakresie spoczywa na Prezesie, a nie na podmiocie, który jest adresatem decyzji zakazującej koncentracji, dlatego że – co do zasady – łączenie przedsiębiorców nie jest zakazane przez prawo. Wpisuje się w zagwarantowaną konstytucyjnie wolność działalności gospodarczej, która obejmuje również prawo do działań i operacji gospodarczych prowadzących do wzrostu przedsiębiorstwa. W gospodarce rynkowej koordynacja działań z innymi uczestnikami rynku, połączenia strukturalne jak również oparte na umowach są naturalnym zachowaniem przedsiębiorców.

113. Taki stan zatem winien stanowić punkt wyjścia do rozważań poprzedzających wydanie decyzji zakazującej koncentracji, która to decyzja w istocie jest realizacją, wprowadzonego Ustawą, wyjątku od zasady swobody działalności gospodarczej, aksjologicznie uzasadnionego potrzebą ochrony interesu publicznego w postaci konieczności ochrony konkurencji (por. T. Skoczny, Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, s. 277; Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, komentarz do art. 81)

114. Stanowisko takie znajduje uzasadnienie nie tylko w regułach rządzących postępowaniem cywilnym. Na gruncie art. 18 Ustawy zasadą jest zgoda na dokonanie koncentracji. Dopiero ustalenie, że w wyniku koncentracji konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona, uzasadnia wydanie decyzji zakazującej dokonania koncentracji. Wykazanie istnienia tej przesłanki obciąża organ wydający decyzję. Tam bowiem, gdzie przepisy obciążają ciężarem dowodzenia



przedsiębiorcę, Ustawa stanowi o tym *expressis verbis* (vide art. 8 ust 2 Ustawy). W pierwszym rzędzie zatem to na Prezesie UOKiK spoczywał ciężar dowodu w zakresie wykazania, że koncentracja narusza przepisy Ustawy. Dotyczyło to także postępowania sądowego. Przepisy nie przewidują bowiem domniemania prawdziwości decyzji Prezesa urzędu.

115. Przedsiębiorca, który pragnie uwolnić się od odpowiedzialności na gruncie Ustawy, bądź wzruszyć ustalenia stanowiące podstawę zaskarżonej decyzji, obowiązany jest na etapie postępowania przed sądem ochrony konkurencji konsumentów, do dostarczenia dowodów mających uzasadnić brak przesłanek do wydania decyzji zakazującej koncentrację. Obowiązek ten obciąża odwołującego się przedsiębiorcę w sytuacji, kiedy materiał dowodowy, zebrany zarówno w toku postępowania administracyjnego, jak również na etapie postępowania cywilnego przed sądem ochrony konkurencji i konsumentów, pozwala na uwzględnienie stanowiska Prezesa urzędu (por. w tej kwestii - Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, kom. do art. 81).

116. W konsekwencji – „wydanie decyzji przez organ w postępowaniu administracyjnym nie zwalnia go od udowodnienia przed sądem jej podstawy faktycznej, zaś wnoszący odwołanie ma wykazać te fakty, które uzasadniają jego twierdzenia” (tak SN w wyroku z 4 października 2017 rok, III SK 49/16). Na organie antymonopolowym nadal spoczywa ciężar udowodnienia popełnienia przez stronę deliktu administracyjnego czy podstawy do zakazania koncentracji, a na stronie spoczywa ciężar wykazania faktów przeciwnych (ekskulpacyjnych), pozwalających na dokonanie koncentracji. (vide: Postępowanie dowodowe przed Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, dr Radek Rafał Wasilewski w: Znaczenie postępowania dowodowego przed Prezesem UOKiK dla postępowania odwoławczego oraz innych postępowań.)

### ***Rynki właściwe***

117. Określenie charakteru zgłoszonej koncentracji musi poprzedzić zdefiniowanie rynków właściwych, na których są aktywni uczestnicy koncentracji. Rynki właściwe – czyli rynki na których koncentracja wywiera wpływ (rynki dotknięte).

118. W niniejszej sprawie Prezes UOKiK na podstawie art. 20 ust. 1 w związku z art. 13 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 2 pkt 2 ustawy zakazał dokonania koncentracji, polegającej na przejęciu przez (...) S.A. z siedzibą w W. kontroli nad (...) sp. z o.o. z siedzibą w W. - wskazując, iż realizacja Koncentracji może doprowadzić do istotnego ograniczenia konkurencji (Prezes doprecyzował w tym zakresie swoje stanowisko w toku procesu) na następujących rynkach w układzie horyzontalnym:

- na rynku ogólnopolskim reklamy radiowej,
- na rynkach lokalnych reklamy radiowej w Ł., P.

i W..

119. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów przyjął zatem, iż w zakresie oceny skutków Koncentracji spór pomiędzy Powodem oraz Pozwanym dotyczył jedynie wymienionych wyżej rynków i jedynie kwestia potencjalnego wpływu Koncentracji na te rynki stanowiła przedmiot zainteresowania w niniejszym postępowaniu. W konsekwencji Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów dokonał także ustaleń faktów istotnych dla rozstrzygnięcia (art. 227 k.p.c.) – koncentrując się na rynkach wymienionych w pkt 103. Nie było potrzeby odnoszenia się do wszystkich ustaleń i twierdzeń Prezesa UOKiK zawartych w zaskarżonej Decyzji, jak również nie było potrzeby dokonywania ustaleń w przedmiocie faktów, które nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia, nie legły bowiem u podstaw wydania zakazu dokonania Koncentracji.

120. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów podzielił ustalenia Pozwanego, dotyczące rynków właściwych (stwierdzenie to ogranicza się do rynków istotnych z punktu widzenia rozstrzygnięcia niniejszej sprawie - z przyczyn

wskazanych wyżej Sąd nie analizował zarzutów Powoda dotyczących rynków, w zakresie, których Prezes UOKiK nie stwierdził zagrożenia istotnym ograniczeniem konkurencji).

121. Kwestia dotycząca ustalenia rynków właściwych - istotnych z punktu widzenia zaistniałego sporu nie była sporna między stronami (vide pismo przygotowawcze Powoda z 4 sierpnia 2021 roku nb. 35 i nast. k.885).

122. W doktrynie wskazuje się, że w wyniku koncentracji horyzontalnych (taki charakter ma Koncentracja), do istotnego ograniczenia konkurencji dochodzić może w dwojaki sposób poprzez efekty jednostronne (nieskoordynowane) oraz efekty skoordynowane. (por.: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, kom. do art. 18):

123. W niniejszej sprawie Prezes UOKiK, w zaskarżonej Decyzji, wskazał na możliwość wystąpienia – na relevantnych rynkach właściwych – **efektów skoordynowanych**.

124. Efekty skoordynowane mogą wystąpić, kiedy koncentracja spowoduje zmianę charakteru konkurencji na którymkolwiek z powiązanych rynków, polegającą na tym, że zaistnieje znaczne prawdopodobieństwo, że przedsiębiorstwa, które poprzednio nie koordynowały swoich działań, zaczną je koordynować w celu podniesienia cen lub innego zakłócenia skutecznej konkurencji. Przy czym chodzi tu o koordynację o charakterze cichej zмовы - nie porozumienia. Sytuacja taka prowadzi do ryzyka powstania lub umocnienia kolektywnej – zbiorowej (kolektywnej) pozycji dominującej.

125. Przez zbiorową pozycję dominującą należy rozumieć sytuację, w której dwóch lub więcej przedsiębiorców - konkurentów - uświadomiwszy sobie, że są wzajemnie zależni, i że osiągną lepszy wynik koordynując swojej działania, bez uciekania się do zawierania porozumienia (my do czynienia z tzw. milczącym porozumieniem), ogranicza rywalizację, a więc prowadzi politykę rynkową zgodną z interesem własnym i interesem konkurentów.

126. Definicję zbiorowej pozycji dominującej ukształtowało orzecznictwo europejskie, a zwłaszcza postanowienie z dnia 28 czerwca 2004 r. w sprawie T-342/99, A. plc v. Komisja Wspólnot Europejskich, EU:T:2004:192 (dalej – A.), uznawane za kluczowe w tej kwestii: "wykreowanie zbiorowej pozycji dominującej jest możliwe w warunkach rynku o określonych cechach, w takich warunkach koncentracja prowadzi do sytuacji, w której każdy członek oligopolu, gdy uświadomi sobie wspólnotę interesów, przyjmuje jako ekonomicznie racjonalne (uzasadnione) jednolite postępowanie na rynku, [...] bez konieczności zawierania porozumienia lub uciekania się do stosowania uzgodnionych praktyk w rozumieniu art. 81 TWE, a aktualni i potencjalni konkurenci lub kontrahenci i konsumenci nie mogą temu efektywnie przeciwdziałać" (pkt 61).

127. W doktrynie podkreśla się, że wyrok w sprawie A. ustanowił pewien standard przesłanek wymaganych do dowiedzenia zaistnienia kolektywnej pozycji dominującej (tak - Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, kom. do art. 18) i ma znaczenie przede wszystkim w obszarze wyznaczania kolektywnej pozycji dominującej dla celów oceny antykonkurencyjnych skutków koncentracji na rynkach oligopolistycznych i określania standardu dowodowego w tych sprawach (tak: Skoczny Tadeusz, Koncentracja przedsiębiorstw – Ocena zgodności ze wspólnym rynkiem. (...) do wyroku (...) z dnia 6 czerwca 2002 roku, T-342/99).

128. Warunkiem koniecznym powstania lub umocnienia kolektywnej pozycji dominującej są warunki (warunki A.), które winny być spełnione kumulatywnie:

- niewielka liczba uczestników rynku – wąski oligopol o symetrycznym układzie sił, stabilne warunki rynku w, niski stopień innowacyjności i zmian popytu;
- transparentność rynku – łatwość monitorowania zachowań konkurentów;
- istnienie mechanizmów dyscyplinowania uczestników działających niezgodnie z interesem konkurentów;

- nieistnienie zagrożenia dla realizacji wspólnej strategii konkurentów lub odbiorców.

Ponadto zaistnieniu kolektywnej pozycji dominującej sprzyja również istnienie związków strukturalnych lub ekonomicznych między uczestnikami rynku również przejęcie kontroli nad lub połączenie z konkurentem, wyłamującym się z obowiązujących reguł działania lub potencjalnym konkurentem.

129. Jako czynnik osłabiający zdolności do koordynacji uczestników wąskiego oligopolu wskazuje się obecność na danym rynku przedsiębiorcy, którzy trwale prowadzi odmienną od konkurentów politykę rynkową, zagrożenie konkurencją, znacząca siła odbiorców, zmienność popytu.

130. Decyzja prezesa UOKiK, wydawana w ramach prewencyjnej kontroli koncentracji, wydawana jest w oparciu o jednolite kryterium. Kryterium tym jest odpowiedź na pytanie, 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, określonym w prawie unijnym testem S. (S.). Test jest niczym innym jak, po prostu, oceną zagrożenia istotnym ograniczeniem konkurencji, który aktualny kształt przybrał w wyniku w nowelizacji Ustawy o ochronie konkurencji konsumentów z maja 2004 roku.

131. Przy czym, zmiana ta nastąpiła w ślad za zmianą prawa unijnego w zakresie kontroli koncentracji – która weszła w życie wraz z Rozporządzeniem nr 139/2004, a test SIEC zastąpił wcześniejszy tzw. test dominacji, wg którego koncentracja mogła być zakazana, kiedy prowadziła do powstania lub umocnienia pozycji dominującej. W doktrynie podnoszono, iż test ten składał się z dwóch etapów – powstania lub umocnienia pozycji dominującej oraz istotnego ograniczenia konkurencji. W praktyce zatem brak wystąpienia pierwszej z tych przesłanek determinował negatywnie rozstrzygnięcie. Podnoszono, że test dominacji obarczony był błędem, mimo bowiem braku powstania lub umocnienia pozycji dominującej, nadal mogło dojść do osłabienia konkurencji. Wskazywano, że ryzyko takie, zwłaszcza występuje na rynkach o charakterze oligopolistycznym, gdzie koncentracja nie musi doprowadzić do uzyskania lub umocnienia pozycji dominującej (także zbiorowej), ale może prowadzić do osłabienia intensywności konkurencji. Fuzja lub przejęcie konkurenta nie zawsze doprowadzają do uzyskania lub umocnienia pozycji dominującej, a mimo to może wystąpić osłabienie intensywności konkurencji np. w wyniku zmniejszenia się ilości potencjalnych konkurentów, a zatem zmniejszenia się presji konkurencyjnej na rynku właściwym (por. Stawicki Aleksander red. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów komentarz, wydanie II, SIP Lex, kom. do art. 18, pkt. 2).

132. Ta konstatacja legła u podstaw zastąpienia testu dominacji nowym kryterium oceny dokonywanej koncentracji - testem istotnego ograniczenia konkurencji. Jest to kryterium bardziej elastyczne i bardziej dostosowane do ekonomicznego podejścia do oceny koncentracji. Umożliwia zapobiegnięcie koncentracji nawet w sytuacji, w której nie dochodzi do uzyskania lub umocnienia pozycji dominującej przez któregokolwiek z działających na rynku przedsiębiorców.

133. Wystąpienie „dominacji” na rynku właściwym nie jest warunkiem koniecznym skutecznej oceny dokonywanej przez Prezesa UOKiK (por.: S. J. kontrola rynków oligopolistycznych w prawie konkurencji, LEX 2015, Rozdział IV.5).

***Odnosnie zarzutu Powoda, iż Prezes UOKiK nie wykazał zaistnienia kolektywnej pozycji dominującej (rozumianej jako „kolektywnej dominacji”), co było warunkiem zaistnienia efektów skoordynowanych.***

134. W tym miejscu odnieść się należy do zarzutu Powoda, iż Prezes popełnił zasadniczy błąd na etapie formułowania teorii szkody w oparciu o efekty skoordynowane, który rzutuje na zaprezentowaną teorię szkody w ten sposób, że a limine należy uznać ją za błędną. Powód wskazał, że Prezes nie dokonał bowiem analizy w zakresie zaistnienia kolektywnej pozycji dominacyjnej, która jest warunkiem wystąpienia koordynacji. Powołując się na załączoną analizę wskazał, że kolektywna dominacja (dominacja oligopolistyczna) powstająca na rynkach skoncentrowanych (oligopolistycznych) wskutek połączenia przedsiębiorców powoduje wystąpienie efektów

skoordynowanych, uznawanych za istotne ograniczenie konkurencji poprzez koordynację działań na rynku. W ocenie Powoda zatem Prezes powinien dokonać testu kolektywnej dominacji i analizy czy na skutek koncentracji powstanie kolektywna pozycja dominująca. Skoro natomiast nie można przypisać Powodowi pozycji dominującej, czy chociażby kolektywnej z innym podmiotem, nie można mówić o istnieniu istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji, efekty skoordynowane są bowiem skutkiem występowania kolektywnej pozycji dominującej (Odwołanie nb. 126 - 129).

135. W odpowiedzi na ten zarzut Prezes stwierdził, iż oceniając zgłoszoną Koncentrację, zgodnie z przesłanką istotnego ograniczenia konkurencji, nie ma obowiązku uprzedniego udowodnienia, że w jej wyniku dojdzie do powstania indywidualnej bądź kolektywnej pozycji dominującej na rynkach właściwych, a uzasadnienie istotnego ograniczenia konkurencji może być dokonane w oparciu o inne zagrożenia.

136. W ocenie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów zarzut jest niezasadny - właśnie z przyczyn wskazanych wyżej. Zasada się bowiem na błędnej wykładni pojęcia „kolektywnej pozycji dominującej”. Pojęcie to nie oznacza bowiem uzyskania progów dominacji (art. 4) przez uczestnika koncentracji, ewentualnie z podmiotem trzecim, ale sytuację o której mowa była wyżej (pkt 110).

137. Do wniosku, że stwierdzenie ograniczenia konkurencji nie wymaga uprzedniego wykazania, że dojdzie do powstania lub umocnienia – przez uczestników koncentracji – pozycji dominującej prowadzi analiza przepisów Ustawy. Zgodnie z treścią artykułu 18 Ustawy – prezes 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; art. 20 ust. 1 stanowi, iż prezes nakazuje w drodze decyzji dokonanie koncentracji w wyniku, której konkurencja na rynku zostanie istotnie ograniczona w szczególności poprzez powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Decyzję Prezesa poprzedza zatem odpowiedź na pytanie, czy zamierzona koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku właściwym.

138. Ustawa nie zawiera definicji „istotnego ograniczenia konkurencji”, wskazuje jedynie, że jedną z postaci ograniczenia konkurencji może być powstanie lub umocnienie pozycji dominującej na rynku. Dotyczy to wszystkich koncentracji. Ta forma ograniczenia konkurencji – jako najczęstsza – została stypizowana w przepisie jako przykład, ale dyspozycja art. 20 ustawy zawiera otwarty katalog przykładów istotnego ograniczenia konkurencji („w szczególności”).

139. W ocenie Sądu analogiczne stanowisko zająć należy przy przeprowadzaniu testu istotnego ograniczenia efektywnej konkurencji, w sytuacji zagrożenia wystąpieniem skutków skoordynowanych w układzie horyzontalnym. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w której wystąpi zagrożenie efektami skoordynowanymi, mimo iż nie da się stwierdzić, że doszło do powstania lub umocnienia kolektywnej dominacji (przez strony koordynacji wraz z jednym lub więcej przedsiębiorstwami trzecimi). To było istotą zastąpienia testu dominacji testem istotnego ograniczenia konkurencji. Do istotnego ograniczenia konkurencji, w wyniku koncentracji horyzontalnych, może dojść poprzez skutki skoordynowane, których jedynie podstawowym (ale nie wyłącznym) przejawem jest powstanie lub umocnienie kolektywnej pozycji dominującej (por. Stawicki Aleksander red. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów komentarz, wydanie II, SIP Lex, kom. do art. 18, pkt. 2.3).

140. W konsekwencji należy stwierdzić, że test istotnego ograniczenia konkurencji nie wymaga uprzedniego wykazania, iż koncentracja prowadzi do uzyskania przez jej uczestników zbiorowej pozycji dominacyjnej. Uzyskanie takiej pozycji nie jest przesłanką wykazania zaistnienia skutków wzrostu siły rynkowej stron transakcji na konkurencję na rynku właściwym, nie jest zatem warunkiem wystąpienia istotnego ograniczenia konkurencji, a Prezes UOKiK ma zasadniczo nieograniczone możliwości orzekania w zakresie tej przesłanki. [por. Monika Bychowska, Ocena przesłanki istotności ograniczenia konkurencji w kontekście definiowania rynków właściwych w orzecznictwie dotyczącym kontroli koncentracji przedsiębiorców; Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018 nr 3(7)].

141. Ustawa nie precyzuje kryteriów, jakie należy wziąć pod uwagę z punktu widzenia oceny skutków analizowanej koncentracji dla konkurencji na rynku właściwym. Odwołuje się jedynie do kwestii uzyskania lub umocnienia pozycji dominującej. Taka jest niemniej istotą testu koncentracji. Opiera się on na pojęciach niedookreślonych

będących kategoriami ekonomicznymi. Zachowuje elastyczność i możliwość adaptacji w różnorodnych sprawach koncentracyjnych (tak.: M. Błachucki, System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców s.307, UOKiK, 2012)

142. Prezes UOKiK wydał w 2012 roku „Wyjaśnienia dotyczące oceny przez prezesa UOKiK zgłaszanych koncentracji” (dalej: Wyjaśnienia Prezesa UOKiK). W ich treści, w zakresie efektów skoordynowanych koncentracji wskazał, że mogą pojawiać się one na rynkach oligopolistycznych, których specyfika sprawia, że ich uczestnikom opłaca się zrezygnować z intensywnej konkurencji i są oni w stanie taką sytuację utrzymać bez porozumiewania się. Aby utrzymanie koordynacji oligopolistycznej było możliwe, konieczne jest spełnienie trzech warunków:

– rynek winien być na tyle przejrzysty, by możliwe było osiągnięcie przez jego uczestników (dorozumianej) koordynacji co do wspólnej strategii, maksymalizującej korzyści uczestników rynku,

– powinien istnieć wiarygodny mechanizm karzący, który pozwala zdyscyplinować przedsiębiorców odchyłających się od skoordynowanej strategii i zapewnić opłacalność stosowania się do niej,

– utrzymywanie strategii nie powinno być zagrożone reakcjami obecnych

i przyszłych konkurentów, jak również konsumentów.

Ponadto Prezes UOKiK wskazał, iż wśród czynników utrudniających ustalenie wspólnej strategii wskazano asymetrię udziałów rynkowych, nieprzejrzystość cen dla konkurentów, asymetrię w zakresie finansowania. Jako czynnik ograniczający możliwość utrzymania cen konkurencyjnych przez uczestników koncentracji wskazano możliwość reakcji w postaci migracji na zbliżony rynek produktowy.

### **Test SIEC**

143. W doktrynie wskazuje się na pewną metodykę oceny koncentracji z punktu widzenia możliwości wystąpienia niekorzystnych efektów skoordynowanych – w postaci powstania lub umocnienia zbiorowej pozycji dominującej.

144. Z. A. (red.), S. E. (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, kom. do art. 18:

145. Przy czym nie jest to sztywny schemat (tzw. check list), a bardziej oparty na utrwalonym orzecznictwie sądów europejskich przykład najczęściej wykorzystywanych analiz cząstkowych i możliwej sekwencji postępowania. Podkreślić należy, że w istocie nie istnieje jednolity test, który pozwalałby na przesądzenie o wystąpieniu przesłanki istotnego ograniczenia konkurencji i przesłanka ta każdorazowo analizowana być może w indywidualnym stanie faktycznym koncentracji [por. M. B., Ocena przesłanki istotności ograniczenia konkurencji w kontekście definiowania rynków właściwych w orzecznictwie dotyczącym kontroli koncentracji przedsiębiorców; Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny 2018 nr 3(7)].

146. Wskazano wyżej, iż ocena koncentracji ma charakter analizy, która antycypuje skutki koncentracji dla konkurencji – analiza ex ante. Podstawą takiej analizy winny być dane które opisują aktualną sytuację na rynku, występujące na rynku parametry konkurencji, siłę rynkową przedsiębiorców – uczestników koncentracji, siłę rynkową innych uczestników rynku właściwego. Uwzględnić należy również inne właściwości rynku, które mają wpływ na intensywność konkurencji - konkurencję cenową, jakościową, zróżnicowanie towarów, innowacyjność. Uwzględnić należy prognozy dotyczące efektów planowanej koncentracji w postaci zmian w strukturze rynku i wpływu koncentracji na intensywność konkurencji. To z kolei musi uwzględniać również badanie kwestii możliwości wejścia nowych uczestników na rynek, siły nabywców, innych czynników, które mają charakter prokonkurencyjny lub antykonkurencyjny

### **Standard dowodu**

147. Przez pojęcie standardu dowodu rozumieć należy niezbędny poziom dowodowy, jaki organ administracji lub sąd musi osiągnąć przed rozstrzygnięciem sprawy. Pojęcie to odnosi się do poziomu pewności lub prawdopodobieństwa, które należy osiągnąć przedstawiając swoje stanowisko na podstawie materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie (tak.: M. Błachucki, System postępowania antymonopolowego w sprawach kontroli koncentracji przedsiębiorców s.307, UOKiK, 2012). Kwestię standardu dowodu uznać należy za szczególnie istotną w postępowaniu dotyczącym prowadzonej *ex ante* oceny koncentracji. Ocena ta w pewnym zakresie bowiem wymyka się klasycznej ocenie opartej na pojęciu prawdy obiektywnej. Zaproponowane bowiem, jako przewidywane przez organ skutki koncentracji, scenariusze – tzw. teoria szkody - nie mogą być oceniane tak jak fakty, poprzez przypisanie im wartości prawdy lub fałszu. Te bowiem można – i należy – przypisać wyłącznie tej części uzasadnienia decyzji, która obejmuje ustalenie faktów. Część analityczna, efektem której jest teoria szkody, musi być natomiast badana z punktu widzenia logiki, spójności, doświadczenia życiowego i prawidłowego wnioskowania; z uwzględnieniem ustalonych w sprawie faktycznych uwarunkowań rynkowych, pod kątem prawdopodobieństwa wystąpienia – wywiedzionego na podstawie analizy - efektu koncentracji. Odwoływać musi się do zdroworozsądkowych założeń i obserwacji wynikających z życia gospodarczego. Analiza ma charakter prospektywny, niemniej musi się opierać się na założeniach, że dotychczasowe reguły ekonomiczne i uwarunkowania wynikające z działania rynków będą adekwatne i prawdziwe do opisu rzeczywistości w przyszłości. (M. Błachucki, *ibidem* 277). Nie można przy tym oczywiście wykluczyć sytuacji, iż da się wskazać jakiś element, który nie występował do tej pory w praktyce rynkowej, ale istnieją wysoce prawdopodobne przesłanki jego wystąpienia w przyszłości i jego wpływu na efekty koncentracji.

148. Nie można zatem oczekiwać od organu wskazania stuprocentowego dowodu na temat tego co się stanie po koncentracji. Organ musi jednak wykazać wysokie prawdopodobieństwo zaistnienia wybranego przez siebie scenariusza, jeżeli staje się on podstawą wydania decyzji zakazującej koncentracji, w sytuacji gdy organ doszedł do przekonania, że scenariusz ten wskazuje na wystąpienie istotnego ograniczenia konkurencji. Prezes UOKiK zatem (sąd w postępowaniu antymonopolowym), po ustaleniu faktów relewantnych dla sprawy w sposób wynikający z klasycznych w tej materii zasad dowodzenia w postępowaniu administracyjnym lub cywilnym, posiada pewną swobodę dotyczącą sposobu rozumowania - przeprowadzenia analizy - która doprowadzić ma do wyboru najbardziej prawdopodobnego - zgodnie ze wskazanymi wyżej wskazówkami - scenariusza dotyczącego efektu analizowanej koncentracji. Podkreślenia jednak wymaga, że obowiązkiem organu jest wybór najbardziej prawdopodobnego scenariusza koncentracji. Wynika to z tego, że nawet pewna swoboda organu co do interpretacji stanu faktycznego wymaga osiągnięcia odpowiedniego standardu dowodu. Nie stanowi zachowania, niezbędnego dla oceny koncentracji, standardu dowodu wybór – spośród możliwych do wystąpienia po koncentracji scenariuszy – scenariusza o niższym prawdopodobieństwie wystąpienia. Przyznany przez ustawodawcę znaczny poziom dyskrecjonalności działania organu antymonopolowego powinien w jak największym stopniu uwzględniać panujące realia rynkowe i nie powinien ograniczać się do przekonania urzędniczego (Cezary Banasiński – „Dyskrecjonalność w prawie antymonopolowym”, Wolters Kluwers, Warszawa 2015 r., str. 381).

149. „Największe prawdopodobieństwo” jest podstawowym standardem dowodzenia w prawie UE (por. T. Skoczny, *Zgody szczególne w prawie kontroli koncentracji*. Wydawnictwo Naukowe Wydziału Zarządzania Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2012, s. 34)

150. Wydawana na podstawie art. 18 Ustawy decyzja administracyjna (zgoda na koncentrację), ma charakter decyzji związanej. Prezes Urzędu, stwierdziwszy, że zgłoszona mu koncentracja nie stwarza zagrożenia istotnego ograniczenia konkurencji, jest zobowiązany wyrazić na nią zgodę. (por.: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, art. 18). Zatem ocena koncentracji, w kontekście istnienia przesłanek do wyrażenia zgody, winna być oparta na zobiektywizowanych kryteriach na tyle, na ile jest to możliwe do osiągnięcia. Temu służy zachowanie niezbędnego poziomu standardu dowodu.

151. W osiągnięciu niezbędnego w niniejszej sprawie standardu dowodu zasadne jest odwołanie się do orzecznictwa sądów unijnych, zwłaszcza przywołanego wyżej orzeczenia (...), w którym wskazano konieczność wykazania, niezbędnych dla udowodnienia istnienia zbiorowej pozycji dominującej, warunków rynkowych (przejrzystość rynku,

aby możliwe było wykrycie antykonkurencyjnych zachowań; istnienie wystarczających mechanizmów odstraszenia zapobiegających odstępstwom od wspólnej polityki; uniezależnienie zysków z koordynacji od groźby podjęcia działań przez konkurentów lub konsumentów).

152. Bezpośrednio do tych wytycznych, odwołuje się sam Pozwany (vide: Wyjaśnienia Prezesa UOKiK: 1.2. Efekty skoordynowane, strona 55), wskazując, iż w praktyce orzecznictwa prezesa UOKiK efekty skoordynowane analizowane są w oparciu o powyższe ramy.

153. Na konieczność odwoływania się do dorobku orzecznictwa europejskiego [Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 22 lipca 1992 r. w sprawie IV/M.190, (...); Decyzja Komisji Europejskiej z dnia 14 grudnia 1993 r. w sprawie IV/M.308, (...); wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 31 marca 1998 r. w sprawach połączonych C-68/94 i C-30/95, Republika Francuska, (...) ( (...)) oraz (...)((...)) przeciwko Komisji; Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 25 marca 1999 r. w sprawie T-102/96, G. przeciwko Komisji; Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z dnia 6 czerwca 2002 r. w sprawie T-342/99, A. przeciwko Komisji; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie C-413/06 P, (...) of A. przeciwko Komisji (I. I.)] w kontekście oceny kolektywnej pozycji dominującej w sprawach kontroli koncentracji, Prezes UOKiK wskazał również w decyzji z 2 stycznia 2018 roku, nr DOK – (...) (przeciwko (...) sp. z o.o. z siedzibą w W., (...) S.A. z siedzibą w W. (dawniej: (...) S.A. z siedzibą w W.) oraz (...) S.A. z siedzibą w W. (dawniej: (...). z o.o. z siedzibą w W.) – punkt 432, 433.

154. W tej samej decyzji Prezes UOKiK wskazał, że: „standard dowodowy stosowany przez Prezesa urzędu w ramach z zakresu ochrony konkurencji nie może pozbawiać unijnych reguł konkurencji skuteczności. Należy bowiem zauważyć, że jakkolwiek w motywie 5 Rozporządzenia nr 1/2003 wskazano, że Rozporządzenie nie ma wpływu na krajowe reguły dotyczące standardu dowodowego ani na obowiązek organów i sądów krajowych wykazania relewantnych okoliczności sprawy, to krajowe reguły i obowiązki w powyższym zakresie muszą pozostawać w zgodzie z ogólnymi zasadami prawa unijnego, w szczególności z zasadą skuteczności (effet utile).” (DOK – (...) p-ko (...), punkt 420).

155. Niewątpliwie wskazówki dotyczące ram i zasad oceny koncentracji płyną również z Wytycznych w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (2004/C 31/03, Dz.U.UE C z dnia 5 lutego 2004 r.), wg których oceny koncentracji dokonuje Komisja. Uwzględniają one dotychczasowy dorobek orzecznictwa. W zakresie efektów skoordynowanych wskazuje się m.in. (pkt 39 i nast.), że niezbędne są trzy warunki, aby koordynacja miała trwały charakter: możliwość monitorowania przestrzegania warunków koordynacji, istnienie wiarygodnego mechanizmu odstraszenia, który może zostać uaktywniony, jeśli zostanie stwierdzone odchylenie od zasad, reakcje z zewnątrz – obecnych i przyszłych konkurentów nie uczestniczących w koordynacji, jak również klientów, nie powinny mieć możliwości narażania na niebezpieczeństwo oczekiwanych wyników koordynacji. Wskazuje się ponadto, iż uwzględnić należy wszelkie dostępne stosowne informacje dotyczące charakterystyki rynków, których dotyczy ryzyko wystąpienia efektów skoordynowanych, cech strukturalnych, historii działalności przedsiębiorstw, które to informacje są zwłaszcza istotne, jeżeli cechy rynku właściwego nie zmieniają się znacznie lub też istnieje małe prawdopodobieństwo, iż ulegną zmianie w najbliższej przyszłości. Zwraca się również uwagę, iż bardziej prawdopodobne jest wystąpienie koordynacji tam, gdzie konkurencji mogą z łatwością wykształcić wspólne pojęcie definiujące sposób, w jaki koordynacja powinna działać. Łatwiej jest osiągnąć porozumienie w sprawie warunków koordynacji w mało skomplikowanym środowisku ekonomicznym, w przypadku, kiedy mamy do czynienia z homogenicznym produktem, a przedsiębiorstwa są względnie symetryczne - względem struktury kosztów, udziałów rynku itd.

156. Mając na względzie wskazane wyżej uwagi dotyczące kryteriów oceny koncentracji Sąd Okręgowy Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów stoi na stanowisku, podzielając tym samym prezentowane w tym zakresie zapatrywania doktryny, że bogate doświadczenia unijnych organów antymonopolowych dotyczące stosowania testu istotnego ograniczenia, orzecznictwo sądowe oraz piśmiennictwo, jak również oparte na orzecznictwie samej Komisji oraz sądów europejskich w sprawach koncentracji Wytyczne Komisji, uzasadniają celowość odwołania się w tym względzie do doświadczeń unijnych. Przemawia za tym bliskość celów i konstrukcja systemu prewencyjnej kontroli koncentracji (por.: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz,

wyd. II, kom. do art. 18. pkt. 2.2.). Przemawia za tym również dotychczasowa praktyka Prezesa UOKiK i jego stanowisko zawarte w „Wyjaśnieniach dotyczących oceny koncentracji” z 11 czerwca 2012 gdzie Prezes UOKiK odwołuje się do przesłanek oceny koncentracji wypracowanych w orzecznictwie sądów europejskich, o czym była już mowa wyżej.

### ***Teoria szkody***

157. 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 (zob. wyrok z dnia 14 grudnia 2005 r., (...) /Komisja, T-210/01, EU:T:2005:456, pkt 464) i czy to zachowanie będzie skutkowało istotnym ograniczeniem konkurencji. Analiza ma charakter prospektywny i winna opierać się na rozważeniu charakterystyki rynku, konkurencji, wykształconych mechanizmów, które mają wpływ na nabywców lub konsumentów. Musi zakładać koncepcję racjonalną, prawdopodobną, nie zaś wskazywać wyłącznie na hipotetyczną możliwość zaistnienia jakichś zdarzeń. Nie może być oderwana od realiów otoczenia biznesowego i ekonomicznego. Winna powstać w wyniku wnioskowania zgodnego z logiką i doświadczeniem życiowym. Stawiana hipoteza musi być najbardziej prawdopodobna z konkurencyjnych hipotez, które wyłaniają się w drodze wnioskowania (por. wyrok z dnia 28 maja 2020 r. – t-399/16 C. U., EU:T:2020:217 pkt 109; wyrok z dnia 16 stycznia 2019 r., Komisja/U. P. (...), C-265/17 P, EU:C:2019:23, pkt 32). Wskazane wcześniej, wypracowane przez orzecznictwo, judykaturę i piśmiennictwo kryteria oceny koncentracji, mają zminimalizować ryzyko tego, aby zaprezentowana teoria szkody miała charakter spekulatywny, to znaczy oparty na abstrakcyjnych wnioskach, nie znajdujących potwierdzenia w realiach rynkowych.

158. Odnosząc teorię szkody do standardu dowodu wypracowanego przez orzecznictwo europejskie wskazać należy ponadto, że „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” (por. wyrok z dnia 28 maja 2020 r. – t-399/16 C. U., EU:T:2020:217 pkt 111; wyrok z dnia 15 lutego 2005 r., Komisja/(...), C-12/03 P, EU:C:2005:87, pkt 44). „Można uznać koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym wyłącznie w przypadku, kiedy znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji jest bezpośrednim i natychmiastowym skutkiem koncentracji. Taką przeszkodę, będącą wynikiem przyszłych decyzji podmiotu powstałego w wyniku koncentracji, można uznać za bezpośredni i natychmiastowy skutek koncentracji, jeżeli zmiany właściwości i struktury rynku spowodowane przez tę koncentrację sprawiają, że owo przyszłe zachowanie staje się możliwe i rozsądne z ekonomicznego punktu widzenia” (por. wyrok z dnia 28 maja 2020 r. – t-399/16 C. U., EU:T:2020:217 pkt 114; wyrok z dnia 11 grudnia 2013 r., (...) /Komisja, T-79/12, EU:T:2013:635, pkt 118). Jako że analiza opiera się także na hipotezach, „nie można wymagać, aby przedstawiono dowód, że scenariusze i teorie szkody uwzględnione w ramach tej oceny nieuchronnie będą miały miejsce. Te scenariusze i teorie szkody muszą jednak być wystarczająco realistyczne i wiarygodne, a zatem nie mogą być możliwe wyłącznie z teoretycznego punktu widzenia, w świetle analizy wszystkich istotnych czynników” (zob. wyrok z dnia 28 maja 2020 r. – t-399/16 C. U., EU:T:2020:217 pkt 117).

159. Wynikiem analizy musi być konstatacja, że koncentracja doprowadzi do **istotnego** ograniczenia konkurencji. Zatem w sytuacji kiedy koncentracja prowadzi do ograniczenia konkurencji, ale jest ono nieistotne Prezes UOKiK musi wydać zgodę na koncentrację (...) - decyzja prezesa UOKiK z 5 grudnia 2008 roku nr DKK – (...) (...); tak.: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, kom. do art. 18, pkt, 3.1)

### ***Oдноśnie ustalonych faktów stanowiących podstawę rozstrzygnięcia.***

160. Zasadniczo między stronami nie było sporu co do faktów istotnych dla rozstrzygnięcia – w części w jakiej pokrywają się one z ustaleniami Prezesa UOKiK. Strony natomiast zasadniczo różniły się w ocenie tych faktów



w kontekście występowania przesłanek istotnych z punktu widzenia wydania zaskarżonej decyzji – zakazującej dokonania Koncentracji.

161. Zawarte w treści odwołania w punktach B.3. i B.4. zarzuty sformułowane jako dotyczące ustaleń dokonanych przez Pozwanego w istocie dotyczą oceny prawnomaterialnej.

***Kwestia doliczenia do udziałów rynkowych (...) udziału rynkowych stacji należących do Pakietu Niezależnych i do Rozgłośni Diecezjalnych (...)***

162. W Decyzji Prezes UOKiK, odnosząc się do struktury udziałów uczestników koncentracji w rynkach reklamy radiowej, zaliczył w poczet udziału (...) w rynku reklamy ogólnopolskiej, także udział wynikający ze współpracy (...) z Pakietem Niezależnych oraz Rozgłościami Diecezjalnymi (...). Prezes wskazał, że udział tych podmiotów został doliczony do udziałów (...), ponieważ (...) posiada wyłączność na oferowanie, razem w jednej ofercie pod nazwą Pakiet Niezależnych, czasu reklamowego stacji należących do tego pakietu i przeznaczonego na reklamę ogólnopolską. (...) posiada wyłączność na sprzedaż tego czasu i samodzielnie decyduje o jego cenach. Pakiet ten wchodzi w skład głównych parkietów handlowych będących w ofercie biura reklamy grupy (...). Przy czym Prezes nie kwestionował, że stacje wchodzące w skład Pakietu Niezależnych należą do podmiotów trzecich i pomiędzy (...), a tymi podmiotami nie istnieją jakiegokolwiek powiązania kapitałowe. Poza sporem było to, że (...) nie wywiera również wpływu na działalność stacji z Pakietu Niezależnych, ani na ich politykę handlową. (...) nie posiada również wyłączności na zakup czasu reklamowego z tych stacji. W ocenie Prezesa jednak dopóki dany podmiot objęty jest umową współpracy w ramach pakietu niezależnych dopóty tylko (...) może oferować na rynku czas reklamowy przeznaczony na reklamy ogólnopolską tego przedsiębiorcy. Z punktu reklamodawców i domów mediowych, negocjujących z (...) stawki za wykorzystanie tego czasu reklamowego, nie ma różnicy, czy właścicielem stacji jest (...) czy któraś ze stacji należących do Pakietu Niezależnych. Przy czym, jeżeli chodzi o rynek ogólnopolskiej reklamy radiowej Prezes uwzględnił udziały Pakietu Niezależnych pochodzące z tego rynku.

163. Podobnie, jeżeli chodzi o Rozgłoszenie Diecezjalne (...) Prezes podkreślił że należą one do innej grupy kapitałowej niż (...). Na podstawie umów cywilnoprawnych udostępniają grupie (...) całość przysługującego im czasu reklamowego w czasie antenowym i (...) umieszcza reklamy w blokach reklamowych Rozgłośni Diecezjalnych (...). W ocenie Prezesa uzasadnia to przypisanie udziału w tych stacji do udziałów w rynku grupy (...).

164. Z takim ujęciem nie zgadzała się strona odwołująca. Powód zarzucił Prezesowi, iż sumowanie udziałów (...) z udziałami Pakietu Niezależnych oraz dziewięciu Rozgłośni Diecezjalnych (...) jest nieprawidłowe, gdyż – przede wszystkim - są to podmioty niepowiązane kapitałowo z Powodem. Jeżeli chodzi o Pakiet Niezależnych współpraca oparta jest wyłącznie na porozumieniach handlowych dotyczących sprzedaży czasu reklamowego rozgłośni wchodzących w skład tego pakietu. Pomiędzy (...) i Pakietem Niezależnych nie istnieją jakiegokolwiek powiązania kapitałowe, organizacyjne i strukturalne, które nakazywały postrzegać łącznie pozycję rynkową tych podmiotów z (...). Umowa z Pakietem Niezależnych jest umową handlową, która nie daje prawa do wywierania jakiegokolwiek wpływu na działalność stacji zrzeszonych w ramach pakietu ani na ich politykę handlową. (...) działa w relacji z rozgłościami wchodzącymi w skład Pakietu Niezależnych jedynie jako pośrednik sprzedaży czasu reklamowego, a zatem niezasadne jest przypisywanie przychodów w ramach tej umowy do udziałów rynkowych grupy (...). Umowa może być w każdej chwili wypowiedziana.

165. Jeżeli zaś chodzi o relację (...) z Rozgłościami Diecezjalnymi (...) Odwołujący wskazał, iż podmioty z grupy (...) związane są umowami z kościelnymi osobami prawnymi, posiadającymi koncesje radiowe na rozpowszechnianie programu radiowego. Współpraca opiera się na umowie o współpracy zawierającej podstawowe zasady oraz tzw. Umowach wykonawczych dotyczących produkcji i zestawienia audycji radiowych dla rozgłośni, udostępnienia czasu reklamowego. Umowy te przewidują, że kościelne osoby prawne – jako koncesjonariusze – zachowują prawo do kontroli merytorycznej programu. W przypadku niektórych z podmiotów współpraca oparta jest o umowy franczyzowe, niemniej – w ocenie Odwołującego – udziały rynkowe Rozgłośni Diecezjalnych (...) nie powinny być doliczane do udziałów rynkowych grupy (...), dlatego że nadawcami – właścicielami koncesji radiowych - są

kościelne osoby prawne, które nie są kontrolowane w rozumieniu ustawy przez grupę (...), łączące (...) z Rozgłościami Diecezjalnymi (...) relacje mają charakter wyłącznie obligacyjny, a ponadto umowy o współpracy nie mają trwałego charakteru.

166. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie podzielił stanowiska Odwołującego w tym zakresie. Poczynione ustalenia zasadniczo są bezsporne – sporna pozostaje kwestia ich oceny w kontekście ustalenia udziałów Powoda w rynku właściwym – rynku ogólnopolskiej reklamy radiowej. Przedstawiona w treści odwołania argumentacja dotycząca sposobu liczenia udziału w rynku w istocie odwołuje się do przepisów o koncentracji (obrotu grupy kapitałowej, zaliczenia obrotu przedsiębiorcy nad którym sprawowana jest kontrola). Powód eksponuje fakt, iż (...) nie posiada powiązań kapitałowych z rozgłościami z pakietu niezależnych jak również z rozgłościami diecezjalnymi, ani żadnego wpływu na ich działalność, politykę handlową itd.

167. W art. 4 pkt 10 Ustawy odwołano się do udziału przedsiębiorcy w rynku, ale nie wskazano, wg jakich wskaźników należy obliczać ten udział. W doktrynie wskazuje się, iż udział w rynku należy mierzyć wartością sprzedaży, ilością zbytych towarów z uwzględnieniem zdolności wytwórczych (tak w: Kohutek Konrad, Sieradzka Małgorzata, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, LEX 2014). Zdaniem Sądu Okręgowego wykładnia przepisów o rynku właściwym i ustalanie udziałów w tym rynku przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji przedsiębiorców winna być poczyniona także z uwzględnieniem wytycznych płynących z Obwieszczenia Komisji w sprawie definicji rynku właściwego do celów wspólnotowego prawa konkurencji (97/C 372/03; Dz.U.UE C z dnia 9 grudnia 1997 r.), gdzie w pkt IV – Obliczanie udziału w rynku - wskazano, że „wielkość rynku i udziały w rynku w odniesieniu do każdego z dostawców może zostać obliczona na podstawie ich sprzedaży właściwych produktów na właściwym obszarze (NB 53); „istnieją nie mniej jednak inne wskazania, które w zależności od szczególnego produktu lub określonej branży, mogą dostarczyć użytecznych informacji, takich jak w szczególności zdolność produkcyjna” (NB 54). Z tego punktu widzenia zatem najbardziej ważkim kryterium jest wartość i wielkość sprzedaży właściwego produktu na rynku właściwym. Traktując zatem czas antenowy jako „sprzedawany produkt”, wskazać należy, że (...) na rynku reklamy oferuje potencjalnym zainteresowanym i sprzedaje czas antenowy, anten własnych stacji radiowych oraz stacji z którymi ma zawarte umowy cywilnoprawne. Dlatego niezależnie od tego, czy reklamy emitowane przez Grupę (...) ostatecznie emitowane są przez stacje radiowe należące do tej grupy, czy przez stacje radiowe należące do innych podmiotów, to udział w rynku E. budowany jest w oparciu o reklamy emitowane w stacjach (...) i stacjach, z których anten korzysta (...). W konsekwencji uznać należało, że także wartość reklam, które emitowane są za pomocą anteny stacji należących do Pakietu Niezależnych oraz Rozgłośni Diecezjalnych (...), winna zostać doliczona do całkowitego udziału (...) w rynku właściwym reklamy radiowej.

168. Na marginesie należy podkreślić, iż kwestia ta nie miała decydującego wpływu na treść rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie.

### ***Ocena teorii szkody.***

169. W ocenie Sądu Okręgowego w Warszawie Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów analiza rynków prowadzi do wniosku, że nie istnieją na nich warunki niezbędne do wystąpienia skutków skoordynowanych Koncentracji.

170. Prezes UOKiK nie przedstawił wystarczająco wiarygodnej i wystarczająco wysoko prawdopodobnej teorii szkody, która uzasadniałaby zakaz zgłoszonej przez Powoda Koncentracji.

### ***Teoria szkody wskazana w zaskarżonej Decyzji (uzupełniona w toku postępowania przed Sądem).***

171. W ocenie prezesa UOKiK w wyniku Koncentracji dojdzie do skupienia w ramach jednego przedsiębiorcy znacznej części ograniczonych zasobów niezbędnych do świadczenia usług – częstotliwości, na które podmioty z łączących się grup posiadają koncesje. Po koncentracji (...) na trzech rynkach lokalnych – w tym P. - posiadać będzie ok. 44-45% częstotliwości, podczas, gdy jej najważniejsi konkurenci poniżej 12%, a tylko w jednym przypadku 22%. Oznacza to, że (...) będzie mogła lepiej niż konkurenci pozycjonować tematycznie swoje programy i lepiej dopasować je do grup słuchaczy. Lepsze dopasowanie programów wpłynie na możliwość lepszego dostosowania reklam do odbiorców, dzięki

czemu uzyska ona przewagę konkurencyjną nad innymi nadawcami programów lokalnych. W efekcie podmiot ten będzie mógł wzmocnić swoją pozycję na rynkach reklamy radiowej.

172. Na lokalnych rynkach reklamy radiowej udział skoncentrowanego przedsiębiorcy, przy, uwzględnieniu udziałów konkurentów, wskazuje na możliwość uzyskania pozycji dominującej; po Koncentracji – na rynkach Ł. P. i W. grupa (...) spotykać się będzie z jednym konkurentem

o wysokich udziałach rynkowych. Suma udziałów dwóch największych uczestników dla każdego z tych miast przekroczy 70%. Doprowadzi to do sytuacji zbliżonej do duopolu w warunkach którego pojawić się może wiele niekorzystnych zjawisk dla konkurencji.

173. Analogicznie do sytuacji na lokalnych rynkach reklamy radiowej będzie wyglądać sytuacja na rynku reklamy ogólnopolskiej. W wyniku koncentracji powstanie podmiot dysponujący czasem antenowym odpowiadającym za wygenerowanie ok. 20-30% przychodów z ogólnopolskiej reklamy radiowej. Grupa ta, wraz z największym podmiotem na rynku reklamy krajowej, grupą (...) posiadała będzie łączny udział w wysokości ok. 60-80%, zaś kolejny pod względem wielkości konkurent ok. 10-15%. W przypadku rynku krajowego jego struktura również będzie zbliżona do duopolu (oligopolu) i jako taka oceniana powinna być jako mogąca doprowadzić do zaburzeń w funkcjonowaniu konkurencji.

174. Odnosząc się do rynku reklamy krajowej, jak również do lokalnych rynków reklamy radiowej Prezes wskazał, że koncentracje prowadzące do powstania struktury rynku zbliżonej do duopolu mogą stwarzać zagrożenia dla funkcjonowania konkurencji. W przypadku istnienia dwóch podmiotów o znacznie silniejszej pozycji rynkowej od pozostałych konkurentów powstaje bowiem groźba zarówno pojawienia się (1) efektów skoordynowanych, jak również (2) „postępującej marginalizacji” pozostałych uczestników rynku.

175. (1) W zakresie możliwych koordynacji Prezes UOKiK wskazał, że:

- „w takiej sytuacji zarówno ceny mogą się utrzymywać na poziomie wyższym niż w przypadku braku koncentracji, jak również inne warunki umów mogą być mniej korzystne dla reklamodawców lub pośredników” [Decyzja k. 35];
- „koordynacja na nie musi przybrać formy stosowania jak najniższych cen. Bardziej racjonalnym zachowaniem mającym posłużyć eliminacji konkurencji jest stosowanie rabatów retroaktywnych” Rabaty te mogą prowadzić do przejmowania zamówień kontrahentów, które w innej sytuacji byłyby realizowane przez mniejszych konkurentów. W dalszej kolejności prowadzić to może do upadłości dotychczasowych konkurentów. [Pismo przygotowawcze Pozwanego z 28 czerwca 2021 roku – Odpowiedź pozwanego na odwołanie, k. 847];
- „koordynacja prowadząca ostatecznie do wzrostu cen równie polegać może na ograniczeniu podaży” [Pismo przygotowawcze Pozwanego z 28 czerwca 2021 roku – Odpowiedź pozwanego na odwołanie, k. 849]

176. Prezes wskazał, iż efektem koncentracji będzie postępująca (2) marginalizacja pozostałych uczestników rynku. Wynikać ma to z tego, że:

- silne grupy radiowe, takie jak (...) lub, wzmocniona po koncentracji, (...) będą w stanie stworzyć takie reguły przyznawania retroaktywnych rabatów lub (...) (kickbacków) dla domów mediowych, że wszyscy najwięksi reklamodawcy, jak również domy mediowe będą korzystać wyłącznie z usług jednej z tych grup. Zgodnie z danymi uzyskanymi od 10 wiodących domów mediowych w Polsce, obecnie kampanie, w ramach których zamawiano reklamy w stacjach reprezentowanych przez jeden podmiot, stanowią około 20% wszystkich kampanii, a głównym powodem konieczności umieszczania reklam w stacjach różnych podmiotów jest problem z uzyskaniem pożądanego zasięgu. W pozostałych przypadkach skorzystanie z jednego podmiotu, może skutkować lepszymi warunkami cenowymi, wynikającymi ze skali budżetu, negocjacji i alokacji znacznej części posiadanego budżetu u jednego partnera biznesowego, będącego w stanie zapewnić odpowiednią słuchalność i wynikający z niej zasięg [Decyzja].

- Na rynkach związanych z reklamą skuteczną strategią prowadzącą do zwiększenia udziałów dla podmiotów niezbędnych przy realizacji kampanii jest posługiwanie się rabatami retroaktywnymi w sposób bardziej agresywny. (...), broniąc swojej pozycji będzie musiał zastosować symetryczne działania. Analogicznych działań nie będą w stanie podjąć inni nadawcy, którzy nie będą w stanie stworzyć systemów rabatowych o podobnej skali. W efekcie zaczną tracić klientów, „co po zbliżeniu wysokości udziałów rynkowych otworzy możliwość (...) i (...) zastosowania niemożliwej obecnie strategii koordynacji zachowań. Strategia ta postrzegana będzie jako atrakcyjna, ponieważ (...) będzie w stanie przeciwstawić się agresywnym zachowaniom (...), a w takiej sytuacji koordynacja będzie najbardziej opłacalną strategią [Pismo przygotowawcze Pozwanego z 28 czerwca 2021 roku – Odpowiedź pozwanego na odwołanie, k. 844].
- (...) będzie mogła tworzyć pakiety zarówno ogólnopolskie, jak i lokalne i eliminować pozostałe stacje ze swojej oferty reklamowej.
- Grupa (...) – jak właściciel różnych mediów reklamowych - będzie mogła tworzyć oferty łączące różne rodzaje reklamy i w ten sposób marginalizować nieposiadających takich możliwości konkurentów na rynku reklamy radiowej.
- (...) łatwiej będzie stworzyć, niemożliwą do zbudowania w obecnej sytuacji rynkowej przez jakiegokolwiek konkurenta kompleksową ofertę, która umożliwi realizację kampanii w ramach jednej grupy radiowej, co może spowodować, że domy mediowe/reklamodawcy nie będą poszukiwać innych dostawców czasu reklamowego. Po stworzeniu takiej oferty (...) będzie w stanie realizować strategię wykluczającą innych nadawców np. poprzez rabaty retroaktywne.

177. Wskazana wyżej koncepcja, zdaniem Pozwanego, opierać się ma na założeniu, że po wykluczeniu konkurentów możliwa będzie realizacja nadzwyczajnych zysków.

178. Ocenę zaprezentowanej przez Pozwanego – Prezesa UOKiK – teorii szkody poprzedzić należy uwagą natury ogólnej. Już bowiem forma jej zaprezentowania budzić musi uzasadnione wątpliwości co do wzajemnej spójności, realności i co za tym idzie prawdopodobieństwa wystąpienia nakreślonych w Decyzji scenariuszy.

179. Przede wszystkim sposób sporządzenia uzasadnienia Decyzji sprawia, że trudno jest zorientować się co w istocie stanowiło podstawę zakazu koncentracji. Prezes zidentyfikował kilka rynków, które w jego ocenie będą dotknięte Koncentracją. W treści Decyzji prowadzi rozważania na temat tych rynków i wpływu Koncentracji na konkurencję na tych rynkach. Z treści decyzji nie da się jednak bez wątpliwości wyinterpretować, że podstawą zakazu koncentracji była obawa co do wystąpienia skutków skoordynowanych na ogólnopolskim rynku reklamy oraz na lokalnych rynkach reklamy – w Ł., P., W.. Stanowisko w tym zakresie Pozwany doprecyzował dopiero na rozprawie. Świadczy to o tym, że uzasadnienie decyzji sporządzone zostało nie dość precyzyjnie i w istocie nie spełnia swojej roli, jako obligatoryjna część decyzji, pozwalająca zorientować się zainteresowanym w przesłankach, na których oparł się organ przy jej wydawaniu i realizująca zasadę przekonywania (art. 11 k.p.a.) oraz zasadę pogłębiania zaufania obywateli do organów państwa oraz świadomości i kultury prawnej obywateli (art. 8 k.p.a.).

180. Zwrócić również uwagę należy na chaos w systematyce, jeżeli chodzi o wywód dotyczący teorii szkody zaprezentowanej w treści Decyzji. Częściowo jest ona prezentowana w części ustaleniowej uzasadnienia, dotyczącej faktów, następnie w kilku miejscach w rozważaniach, później w części uzasadnienia która stanowi polemikę ze stanowiskiem Powoda przedstawionym Prezesowi w odpowiedzi na zastrzeżenia odnośnie Koncentracji. Sprawia wrażenie jakby składała się z luźnych pomysłów „wrzuconych” w różnych częściach uzasadnienia Decyzji, które - w wielu przypadkach - pozostawione są w próżni argumentacyjnej. Ponadto trudno się jest nie zgodzić z zarzutem strony Powodowej, iż Pozwany w istocie nie przedstawił jednego, najbardziej prawdopodobnego jego zdaniem scenariusza teorii szkody. Jako efekty koordynacji Prezes wskazuje bowiem możliwość utrzymywania się cen wyższych niż normalnie; wskazuje jednocześnie, iż, koordynacja na nie musi przybrać formy stosowania jak najniższych cen, bo bardziej racjonalnym zachowaniem mającym posłużyć eliminacji konkurencji jest stosowanie rabatów

retroaktywnych; a ponadto wskazuje, że koordynacja - prowadząca ostatecznie do wzrostu cen - polegać może na ograniczeniu podaży.

181. Wątpliwości co do spójności zaprezentowanego scenariusza nasuwa się również z uwagi na to, że jednocześnie, kreśląc scenariusz dotyczący marginalizacji, Prezes UOKiK wskazuje, że koordynacja będzie możliwa po tym, jak (...) zastosuje agresywny system rabatów, w wyniku którego mniejsi konkurenci stracą klientów, a (...) zbliży się wysokością udziałów rynkowych do (...). To – zdaniem Prezesa UOKiK – „otworzy możliwość (...) i (...) zastosowania niemożliwej obecnie strategii koordynacji zachowań”. W piśmie przygotowawczym Pozwany zaś wskazał, że „koordynacja ta będzie zaś, zwłaszcza prawdopodobna w sytuacji duopolu, który pojawi się po marginalizacji pozostałych uczestników rynku”. Nasuwa się zatem pytanie, czy marginalizacja mniejszych podmiotów ma być efektem działań w ramach koordynacji, czy możliwość wystąpienia koordynacji ma być skutkiem marginalizacji i powstania duopolu? Już prima facie zatem zaprezentowana teoria szkody, niejako „na wejściu”, jawi się jako wewnętrznie sprzeczna, nie czyniąca zadość postulatowi oparcia się na jednym, wybranym, najbardziej prawdopodobnym wynikającym z uwarunkowań rynkowych, scenariuszu, mogącym być bezpośrednim skutkiem koncentracji.

182. Nie można oczywiście odmówić Pozwanemu możliwości doprecyzowania swojego stanowiska na etapie postępowania sądowego – do czego doszło na rozprawie. Podwód doprecyzował swoje stanowisko w zakresie tego co w istocie stanowiło podstawę odmowy zgody na Koncentrację. W toku postępowania strona pozwana zasadniczo podtrzymała swoje stanowisko w zakresie nakreślonej w Decyzji teorii szkody.

183. Punktem wyjścia do rozważań na temat zaprezentowanych przez Prezesa UOKiK teorii szkody, które legły u podstaw zaskarżonej Decyzji, winno być ustalenie charakterystyki rynków właściwych, ich uwarunkowania i otoczenie ekonomiczne

### ***Rynki relewantne – zmiana struktury po Koncentracji***

#### ***Rynek ogólnopolskiej reklamy radiowej.***

184. Poza sporem było, że (...) nie posiada obecnie stacji radiowej – ogólnopolskiej. W 2019 roku udział (...) w ogólnopolskiej reklamie radiowej wyniósł 6,8 %, (...) (z Pakietem Niezależnych – 2,3%) - 21,9 %. Bezpośrednim skutkiem koncentracji (przyjmując dane z roku 2019) będzie 28,7 % udział koncentrujących się przedsiębiorstw w rynku. Największym uczestnikiem rynku pozostanie (...) 38,9%. Na rynku kolejni uczestnicy posiadać będą: (...) 13,1 %, (...) 10,4 %. Inne stacje – 8,7 %.

185. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie zgadza się z oceną, iż bezpośrednim skutkiem koncentracji będzie **znaczna** zmiana struktury tego rynku. Łączą się bowiem podmioty – drugi na rynku z podmiotem piątym na rynku, którego udział był znacząco mniejszy od pozostałych. Nadal na rynku pozostaje dwóch dużych uczestników (po koncentracji drugi duży uczestnik jest nieco większy niż przed koncentracją). Zmniejsza się (6,8%) dystans w udziale w rynku drugiego uczestnika do pierwszego - nadal jednak różnica wynosi prawie 10%. Trudno również zgodzić się z argumentem, że Koncentracja prowadzi do powstania struktury „zbliżonej do duopolu”. Wprawdzie Prezes nie definiuje tego stwierdzenia, niemniej zakładając, że chodzi o to, że na rynku pojawia się dwóch dużych uczestników znacząco odstających udziałem od pozostałych uczestników rynku to podkreślić należy w istocie sytuacja ta niewiele różni się sytuacji, która aktualnie panuje na rynku – przed koncentracją. Połączenie się drugiego na rynku pod względem udziałów uczestnika z piątym pod względem udziałów uczestnikiem i kilkuprocentowy wzrost udziałów tego pierwszego w rynku nie stanowi znacznej zmiany struktury tego rynku. Bezpośredni skutek Koncentracji zatem, dla struktury rynku, nie jest znaczący.

186. Podkreślić należy, iż zmiana właścicielska jest irrelevantna z punktu widzenia zachowania klientów – nabywców reklam. Zarówno w wyjaśnieniach składanych w toku postępowania administracyjnego, jak również w zeznaniach składanych w toku postępowania sądowego świadkowie podkreślili, iż to, kto jest właścicielem stacji radiowej nie ma znaczenia dla wyborów związanych z kampaniami reklamowymi. Kryterium właścielskie nie jest bowiem

kryterium istotnym przy wyborze stacji radiowej z punktu widzenia zamawiającego reklamę. Nie było sporu między stronami, iż rynek reklamy jest odbiciem rynku słuchalności. Samo połączenie się (...) i (...) pozostaje bez wpływu na słuchalność i zasięgi poszczególnych stacji radiowych. Słuchalność stacji radiowej i zasięg stacji mają wpływ na potencjalną możliwość dotarcia do zakładanej grupy docelowej reklamy. Jest to (obok ceny) najważniejszym kryterium przy planowaniu kampanii reklamowych z wykorzystaniem poszczególnych stacji. Zatem Koncentracja nie ma bezpośredniego wpływu na zmianę czynnika zasadniczego dla rynku reklamy – zasięgów i słuchalności.

### **Rynki lokalnej reklamy radiowej.**

(...)

187. Udział (...) w rynku w 2019 roku wynosił – 23,6 %, udział (...) 7,7 %. Po koncentracji zatem udział (...) będzie wynosił 31,3 %. Na tym rynku, największym konkurentem, z udziałami na poziomie 40-50% pozostanie (...). Kolejnymi konkurentami będą rozgłośnie polskiego radia (10-15%) – inne stacje (łącznie 10-15%).

**P.**

188. Udział (...) w tym rynku w 2019 roku wynosił – 39,4 % (lider rynku), udział (...) 6,2. Bezpośrednim skutkiem koncentracji będzie to, że (...) osiągnie 45,6 % udział w rynku (pozostanie liderem z większym udziałem o 6,2%). Drugim co do wielkości na rynku konkurentem, z udziałami na poziomie 30-40% pozostanie (...). Kolejnymi konkurentami będą rozgłośnie polskiego radia - 10-15%, (...) 5-10%, inne stacje - łącznie 10-15%.

**W.**

189. Udział (...) w tym rynku w 2019 roku wynosił – 29,3 %, udział (...) 4,8. Liderem jest T. (...) -50 % udziału w rynku. Bezpośrednim skutkiem koncentracji będzie to, że osiągnie (...) zwiększy udział do 34,1 %. Liderem nadal pozostanie (...). Kolejnymi konkurentami będą rozgłośnie polskiego radia – 15-20 %, (...) 0 – 5 %.

190. Już prosta analiza każe zwrócić uwagę na to że po Koncentracji nie dojdzie do znaczących zmian struktury na wskazanych rynkach lokalnych. Nigdzie nie następuje zmiana, jeżeli chodzi o lidera rynku. Na rynkach lokalnych (...) zanotuje kilkuprocentowy wzrost swego udziału z uwagi na to, że (...) na rynkach lokalnych posiada jedynie kilkuprocentowe udziały w rynku. Nie ma zatem znacznej różnicy, jeżeli chodzi o sytuację na rynkach przed Koncentracją i po Koncentracji.

191. Na żadnym z rynków również nie dochodzi do powstania duopolu (nawet gdyby – per se nie przesądza to jeszcze o występowanie zagrożenia dla konkurencji). Jedynie na rynku reklamy lokalnej w P. powstanie dwóch silnych graczy, znacząco odstających od pozostałych uczestników, niemniej ta sytuacja niewiele różni się od aktualnej.

192. Zaś sytuację określoną przez Prezesa UOKiK jako „zbliżoną do duopolu” mamy na tych rynkach aktualnie (np. P.). Cała struktura – wszystkich opisywanych wyżej rynków reklamy radiowej - pozwala bowiem stwierdzić że na każdym z nich występuje dwóch silnych graczy (przy czym zarówno na rynku ogólnopolskim jak i na rynkach lokalnych drugi z uczestników rynku znacząco odstaje in minus udziałem w rynku od pierwszego; jedynie na lokalnym rynku reklamy w P. są oni zbliżeni udziałami). Przy czym Prezes UOKiK nie wskazał, aby w aktualnej strukturze rynku prowadziło to do skutków, które mają wystąpić w sytuacji kiedy dojdzie do – w istocie – kilku procentowego przesunięcia udziałów w rynku.

193. Na każdym z rynków zmniejsza się ilość uczestników. Z rynku niejako odchodzi uczestnik (konkurent) którego udział wynosił kilka % ((...) – rynek ogólnopolski – 6,8 %; (...) na rynkach lokalnych – od 4,8 do 7.7%).

194. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie zgadza się ze stanowiskiem strony pozwanej, iż struktura rynków jest bardziej korzystna dla struktury rynku, która powstanie po Koncentracji. Stwierdzenie to nie zostało zasadniczo poparte spójną argumentacją i jest wyrazem dowolnej oceny. I przed Koncentracją, i po Koncentracji, pozycja i udziały zarówno silnych jak i słabszych uczestników, nie wiele się różnią. Nie jest przekonywująca koncepcja, iż

obniżenie jakości konkurencji wynikać ma z powstania - po Koncentracji - „sytuacji zbliżonej do duopolu” jeżeli – po pierwsze – taką sytuację można de facto stwierdzić w aktualnej strukturze rynków, a po drugie, nawet w sytuacjach definiowanych jako duopol Prezes wydawał zgody na koncentrację, wskazując, iż sytuacja duopolu prowadzi do tego, że – paradoksalnie – generuje wyższe poziomy potencjalnej konkurencji (vide decyzje Prezesa UOKiK nr (...). (...), RWA- (...), (...). (...)).

195. Pozwany nie kwestionował zawartego w treści odwołania stwierdzenia, iż w dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK, przy kontrolach koncentracji, nigdy Prezes UOKiK nie zakazał koncentracji, w sytuacji wzmocnienia drugiego na rynku uczestnika. Przeciwnie, w sytuacji, kiedy na rynku działało kilka podmiotów, jeden z nich miał silną pozycję, a koncentracja miała miejsce pomiędzy podmiotami o niższych udziałach rynkowych, UOKiK wyrażał zgody argumentując, iż koncentracja przyczyni się do zrównoważenia siły dotychczasowego dominującej uczestnika rynku. Prezes UOKiK wyraził zgodę, na przejęcie przez (...) sp. z o.o. kontroli nad (...) sp. z o.o. (Decyzja nr (...)), w sytuacji, kiedy na skutek transakcji powstał podmiot posiadający udział na poziomie około 40%, z argumentacją, że skutek Koncentracji na rynku aktywny będzie jeszcze jeden podmiot, o podobnym udziale rynkowym, który stanowić będzie istotną przeciwwagę dla siły dominującego podmiotu. Przy czym na rynku funkcjonowały jeszcze dwa inne mniejsze podmioty, które – zdaniem Prezesa – były zdolne do wywierania presji konkurencyjnej na uczestników koncentracji.

196. Z punktu widzenia zatem wcześniejszych decyzji Prezesa UOKiK trudno jest uznać za uargumentowane jego stanowisko, iż powstanie w wyniku Koncentracji drugiego dużego uczestnika rynku (nawet jeżeli jego pozycja jest dużo niższa od lidera), nie będzie niosło skutku prokonkurencyjnego, z uwagi na to, że w końcu na rynku pojawi się kolejny duży uczestnik, który będzie chociaż próbował stanowić przeciwwagę np. dla, niezagrożonego do tej pory, lidera na ogólnopolskim rynku reklamy radiowej – (...). Na taki pozytywny skutek koncentracji wskazywali w toku postępowania administracyjnego ankietowani uczestnicy rynku – domy mediowe. Samo zmniejszenie liczby graczy wskutek koncentracji, nawet na rynku oligopolistycznym, nie przesądza o wystąpieniu szkody dla konkurencji [vide Decyzje Prezesa UOKiK, w których wyrażono zgody na koncentrację, mimo tego że ich skutkiem było powstanie wąskiego oligopolu lub duopolu: DKK (...) ((...)/(...)), DKK (...) ((...)/(...))].

### ***Analiza charakteru rynków pod kątem wystąpienia skutków skoordynowanych***

197. W ocenie Prezesa UOKiK zagrożenie koordynacją zachowań, po Koncentracji, obejmuje (...) i jej największych – na poszczególnych rynkach – konkurentów. Na ogólnopolskim rynku reklamy – działania koordynacyjne mają objąć (...) oraz (...), natomiast na rynkach lokalnej reklamy radiowej – (...) oraz (...).

198. Jak była mowa wyżej, aby wykazać możliwość wystąpienia inkryminowanych w przedstawionej przez Prezesa UOKiK teorii szkody scenariuszy dotyczących wystąpienia efektów skoordynowanych, konieczne jest wykazanie występowania warunków do zaistnienia tychże efektów.

199. Jak wynika z Wyjaśnień Prezesa UOKiK (spójnych z warunkami A.), efekty skoordynowane koncentracji mogą pojawiać się na rynkach oligopolistycznych (wąski oligopol o symetrycznym układzie sił), których specyfika sprawia, że ich uczestnikom bardziej opłaca się zrezygnować z intensywnej konkurencji i są w stanie taką sytuację utrzymać bez porozumiewania się. Utrzymanie koordynacji oligopolistycznej wymaga spełnienia trzech warunków.

### ***Struktura rynku reklamy – symetria między uczestnikami koordynacji***

200. Łatwiejsze jest wspólne porozumienie w sytuacji, gdy przedsiębiorstwa są symetryczne względem kosztów, udziału w rynkach i mają związki strukturalne (Wytyczne EU pkt. 48).

201. Na wszystkich relewantnych rynkach reklamy, przed Koncentracją występują konkurenci o zróżnicowanej pozycji rynkowej. Od pozycji bliskiej dominującej ( (...)), poprzez silnych uczestników ( (...), (...), (...), (...)), do szeregu mniejszych uczestników. Ich udziały w rynkach nie pozostają symetryczne.

202. Po Koncentracji nie zajdzie istotna zmiana w symetrii udziałów. Nadal będzie jeden lider ( ...) na rynku ogólnopolskim, (...) na rynkach lokalnych; jedynie na lokalnym rynku reklamy w P. będzie dwóch silnych konkurentów o zbliżonych udziałach). Pomiędzy (...) i (...) po koncentracji nadal występować będzie znacząca różnica w udziale w rynku (ok. 10%).

203. Kampanie reklamowe planowane są z uwzględnieniem zasięgu stacji, a zatem istotne jest spojrzenie na istniejące, uwarunkowania rynkowe z tego punktu widzenia. Pomiędzy potencjalnymi uczestnikami koordynacji w tym zakresie również występuje znaczna asymetria. W 2020 roku zasięg dzienny grupy (...) 34,87%; zasięg dzienny łączących się przedsiębiorców – 25,43%; zasięg (...) – 16,73%. Udział w czasie słuchania w 2020 roku grupy (...) 35,47%; łączących się przedsiębiorców 24,40%; (...) – 13,95% (na podstawie badania (...) – k. 690). Ta asymetria również - w ocenie Sądu - ma znaczenie z punktu widzenia możliwości zbieżnego ukształtowania przez potencjalnych uczestników koordynacji np. zbliżonych warunków cenowych. W takiej sytuacji kiedy każdy z uczestników rynku w istocie ma do zaproponowania reklamodawcom odmienny produkt (inną ilość „uwagi” słuchaczy – nawet abstrahując tu od profilu ich zainteresowań) trudno jest ustalenie wspólnej polityki koordynacyjnej.

204. Konstatacja zawarta w punkcie poprzedzającym znajduje potwierdzenie w zeznaniach świadków – przedstawicieli domów mediowych. Wskazywali oni bowiem (zwłaszcza w kontekście różnic pomiędzy (...) i (...)) na różnicę w koszcie dotarcia do słuchacza u obu przedsiębiorców. Ta różnica wynika właśnie z różnicy w zasięgach obu stacji radiowych. Zasięgi nie zmieniają się po Koordynacji. Nie można zatem, jak czyni Pozwany, założyć wysokiego prawdopodobieństwa znaczącej zmiany, jeżeli chodzi o koszty dotarcia do słuchacza po stronie (...), nawet zakładając pewną poprawę w tym zakresie po stronie koncentrujących się przedsiębiorców (efekt połączenia struktur). Koncentracja nie zwiększa bowiem zasięgów. Koszt dotarcia do słuchacza to jeden z zasadniczych parametrów planowania kampanii reklamowej, a różnica w tym parametrze, pomiędzy przedsiębiorcami, niewątpliwie utrudnia, potencjalną koordynację.

205. W toku postępowania sądowego Powód podkreślał znaczące różnice kosztowe pomiędzy (...) i (...), co – m.in. – przekłada się na marże obu przedsiębiorców. Świadczenie wskazywali iż marżę grupy (...) notuje się na poziomie 50 – 60 % podczas gdy marża grupy radiowej (...) wynosi 16 proc. (tak również – opracowanie Tabela nr 17 – Raport Ekonomiczny Dotyczący Zastrzeżeń, gdzie wskazano, że marże (...) Grupy (...) wynosi za 2019 rok 55,3 %, Grupy (...) 16,3 %, Grupy (...) 22,5%). Kwestia ta nie była kwestionowana przez Prezesa UOKiK, uznana została za nieistotną - Prezes wskazał, że uwzględnił różnicę pomiędzy oboma przedsiębiorcami, ma wiedzę o niej, ale jego zdaniem „nie uniemożliwia to koordynacji zachowań” (k. 858 v). Trudno się nie zgodzić ze stwierdzeniem że, taka różnica „nie uniemożliwia koordynacji”, niemniej w ocenie Sądu – znacząco ją utrudnia. Tak znaczne różnice w marżach oznaczają zupełnie odmienną strukturę finansową obu przedsiębiorców, co za tym idzie zupełnie inny margines obu przedsiębiorców co do możliwości np. akceptowanego z punktu widzenia przedsiębiorstwa, obniżenia ceny w ramach koordynacji zachowań rynkowych, lub też zastosowania innego cenotwórczego zachowania – np. zastosowania rabatów wstecznych. Przekłada się to w konsekwencji na trudność w znalezieniu przez przedsiębiorców biorących udział w koordynacji tzw. punktu skupienia - czyli akceptowalnego i korzystnego (optymalnego) dla ich interesów np. poziomu ceny – który da się odnaleźć w sposób dorozumiany, bez komunikowania się. To prowadzi zaś do wniosku, iż w takich warunkach rynkowych, scenariusz koordynacji zachowań staje się mniej do podobny. Przy czym to (...) jest w gorszej sytuacji, jako osiągająca niższe zyski z działalności – gdyby chciała – jak wskazuje Prezes UOKiK – narzucić (...) swoją „agresywną politykę rabatową” (vide – lit. przywołana w opracowaniu P. C. – Raport dotyczący zastrzeżeń wobec koncentracji, k. 319).

206. Znaczna asymetria pomiędzy przedsiębiorcami, nie tylko w zakresie udziału w rynku, ale również w zakresie kosztowym sprawia że mniej prawdopodobny staje się również scenariusz związany z agresywną polityką rabatową – tzn. koordynacją w zakresie agresywnych rabatów. Prezes wprawdzie nie zdefiniował na czym polegać ma „agresywny rabat”, to znaczy jaki poziom obniżenia cen reklamy - czy to wsteczny ( (...)) - czy w ramach rabatów przyznawanych przy zawieraniu, umowy ceny będzie uważał za agresywny. Można zakładać, że chodzi tu o poziom rabatu nieosiągalny (z punktu widzenia opłacalności działalności) dla innych mniejszych uczestników rynku. Ale tym bardziej, przy braku



symetryczności pomiędzy przedsiębiorcami trudno jest osiągnąć milczące porozumienie, skoro dla każdego z nich inna będzie definicja „agresywnego” rabatu, tzn. jeden z nich chcąc prowadzić agresywną politykę rabatową będzie mógł obniżyć ceny dużo więcej niż drugi – generalnie ma bowiem dużo wyższą marżę (niezależnie z czego to wynika) i może sobie na to pozwolić.

207. Prezes stwierdził, że po koncentracji (...) uzyska efekt poprawy efektywności kosztowej i zbliży się strukturą kosztów do (...). Nie negując pierwszej połowy tego stwierdzenia – taki jest bowiem zazwyczaj jeden z efektów koncentracji - nie można się zgodzić z jego konkluzją. Jest ona bowiem niczym nie poparta i stanowi dowolne (spekulacyjne) stwierdzenie Prezesa UOKiK. Prezes nie wykazał przed Sądem, aby po koncentracji oba przedsiębiorca zbliżyły się strukturą kosztową na tyle, aby można było przyjąć że zajdzie między nimi w tym parametrze symetryczność.

208. Inny charakter ma zaś zasadnicza różnica pomiędzy (...) a (...) - dotyczy profilu stacji radiowych posiadanych przez obu przedsiębiorców. Pomiedzy tymi uczestnikami rynku również istnieją znaczne różnice w marżach (vide niekwestionowane opracowanie – pismo Powoda z 7 kwietnia 2022 r., punkt 73) Poza sporem było, iż (...), jest liderem, jeżeli chodzi o dotarcie do słuchacza młodego i bardzo młodego, z dużego miasta, i w tym zakresie jest liderem na rynkach reklamy lokalnej (zeznania św. T. P. k. 1047, zeznania św. Z. B. k. 1054). Tej pozycji nie zagrozi Koncentracja – nie prowadzi do zmiany preferencji słuchaczy.

209. Wreszcie istnieje różnica pomiędzy wszystkimi przedsiębiorcami wynikająca również z tego, iż każdy z nich ma odmienny profil działalności. Oprócz działalności na rynku radiowym (...) zajmuje się sprzedażą biletów kinowych i tablicami reklamowymi. Radio nie jest jej najsilniejszą odnogą biznesową. (...) ( (...)) jest właścicielem kasyna a (...) jest częścią globalnego biznesu grupy (...).

210. W ocenie Sądu na żadnej z płaszczyzn pomiędzy potencjalnymi przedsiębiorcami mającymi koordynować swoje działania nie zachodzi symetria. Wręcz wyeksponować należy istotne różnice wynikające z udziałów w rynku, kosztów działalności, charakteru działalności, oferty swoich słuchaczy, jaką oferują reklamodawcom. To sprawia, że w tych warunkach – realiach rynkowych – wypracowanie na poszczególnych rynkach wspólnej koncepcji koordynacji zachowań -- pomiędzy potencjalnymi uczestnikami koordynacji – w świetle uwag ogólnych poczynionych wyżej, wydaje się mało prawdopodobne.

### ***Charakter produktu***

211. Łatwiej jest osiągnąć koordynację w sprawie jedyne, homogenicznego produktu, niż w sprawie wielu występujących na rynku zróżnicowanych produktów.

212. Przyjąwszy iż oferowanym przez stacje radiowe „produktem” jest czas reklamowy, a dokładnie dotarcie do określonego słuchacza (jego „uwaga”), zauważyć należy, że z uwagi na różnice w słuchalności, zasięgach sieci, specyfikę poszczególnych stacji radiowych, pakietyzacji ofert, w istocie produkt oferowany przez uczestników rynku reklamy, nie jest jednorodny. Zbliżony profil odbiorcy mają wprawdzie ogólnopolskie radiostacje – radio (...), ale z kolei – o czym była mowa wyżej – różnią się zasięgami. (...) i (...) mają dużo mniejsze zasięgi, ale dysponują stacjami, które zapewniają dotarcie do określonych grup słuchaczy - z punktu widzenia potrzeb reklamodawców. Te grupy są różne. To sprawia, że oferowany przez poszczególne stacje radiowe produkt w postaci czasu reklamowego w istocie różni się swoimi właściwościami. Trudno jest bowiem – jeden do jednego - porównać minutę czasu reklamowego w każdej stacji radiowej. Ich atrakcyjność dla reklamodawców jest wypadkową wielu zmiennych czynników. Wskazywali na to słuchani świadkowie mówiąc, iż nie ma czegoś takiego jak stacja niezbędna (must have) do przeprowadzenia kampanii reklamowej. Za każdym razem zapotrzebowanie na czas w konkretnej stacji radiowej wynika z określonych założeń kampanii reklamowej dotyczących dotarcia do określonej grupy słuchaczy i kosztów tego dotarcia.

213. Ta okoliczność również znacząco utrudnia próbę koordynacji działań na rynku reklamy.

### ***Przejrzystość rynku***

214. Rynek powinien być przejrzysty na tyle, aby jego uczestnicy - po pierwsze - mogli osiągnąć dorozumianą koordynację ogólnej strategii mającej maksymalizować korzyści uczestników rynku – po drugie - moc kontrolować przestrzeganie warunków tej koordynacji przez konkurenta ((...)/Wytyczne EU).

215. W toku postępowania Prezes UOKiK podkreślał, że w jego opinii rynek reklamy radiowej jest rynkiem specyficznym, z uwagi na, niespotykany zazwyczaj na innych rynkach, dostęp do bardzo szczegółowych danych z badania (...), wykonywanego przez (...) (...). Dzięki odpowiedniemu oprogramowaniu uczestnicy rynku są w stanie uzyskać zestawienia w oparciu o takie parametry jak fala badania, grupa celowa, stacja radiowa, przedział czasowy, dni tygodnia czy też kanał odbioru sygnału. W konsekwencji możliwe jest obliczenie wskaźników dotyczących słuchalności wszystkich emisji, audytorium średniego kwadransa obliczone w zdefiniowanych przedziałach czasu, średnią liczbę kontaktów z kampanią przypadającą na osobę, która miała co najmniej przynajmniej jeden kontakt z kampanią, koszt brutto wszystkich emisji podzielony przez wartość dotarcia do średniej liczby kontaktów czy też koszt brutto emisji podzielony przez liczbę kontaktów z kampanią. W ocenie prezesa możliwe jest zatem dokładne monitorowanie działania konkurentów, śledzenie kierunków rozwoju ich oferty, sprawdzenie jacy klienci i w jakiej ilości nabywają reklamy. Zdaniem Prezesa zatem mimo rozbudowanego i indywidualnie negocjowanego systemu rabatowego i braku znajomości dokładnych faktycznie stosowanych cen konkurentów uznać należy, że z uwag na dostępny zakres informacji rynek reklamy jest transparentny.

216. Powód wskazywał natomiast, że rynek reklamy radiowej nie jest transparentny w stopniu, który umożliwiłby wdrożenie i utrzymanie jakiegokolwiek skutecznej koordynacji pomiędzy grupami radiowymi

217. Niekwestionowaną i bezsporną okolicznością było to, że znane są cenniki reklam poszczególnych stacji radiowych. Bezspornym było jednak również to, że stacje radiowe nie mają dostępu do danych obejmujących jeden z najistotniejszy z punktu widzenia zamawiającego reklamę parametr – faktyczną cenę (transakcyjną) za czas reklamy – uzyskaną przez inną stację radiową. Potwierdzili to także wszyscy słuchani w sprawie świadkowie. Wszyscy wskazywali bowiem na to, że powszechną i oczekiwaną ze strony reklamodawców i domów mediowych praktyką jest udzielanie przez stacje, przy zawieraniu umowy na kampanię reklamową, rabatów od cen zawartych w ogłoszonych cennikach. Rabaty te osiągają poziom 30, 40, 80 a nierzadko 90% ceny wyjściowej. Rabaty są normą na rynku reklamy.

218. Poza sporem było również to, że nie ma ogólnie dostępnych informacji na temat rabatów wstecznych udzielanych przez poszczególne stacje radiowe (lub grupy), zazwyczaj w podsumowaniu roku współpracy (tzw. rabaty (...)). Nawet zatem przyjmując możliwość dokonania i kontrolowania koordynacji w zakresie strategii rynkowej dotyczącej ceny, w przypadku rynku reklamy radiowej istniałaby obawa, iż uczestnik rynku może dzięki ostatecznie poprawić swoją pozycję względem oferty konkurencji za pomocą np. promesy (umowy) i ostatecznego rozliczenia współpracy w ramach rabatów (...). W takiej sytuacji nie byłoby żadnej możliwości kontroli koordynacji przez konkurencję. Brak jest bowiem jakichkolwiek informacji – nawet przybliżonych na temat indywidualnie negocjowanych rabatów wstecznych. Przedsiębiorstwa koordynujące swoje zachowania często doświadczają pokusy zwiększenia z udziału w rynku poprzez odejście od warunków koordynacji poprzez obniżanie cen, niejawne oferowanie rabatów (Wytyczne EU pkt 49).

219. Sąd nie podziela zapatrywania Prezesa UOKiK, że monitorowanie milczącej koordynacji mogłoby się odbywać za pomocą danych dotyczących wahań ilości reklam pojawiających się w danej stacji. Wahania te – jak wskazywali świadkowie – nie wynikają wyłącznie z cenę reklamy. Ograniczone zainteresowanie wynikać może np. ze spadku słuchalności. Można sobie teoretycznie wyobrazić, że wszystkie te dane byłyby przetwarzane przed pod kątem próby ustalenia polityki cenowej konkurenta, ale w ocenie Sądu - mając na uwadze istniejące realia rynku - koncepcja ta jest mało realistyczna. Nie wiadomo dlaczego miałyby się sprawdzić akurat po Koncentracji, skoro w ten sposób, dotychczas, uczestnicy rynku nie postępowali. Trudno zaś jest obronić tezę, że w dotychczasowych realiach rynkowych uczestnicy rynku nie są zainteresowani wiedzą na temat polityki cenowej konkurencji.

220. Dlatego Sąd Okręgowy stanął na stanowisku, iż dostęp do wszystkich informacji uzyskiwanych za pomocą badań (...) to za mało, aby uznać rynek za transparentny w stopniu umożliwiającym podjęcie działań koordynacyjnych, a także ich utrzymanie. Cena jest bowiem jednym z decydujących czynników konkurowania na rynku reklamy. Prezes

UOKiK-u nie wskazał w jaki sposób (na czym będą się opierać) mający ze sobą koordynować działania potencjalni uczestnicy koordynacji nie znając ceny po której konkurent sprzedaje swój czas reklamowy. Podkreślić należy że dwa scenariusze koordynacji odwołują się do ceny czas reklamowego - w jednym z nich Prezes wskazuje, że koordynacja ostatecznie prowadzi do utrzymywania ceny na poziomie wyższym niż w przypadku braku koordynacji; w drugim, że zachowaniem koordynacyjnym ma być utrzymanie rabatów. Pomysł, że miałyby to się odbywać za pomocą analizy ilości emitowanych reklam jest oderwany od rzeczywistości rynkowej. Konkurenci na rynku reklamy nie mają zaś dostępu do informacji o faktycznych cenach, po których czas reklamowy sprzedaje konkurencja.

221. Warto również podkreślić, że również przywołana przez Prezesa UOKiK część wskaźników wykorzystywanych na rynku reklamy, które w ocenie Prezesa można obliczyć posiadając dane z (...) media, aby odzwierciedlać rzeczywistość rynkową wymaga znajomości cen transakcyjnych ( (...), (...))

222. W toku postępowania prezes UOKiK podniósł, iż w jego opinii transparentność rynku jest wystarczająca dla trzeciego scenariusza koordynacji, gdzie koordynacja polegać miałaby na ograniczeniu podaży, prowadzącym ostatecznie do wzrostu cen i tu dane K. są w zupełności wystarczające. Kwestia prawdopodobieństwa takiego scenariusza zostanie omówiona w dalszej części uzasadnienia, niemniej nawet ten scenariusz zakłada, że kontrola skutków koordynacji, co za tym idzie dalsze utrzymanie stanu koordynacji, wymagać będzie znajomości ceny konkurenta. Inaczej uczestnicy koordynacji nie będą w stanie stwierdzić czy osiągnęli strategię wzrostu ceny zakładaną milczącą koordynacją, a co ważniejsze czy ten poziom cen się utrzymuje.

223. W ocenie Sądu, w kontekście przedłożonych przez Prezesa UOKiK założeń teorii szkody, niezbędna byłaby wiedza uczestników rynku o cenie transakcyjnej konkurenta, a w scenariuszu obejmującym koordynowaną politykę „agresywnych” rabatów wstecznych – wiedzę przynajmniej przybliżoną o polityce rabatowej konkurenta. W kontekście zaproponowanych przez Prezesa UOKiK scenariuszy koordynacji, rynek reklamy, z uwagi na jego uwarunkowania związane z brakiem dostępnych informacji co do cen transakcyjnych za czas reklamowy, jak również informacji odnośnie rabatów wstecznych - indywidualnie negocjowanych pomiędzy domami medialnymi i poszczególnymi grupami radiowymi - które również stanowią czynnik cenotwórczy, nie może zostać uznany za transparentny w stopniu sprzyjającym, a nawet umożliwiającym milczącą koordynację. Uczestnicy rynku nie mają bowiem najważniejszej informacji z punktu widzenia wystarczająco jasnej komunikacji dotyczącej swoich wzajemnych preferencji w zakresie strategii rynkowej. Bez takiej komunikacji nie jest możliwe osiągnięcie koordynacji w zakresie pożądanego zachowania rynkowego. Jak wskazano wyżej dotyczy to zasadniczo wszystkich scenariuszy koordynacji.

224. Prezes UOKiK nie udowodnił (kwestionowanych przez Powoda) swoich twierdzeń o tym, że uczestnicy rynku posługują się zaawansowanymi narzędziami cyfrowymi, pozwalającymi na ustalenie wysokości cen transakcyjnych, po jakich zawierane są umowy przez konkurentów.

225. Przejrzystość może być niska na rynku, na którym transakcje są poufnie negocjowane pomiędzy kupującymi i sprzedającymi (Wytyczne EU pkt. 50). Prezes UOKiK w decyzji z 22 kwietnia 2008 roku, nr (...) 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. W zaskarżonej Decyzji Prezes UOKiK wskazał, że rynek reklamy radiowej jest rynkiem z „rozbudowanym i indywidualnie negocjowanym systemem przyznawania rabatów (s. 35 Decyzji)”. Decyzja z 22 kwietnia 2008 roku została przywołana w Wytycznych Prezesa UOKiK (strona 56), gdzie nieprzejrzystość cen wskazano jako jeden z czynników utrudniających ustalenie wspólnej strategii. W piśmie przygotowawczym z 25 czerwca 2021 roku Prezes UOKiK wskazał wprawdzie – w odniesieniu do stanowiska zaprezentowanego w przywołanej decyzji (...) – że na rynku nie istniał odpowiednik badania (...), ale nadal Sąd zwraca uwagę, że na rynku reklamy radiowej badanie to nie daje wiedzy o cenach transakcyjnych, a informacje z badania (...) nie są wystarczające do koordynacji działań.

226. Brak informacji o cenie reklam i rabatach wstecznych uniemożliwia także monitorowanie stanu koordynacji, gdyby stan taki został osiągnięty przez uczestników rynku. Skoro scenariusze koordynacji zakładają koordynację w zakresie cen lub rabatów, należy zadać sobie pytanie jak konkurenci mają monitorować swoje zachowania, aby

odpowiednio zareagować, jeżeli któraś ze stron odejdzie od przyjętej praktyki. Poza sporem też było, że informacje wynikające z badania (...) ukazują się z miesięcznym poślizgiem. Nawet zatem, gdyby przyjąć, że dostępne dane z badań K. wystarczają do wzajemnego kontrolowania zachowań rynkowych konkurenta, nie są to informacje, które pozwalają na szybką reakcję w razie odejścia od uzgodnionej milcząco strategii. Zwłaszcza w sytuacji, jeżeli znaczna część kampanii reklamowych nie jest dłuższa niż dwa tygodnie.

### ***Mechanizm odstraszenia (dyscyplinowania uczestników działających niezgodnie z interesem konkurentów)***

227. Uczestnicy rynku muszą dysponować środkami, pozwalającymi na ukaranie (zdyscyplinowanie) przedsiębiorców odstępujących od niekonkurencyjnej strategii. Wskazuje się, że jest to warunek konieczny do powstania lub umocnienia kolektywnej pozycji dominującej, o czym była mowa wyżej (zob. A. pkt 197-199). Koordynacja nie jest trwała, o ile w konsekwencji uchylania się nie będą wystarczająco poważne aby przekonać przedsiębiorstwa dokonujące koordynacji, iż przestrzeganie warunków koordynacji leży w ich interesie. Trwałość koordynacji zapewnia wyłącznie groźba odwetu (Wytyczne EU pkt 52). Wskazuje się na takie mechanizmy jak wojna cenowa, zwiększenie produkcji, odwet możliwy z uwagi na powiązania między uczestnikami, ukaranie na innym rynku. Mechanizm odwetowy musi mieć „charakter groźby realnej, tj. nawet ogólnie zarysowany mechanizm odwetowy powinien być możliwy do zastosowania w odniesieniu do danej zмовы milczącej i w danym kontekście rynkowym” (zob. decyzja Prezesa UOKiK DOK- (...), pkt 515).

228. Prezes UOKiK wskazał w zaskarżonej Decyzji, że w przypadku działań skoordynowanych mechanizmem karzącym może być wojna cenowa i powód do stanu sprzed koordynacji.

229. Ten pierwszy mechanizm z zaproponowanych mechanizmów wydaje się niezbyt możliwy do zastosowania ze względu na brak dostępu do informacji na temat cen stosowanych przez uczestników – o czym była mowa wyżej. Prezes UOKiK wprawdzie zmienił swoje zapatrywanie na tę kwestię (w kontekście przejrzystości rynku) i wskazał 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 (k. 850 v). Ta koncepcja – w jakimś stopniu możliwa oczywiście do zastosowania – ale sama w sobie zakłada dosyć skomplikowaną i obciążoną dużym ryzykiem błędnej analizy. Uwzględnić bowiem należy pewne istniejące uwarunkowania rynkowe. Przede wszystkim ograniczoną – 12 minut na godzinę – podaż czasu na reklamy. Sprawia to, że w czasie najwyższej słuchalności, kiedy czas reklamowy jest wypełniony, nawet znaczące obniżenie ceny reklamy może nie doprowadzić do zwiększenia ilości reklam.

230. Ponadto nie funkcjonuje tu prosty mechanizm, że obniżenie ceny prowadzi do zwiększenia ilości reklam z uwagi na fakt, że jednym z głównych po czynników determinujących wybór stacji radiowej dla celów kampanii reklamowej jest zasięg stacji. Na zasięg stacji radiowej cena czas reklamowy wpływu nie ma, a zatem nawet znaczące obniżenie ceny nie musi przełożyć się na to, że reklamodawca zamówi większą ilość reklam w stacji radiowej, która opuściła ceny. Wskazywali na to słuchani świadkowie, mówiąc iż będzie to miało wpływ po prostu na niższe koszty kampanii reklamowej, która nadal będzie uzupełniana reklamami w innych stacjach reklam radiowych (niższa cena pozwoli na zwiększenie zasięgu kampanii poprzez wykupienie reklam dodatkowo w innej stacji); nie chodzi bowiem o sprzedaż maksymalnej liczby reklam tam, gdzie jest taniej, tylko - zgodnie z założeniami kampanii reklamowej – dotarcie do założonej grupy docelowej – a do tego potrzebny jest odpowiedni zasięg.

231. W konsekwencji mechanizm karzący w postaci wojny cenowej jawi się być mało prawdopodobny. Prezes UOKiK sam zauważył, że nie ma możliwości bezpośredniego uzyskania informacji o cenach rynkowych stosowanych przez konkurencję. Mechanizm zaś polegający na monitorowaniu ilości reklam i wyciąganiu z tego wniosków o polityce cenowej uczestnika rynku - nie wydaje się być w praktyce do zastosowania. Gdyby tak było, w aktualnych w warunkach rynkowych również byłby to mechanizm stosowany przez uczestników rynku.

232. Wskazany jako drugi z mechanizmów karzących - powrót do stanu sprzed koordynacji jest natomiast bardzo słabym motywatorem. Skoro bowiem odejście od przyjętej milcząco strategii uczestnika rynku w zasadzie „nic nie

kosztuje”, nie ma ryzyka wystąpienia mechanizmów niekorzystnych dla uczestnika rynku, mało prawdopodobnym jest, aby taki uczestnik – nawet gdyby doszło do milczącego ustalenia niekonkurencyjnej strategii - utrzymał się w tej strategii (koordynacji) dłuższy czas, nie chcąc skorzystać z możliwości zwiększenia swego zysku przy pierwszej, nadarżającej się okazji.

233. W konsekwencji należało stwierdzić, że wskazane przez Prezesa UOKiK, jako mechanizmy odstraszenia uczestników potencjalnej koordynacji od odejścia przyjęte od przyjętej strategii antykonkurencyjnej są mało racjonalne i prawdopodobne (mechanizm wojny cenowej w sytuacji, gdy uczestnicy rynku nie znają cen transakcyjnych) lub nie niosą za sobą większych konsekwencji (mechanizm odstraszenia powrotem do status quo ante), co za tym idzie nie są czynnikiem wpływającym na motywację do utrzymania koordynacji. Ocena co do tego czy milcząca koordynacja ma szansę być trwała zależy od istnienia mechanizmu monitorowania i przestrzegania zasad koordynacji, aby zniechęcić uczestników milczącej koordynacji od odstąpienia od jej zasad w celu powiększenia własnych zysków (vide Wyrok w sprawie (...). pkt 123). Mechanizm odstraszenia musi nie tylko istnieć, ale też być skuteczniejszym niż pokusa uzyskania wyższych zysków przez obniżenie lub podwyższenie cen. Musi być wiarygodnym bodźcem sprawiającym, że nie opłaca się odchodzić od wspólnej polityki (tak: Skoczny Tadeusz, Koncentracja przedsiębiorstw – Ocena zgodności ze wspólnym rynkiem. Glosa do wyroku (...) z dnia 6 czerwca 2002 roku, T-342/99).

### ***Presja konkurencyjna na rynku (zagrożenie reakcjami konkurentów i klientów na przyjętą przez koordynujących)***

234. Skuteczność koordynacji warunkuje również to, aby działania przedsiębiorców uczestniczących w koordynacji nie były zagrożone przez innych przedsiębiorców - konkurentów - jak również - potencjalnych klientów. Inni uczestnicy rynku zagrażają koordynującym się przedsiębiorcom wtedy, gdy mogą zareagować na zachowania antykonkurencyjne. Na stabilność koordynacji ma wpływ zatem reakcja konkurentów i siła nabywcza klientów (Wytyczne EU pkt 56 i n.).

235. Prezes UOKiK - w odpowiedzi na złożone w toku postępowania administracyjnego stanowisko (...) dotyczące potencjalnej presji ze strony domów mediowych, mającej stanowić przeciwwagę w ewentualnych koordynacji - wskazał w Decyzji, że nie należy się spodziewać silnej presji na obniżkę ceny ze strony domów mediowych gdyż podmioty te nie mają znacznej siły negocjacyjnej. Nie są one bowiem ostatecznym płatnikiem za media. Wzrost ogólnego poziomu ceny za dane medium w niewielkim stopniu negatywnie oddziaływać będzie na ich funkcjonowanie.

236. Ponadto w wyniku Koncentracji powstanie grupa, która będzie musiała znaleźć się w ofercie domów mediowych - będzie bowiem niezbędnym do wykorzystania w trakcie kampanii partnerem handlowym – „must have” każdej kampanii reklamowej.

237. Wreszcie Prezes UOKiK nie dostrzegł presji ze strony innych mediów reklamowych.

238. W ocenie Sądu Okręgowego, zaprezentowana wyżej ocena odstaje od ustalonych realiów rynku reklamy.

239. Duże domy mediowe organizują około 70 % kampanii reklamowych. U powoda ok 50 % kampanii reklamowych zamawiają domy mediowe (zestawienie k. 311). W (...) – ok 60 %. Domy mediowe – o czym zeznawali słuchani świadkowie – narzuciły (wymusiły) na rynku praktykę udzielania wstecznych rabatów. Praktyka jest tak ugruntowana, że stacje radiowe nie mogą od niej odejść. Już tylko to daje pewien obraz jak silną presję domy mediowe mogą wywrzeć na stacje radiowe w zakresie ceny reklam.

240. Nie jest również tak, że domom mediowym nie zależy na niskich cenach – nie są bowiem ostatecznymi płatnikami za reklamy. Jak wskazali słuchani świadkowie (vide pkt 67 do 69) - po pierwsze, koszty kampanii reklamowych są jednym z istotnych elementów przy wyborze reklamodawcy do kampanii reklamowej. Domy mediowe nie zaakceptowałyby podwyżek reklamy radiowej, za którą nie szłaby zmiana istotnych - z ich punktu widzenia - parametrów takich jak słuchalność lub zasięg. Istotnie nie wynika to wyłącznie z chęci walki – w imieniu klienta - o

niskie koszty dotarcia do grupy docelowej, a bardziej o to aby przedstawiony klientowi koszt kampanii był możliwie atrakcyjny w istniejących warunkach rynkowych. Oceny kosztów bowiem dokonują audytorzy mediowi (osoby trzecie w procesie kształtowania kampanii reklamowej, do których należy ocena efektywności kosztowej kampanii zaproponowanej przez dom mediowy). Często ostateczna decyzja klienta co do propozycji kampanii przygotowanej przez dom mediowy uwarunkowana jest pozytywną rekomendacją audytora. Zaproponowana przez dom mediowy oferta kampanii, nieuzasadniona rynkowo od strony kosztowej, nie znalazłaby akceptacji. Zapewne zakończyłoby się to rekomendacją ułożenia planu kampanii z wykorzystaniem innego reklamodawcy albo wręcz przejścia do innego medium. Mimo zatem, że to reklamodawca – klient domu mediowego - ostatecznie ponosi koszty kampanii reklamowej, to nieuprawnione jest stwierdzenie, że domom mediowym nie zależy na niższej cenie, jakkolwiek na pewno nie tak jak ich klientom i z innych przyczyn niż klientom.

241. Ponadto domy mediowe konkurują także ze sobą. Udział w przetargu na świadczenie usług przez dom mediowy wymaga przekonania potencjalnego klienta zaoferowaną mu ceną, ta zaś zależy od ceny reklamy uzyskanej przez dom mediowy w mediach. To w ostatecznym kształcie ma wpływ na zasadniczy wskaźnik – (...)

242. Jak zeznawali świadkowie rynek domów mediowych jest rynkiem silnie konkurencyjnym, więc uprawnione jest stwierdzenie, że presja domów mediowych silna jest presją, jaką na domy mediowe wywierają ich klienci.

243. Wreszcie istotną kwestią jest to, że reklama radiowa, w całym „torcie reklamowym”, stanowi około 7% reklamy - za reklamą telewizyjną oraz internetową. Świadkowie podkreślali, że jest to raczej uzupełniające medium, jeżeli chodzi o kampanie reklamowe. Przewagą reklamy radiowej jest jej cena, minusem ograniczona forma przekazu. I z tego punktu widzenia patrząc stacje radiowe znajdują się pod dużo większą presją niż np. stacje telewizyjne.

244. Dlatego – o ile zgodzić należy się ze stroną pozwaną co do tego, że rynek reklamy internetowej oraz rynek reklamy telewizyjnej są to inne rynki właściwe - to jednak uprawnione jest stwierdzenie, że istniałaby również pewna presja, na potencjalnie koordynujących swoje działania przedsiębiorców, ze strony rynków innych mediów. Słuchani w sprawie świadkowie wskazywali, że nieoparte na racjonalnych, rynkowych przesłankach podniesienie cen reklamy radiowej, powyżej akceptowalnego przez klientów kosztu dotarcia – w pewnym momencie - może spowodować odpływ reklamodawców do innego medium – telewizji lub Internetu. Niezależnie od tego, że reklamy w różnych mediach mają swoje odmienności, odmienne charakterystyki i spełniają różne założenia z punktu widzenia dotarcia do potencjalnych klientów – to jednak wszystkie stanowią środek marketingu zwany reklamą. Nieuzasadniony wzrost cen reklam radiowych, w sposób wykraczający poza poziom akceptowalny przez reklamodawców, bez wątpienia wpłynęły po prostu na odwołanie się reklamodawców do innych środków reklamy – czyli po prostu do wyjścia z rynku reklamy radiowej (vide pismo (...) k. 807).

245. Okoliczność ta w ocenie Sądu Okręgowego stanowi niewątpliwą presję konkurencyjną, która wywierana jest na rynek właściwy – jest to okoliczność rynkowa, która towarzyszy Koncentracji. O tego rodzaju presji konkurencyjnej na rynek właściwy (wywieranej przez inne formaty niż strony uczestniczące w rynku właściwym) - Prezes UOKiK pisał w decyzji z 1 stycznia 2014 roku, nr DKK- (...).

### **Bariera wejścia.**

246. Zgodzić się należy ze stanowiskiem strony Pozwanej, że na rynkach radiowych może prowadzić działalność tylko ograniczona liczba przedsiębiorców. Aby rozpowszechniać naziemnie programy radiowe niezbędne jest bowiem uzyskanie koncesji od KRR i T. Liczba możliwych do uzyskania koncesji na nadawanie programu drogą naziemną jest zaś dyktowana ograniczoną liczbą częstotliwości radiowych, a faktyczne możliwości wejścia nowych podmiotów na rynek są znikome. Prezes UOKiK wskazał, że do czasu bliżej niesprecyzowanego zastąpienia analogowego nadawania programu radiowego technologią cyfrową nie ma realnej możliwości wejścia na rynek nowych konkurentów dla uczestników koncentracji.

247. Perspektywna analiza może i powinna uwzględniać ewentualne okoliczności, które jeszcze nie występują na rynku ale mogą się zdarzyć i mieć wpływ na konkurencję po Koncentracji. Jako taką okoliczność wskazywał

Powód technologię (...), której rozwój ma nastąpić na terenie kraju poprzez udostępnienie częstotliwości nadawcom komercyjnym. W tej technologii aktualnie nadają stacje (...) i zaczynają nadawać inni nadawcy. Powód wskazał, że obniża to barierę wejścia na rynek.

248. W ocenie Sądu jednak kwestia ta może zostać pominięta w kontekście niwelowania barier wejścia wynikając z przyczyn administracyjnych, o których mowa była wyżej. W lutym br. Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji rozpiła konkurs na 6 miejsc ogólnopolskim multipleksie, na którym ogólnie ma być dostępnych 12 stacji. Powszechną informacją jest, że technologia nie cieszy się dużym zainteresowaniem wśród odbiorców. Perspektywy rozwoju tej technologii również stają pod dużym znakiem zapytania z uwagi na powszechne nadawanie programów radiowych przez Internet i możliwości ich odbioru za pomocą zwykłego smartfona, bez konieczności zaopatrzenia się radio przystosowane do odbioru w technologii (...).

249. Jak wynika z powszechnie dostępnych informacji Grupa Radiowa (...) oraz Grupa (...) zrezygnowały z ubiegania się o możliwość rozpowszechniania swoich programów radiowych w oparciu o tę technologię, co uprawnia do wniosku, że strona powodowa nie traktuje perspektywy rozpowszechniania programów radiowych w technologii (...) za czynnik znacząco zmieniający układ uczestników rynku radiowego.

250. W takich okolicznościach przyjąć należy, że zasadniczo nie istnieje na rynkach relewantnych presja ze strony potencjalnych nowych konkurentów.

### ***Podsumowanie w zakresie warunków koniecznych do po powstania lub umocnienia kolektywnej pozycji dominującej.***

251. W ocenie Sądu Okręgowego charakterystyka rynków, oraz analiza uwarunkowań rynkowych przedstawiona powyżej, wyklucza ryzyko powstania skutków skoordynowanych w wyniku Koncentracji. W szczególności wynika to z tego, iż nie zostały kumulatywnie spełnione warunki w postaci istnienia w rynku o charakterze wąskiego oligopolu o symetrycznym układzie, rynku transparentnego tak, aby możliwe było łatwe monitorowanie zachowań konkurentów na rynku, na którym nie istnieje zagrożenie dla realizacji wspólnej strategii ze strony konkurentów i odbiorców.

252. Warunki te muszą zostać spełnione kumulatywnie (por.: Stawicki Aleksander (red.), Stawicki Edward (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, art. 18 pkt 3.1.2; Airtours).

### ***Odnosnie hipotez teorii szkody zaprezentowanej przez Prezesa UOKiK***

253. Fakt, iż istotne z punktu widzenia zagrożenia Koncentracją rynki nie spełniają warunków do zaistnienia efektów skoordynowanych uprawniałby Sąd do zakończenia na tym etapie oceny prawdopodobieństwa wystąpienia zagrożeń, które Prezes UOKiK uznał za podstawę zaskarżonej Decyzji.

254. Nie mniej odnosząc się do hipotez dotyczących tego, co wystąpi na rynkach po Koncentracji wskazać należy, że zaprezentowana teoria szkody zakładała zasadniczo dwa zagrożenia – koordynację (w postaci różnych zaproponowanych przez Prezesa UOKiK działań potencjalnych uczestników cichej zмовы) i marginalizację mniejszych uczestników rynku.

255. Wyżej wskazano, że to na Prezesie UOKiK, który wydał decyzję zakazującą koncentracji, spoczywa obowiązek wykazania w postępowaniu administracyjnym, przedmiotem którego jest ocena koncentracji, a następnie w postępowaniu przed SOKiK, jeśli dojdzie do przeniesienia sporu przed ten sąd, że istnieje przesłanka uzasadniająca zakaz koncentracji – w postaci istotnego ograniczenia konkurencji. W niniejszym postępowaniu, według Prezesa UOKiK, istotne zagrożenie konkurencji wiązać się miało z tym, że po Koncentracji wystąpią skutki skoordynowane – „cicha zмова” – koncentrującego się przedsiębiorcy z innymi uczestnikami rynku, skutkujące kolektywną pozycją dominującą uczestników koordynacji.

256. We wstępnej części uzasadnienia była mowa o tym, że zaprezentowana przez organ teoria szkody, czyli scenariusz tego, co się wydarzy po Koncentracji, jest hipotezą. Hipoteza ta nie wymaga, ani w postępowaniu administracyjnym,

ani na etapie postępowania przez SOKiK, udowodnienia – jest antycypacją przyszłych i niepewnych zdarzeń, które nastąpią na relewantnym rynku po koncentracji. Wymaga jednak wysokiego uprawdopodobnienia. Wysokie prawdopodobieństwo teoria szkody osiąga, gdy Prezes UOKiK – po pierwsze – wykaże zagrożone rynki charakteryzujące się cechami, które doktryna i orzecznictwo uznają za niezbędne do tego, aby wystąpiły na nich skutki skoordynowane; - po drugie – sama teoria jest musi zaś posiadać cechy, o których mowa była wyżej, w pkt. 141 – 142.

257. Zaprezentowana przez Pozwanego w niniejszej sprawie teoria szkody, leżąca u podstaw zaskarżonej Decyzji, nie osiąga wymaganego poziomu prawdopodobieństwa (nie została wystarczająco wysoko uprawdopodobniona) dlatego, że Prezes UOKiK nie wykazał, że Koncentracja zmieni strukturę rynku na tyle, że jego uczestnicy będą zachowywać się inaczej w przyszłości niż w przeszłości; nie wykazał istnienia na rynkach właściwych rzeczywistych cech tych rynków, które muszą być wykazane obligatoryjnie i traktowane są jako warunki wystąpienia i utrzymania kolektywnej pozycji dominującej (warunki (...)). Wreszcie postawiona hipoteza nie daje się ocenić jako będąca najbardziej prawdopodobnym, ekonomicznie rozsądnym (pożądanym przez potencjalnych uczestników koordynacji) modelem przyszanego zachowania.

258. Teoria szkody zasadza się na słabych fundamentach, jeśli chodzi o warunki rynków właściwych po koncentracji, niezbędne do zaistnienia kolektywnej dominacji. Ponadto podkreślić należy, że Koncentracja nie prowadzi ani do powstania duopolu na rynkach właściwych, ani wąskich oligopolu. W istocie – o czym była mowa wyżej - z uwagi na fakt, że łączący się przedsiębiorcy operują na innych rynkach właściwych (pominawszy małe procenty udziałów) - to znaczy (...) na rynkach reklamy lokalnej, zaś (...) na rynkach reklamy ogólnopolskiej, w istocie połączenie nie wiele zmienia na poszczególnych rynkach z punktu widzenia struktury tych rynków. Zmiany w udziałach uczestników rynku są kilkuprocentowe, a zmniejszenie się liczby firmy działających na danym rynku nie jest przesadzające o negatywnych skutkach (vide przywołane w pkt 137 wyroki w sprawie (...)). W tym stanie rzeczy tym bardziej Prezes UOKiK powinien był przedstawić mocne i przekonujące argumenty za tym, że te kilkuprocentowe zmiany (na lokalnych rynkach reklamy wzrost udziałów (...) o 7,7 %; 6,2% i 4,8 %, zaś na rynku ogólnopolskim reklamy wzrost udziału (...) o 6,8%) będą skutkować efektami antykonkurencyjnymi, które nie występują na tych rynkach aktualnie. Prezes UOKiK wskazał, że po Koncentracji Grupa (...), wraz z największym podmiotem na rynku reklamy krajowej, grupą (...) posiadała będzie łączny udział w wysokości ok. 60-80% Można zatem postawić pytanie, dlaczego w aktualnym stanie, na rynku reklamy ogólnopolskiej, (...) i (...) nie podejmują próby dokonania cichej zмовы, będąc dwiema najbardziej liczącymi się z stacjami radiowymi, posiadającymi łącznie około 60 % udział w rynku – czyli osiągając - jak wskazał Prezes UOKiK - „pozycję dominującą przy uwzględnieniu udziałów konkurenta”.

259. Teoria szkody abstrahuje od uwarunkowań historycznych na rynku reklamy radiowej. Nie było przedmiotem sporu to, że nigdy nie zdarzyło się, aby na tym rynku chodziło do zdarzeń choćby zbliżonych charakterem do cichych porozumień charakterystycznych dla efektów skoordynowanych.

260. Dwie największe, ogólnopolskie, komercyjne rozgłośnie radiowe prowadzą ze sobą wieloletnią, zażartą konkurencję (vide zeznania świadków). Walkę tę do tej pory wygrywa (...), które uzyskało taką pozycję, że w istocie nie musi oglądać się na swoich rywali.

261. Cicha zмова nie jawi się zatem scenariuszem racjonalnym (pożądanym) zarówno z punktu widzenia (...) jak i Radia (...). Słuchani świadkowie, jak również słuchany jako strona prezesa (...) wskazywali na to, że nieukrywanym celem biznesowym (...) jest podjęcie próby zbliżenia się do swojego największego konkurenta. To może nastąpić jedynie poprzez poprawę słuchalności Radia (...) - czyli sięgnięcie po część słuchaczy lidera. Z uwagi na fakt, że stacji ogólnopolskich – (...) i (...) słucha codziennie względnie stała grupa około połowy spośród wszystkich słuchaczy (fluktuacja z może oczywiście wynieść kilka procent) pozyskanie znaczącej liczby nowych słuchaczy przez stację radiową w tym segmencie musi się odbyć zawsze kosztem bezpośredniego konkurenta. Mało prawdopodobną zatem jawi się koncepcja, w której obaj przedsiębiorcy znajdują satysfakcjonujący ich poziom udział w rynku słuchalności – co za tym idzie w rynku reklamy. (...) będzie dążyło do przejęcia części słuchaczy Radia (...), a gdyby do tego doszło – racjonalnym działaniem z punktu widzenia (...) będzie walka o straconą pozycję. Stwierdzenie to wiąże się z tym, że pomiędzy tymi przedsiębiorcami trudno jest znaleźć tzw. punkt skupienia – czyli punkt „wspólnego”,



satisfakcjonującego dla obu przedsiębiorców, interesu na wypadek cichej zмовы - i to abstrahując już od wszystkich innych w kwestii związanych z kosztami, różnicach marżowości itd.

262. Zgodzić również należy się z przywołanym przez powoda argumentem, że ewentualna koordynacja z (...) na rynku ogólnopolskim byłaby faktycznie wymierzona przeciwko (...) - a jednocześnie przedsiębiorcy ci szukaliby cichego porozumienia na lokalnych, co jest mało prawdopodobne, i nie racjonalne

### **Koncentracja zasobów (częstotliwości)**

263. Kwestia koncentracji zasobów – częstotliwości - nie ma znaczenia z punktu widzenia relewantnych rynków. Decydujący dla rynku reklamy jest zasięg i słuchalność. Dla udziału w rynku reklamy zatem istotniejsze jest posiadanie jednej częstotliwości o takich parametrach technicznych, które gwarantuje duży zasięg niż kilku częstotliwości o małym zasięgu technicznym.

264. Trudno jest również podzielić argument, że (...) będzie mogła lepiej pozycjonować tematycznie swoje programy i dopasowywać je do grup słuchaczy. Poprawa jakości programów, szersze spektrum stacji pozycjonowanych na określone grupy słuchaczy, wydaje się raczej pożądanym efektem koncentracji, niż negatywnym - nawet jeżeli pociągnie to za sobą poprawę pozycji (...) z punktu widzenia konkurencji na rynku. Czynienie (...) zarzutu, że (być może) będzie chciała poprawiać w przyszłości swoją pozycję poprzez poprawę programu budzić niewątpliwe zdziwienie. Nawet jeżeli oznacza to, że większa ilość stacji radiowych w rękach Powoda umożliwi zaproponowanie większej niż konkurencji ilości np. stacji sprofilowanych. Przy czym jest to na tym etapie wyłącznie spekulacja Prezesa UOKiK, oparta na założeniu dokonania zmiany charakteru niektórych stacji radiowych, która to zmiana nie jest bezpośrednim efektem Koncentracji. Prezes nie wskazał też nawet w przybliżeniu jaka zmiana w zakresie tematyki programów (zmiany profilu?) i w jaki sposób, miałyby wpłynąć na wzrost przewagi konkurencyjnej (...) nad innymi nadawcami na rynkach lokalnych i czy byłyby to wzrost prowadzący do zachwiania reguł konkurencji, zwłaszcza w sytuacji gdzie bezpośrednim skutkiem koncentracji jest jedynie zwiększenie udziału, (...) w rynkach lokalnej reklamy radiowej o kilka procent, a dotychczasowy układ się nie zmieni (na rynkach Ł. i W. (...) utrzyma drugą pozycję, a w P. pozostanie liderem).

### ***Odnosnie możliwych efektów koordynacji – „utrzymanie cen na poziomie wyższym niż w przypadku braku koncentracji; utrzymanie innych warunków umów mniej korzystnych dla reklamodawcy lub pośredników”***

265. Scenariusz ten jest mało prawdopodobny przede wszystkim z powodu braku wiedzy konkurentów o cenach transakcyjnych – kwestia ta została omówiona wyżej. Jeżeli chodzi zaś o scenariusz zakładający utrzymanie mniej korzystnych warunków (poza ceną) dla reklamodawcy lub pośredników to jest on zupełnie nieracjonalny i nie oparty o jakieś uwiarygadniające go przesłanki. Przede wszystkim Prezes nie wskazał, jakie jego zdaniem warunki mogliby „pogorszyć” koordynujący swoje działania przedsiębiorcy. Nie wskazał też, jak ustalić można – na potrzeby cichej koordynacji - warunki oferowane przez konkurenta, w sytuacji, gdy treść umów zawieranych na rynku reklamy jest poufna. Ponadto scenariusz ten jest zupełnie nieracjonalny z punktu widzenia przedsiębiorcy, bowiem jego zastosowanie skutkowało by obniżeniem zysków. Nie jest zatem scenariuszem opartym na zachowaniu prawdopodobnym, a Prezes UOKiK nie wskazał nawet co miałyby być beneficjentem, zachęcającym przedsiębiorców do takiego działania.

266. Podobnie ocenić należy inną koncepcję działań w zakresie koordynacji – tj. obniżenie podaży. Jeden ze świadków określił ten scenariusz jako „najbardziej wydumaną teorię, z jaką spotkał się w swoim trzydziestoletnim życiu zawodowym”. Scenariusz ten zakłada działanie tak dalekie od racjonalnego postępowania przedsiębiorcy, że stwierdzenia tego nie trzeba specjalnie pogłębiać. Zresztą scenariusz ten nie został pogłębiony przez Prezesa UOKiK w warstwie argumentacyjnej w treści Decyzji. W szczególności nie wskazano, jakie przesłanki rynkowe, przemawiają za tym scenariuszem, jakie fakty płynące z dotychczasowej praktyki funkcjonowania rynków reklamy miałyby uwiarygodnić możliwość wystąpienia takiego scenariusza. Nie brzmi nawet trochę prawdopodobnie scenariusz, w którym (...) stacja, określana przez świadków jako „dominant”, „nie oglądająca się na innych”, z racji swojej przewagi

nad konkurentami, miałyby – w imię mglistych celów – ograniczyć swoje – znacząco przewyższające konkurencję zyski, poprzez ograniczanie podaży czasu reklamowego, równając niejako „w dół” do (...).

267. Scenariusz ten ponadto nie uwzględnia realiów rynkowych. Wypełnienie bloków reklamowych (dopuszczalnych 12 min w godzinie) nawet w prime timie osiąga (przykład (...)) za okres 01 2019 – 12 2019) maksymalnie ok 60% (k. 771); (...) ok czasem przekracza 80% (k. 779). Nie ma tu zatem przewagi popytu nad podażą, w którym ograniczenie podaży mogłoby prowadzić do zawyżenia cen. Prezes UOKiK, w piśmie (k. 859) stwierdził, że niepełne wykorzystanie zasobów produkcyjnych nie oznacza, że nie istnieje możliwość podnoszenia cen. Można się z tym stwierdzeniem zgodzić, pytanie tylko jaki będzie skutek takiej operacji. Niski popyt – z reguły – prowadzi do obniżania cen. Raczej bliższa, w tej sytuacji, logice i racjonalności postępowania uczestnika rynku jest cytowana wyżej ocena świadka, a scenariusz ten jawi się jako hipoteza czysto spekulacyjna, nie znajdująca poparcia w uwarunkowaniach rynkowych.

### ***Koordinacja w zakresie stosowania rabatów retroaktywnych***

268. W ocenie Prezesa UOKiK skuteczną strategią prowadzącą do zwiększenia udziałów rynkowych na rynkach związanych z reklamą jest modyfikacja zasad przyznawania zwanych rabatów (...) na bardziej agresywne. Kształtując odpowiednio warunki rabatu (...) możliwe jest tworzenie podobnych do rabatów retroaktywnych mechanizmów prowadzących do agresywnego przejmowania zleceń mniejszych konkurentów. Istnieje możliwość nieformalnego ustalenia wysokości rabatu (...) z reklamodawcą lub domem mediowym. (vide punkt 160).

269. Rabaty (...) są – jak zeznali świadkowie – praktyką rynkową narzuconą przez domy mediowe. Stanowią swego rodzaju bonus dla domu mediowego (czasem przenoszony w jakiejś części na samych reklamodawców – klientów domu mediowego) z tytułu obrotów wygenerowanych w stacji radiowej.

270. Świadkowie – przedstawiciele domów mediowych – zeznali, że wybór stacji radiowej nie jest zdeterminowany wysokością udzielanych przez stację tzw. bonusów (rabatów) (...). (...) jest to dodatkowy – wynikowy – rabat, ale nie jest czynnikiem uzależniającym współpracę ze stacją radiową.

271. Polityka w zakresie rabatów (...) jest różna, różne są systemy udzielania tych rabatów. Nie ma powszechnie dostępnych informacji na temat rabatów (...) udzielanych przez poszczególne stacje radiowe. Znajduje to potwierdzenie w pisemnych stanowiskach domów mediowych, które w toku postępowania administracyjnego zebrał Prezes UOKiK (odpowiedzi (...) sp. z o.o. z dnia 18.09.2020 r., (...) sp. z o.o. z dnia 16.09.2020 r. odpowiedź (...) sp. z o.o. z dnia 16.09.2020 r.).

272. Prezes UOKiK nie wskazał, jak rozwiązać kwestię tego, że potencjalnie koordynujący swoje działania przedsiębiorcy, już zawierając umowy z domami mediowymi w ciągu roku, dysponować musieliby wiedzą o wysokości wstecznych rabatów swoich konkurentów, które udzielone zostaną na koniec roku. Wysokości tych rabatów na tym etapie nie znają jeszcze same stacje – ta zależy bowiem od indywidualnych negocjacji na koniec roku, kiedy znane są wyniki współpracy (świadkowie).

273. Nawet gdyby przyjąć – jak chce Prezes UOKiK – że mogłoby dojść do nieformalnego ustalenia wysokości takiego rabatu już na etapie zawierania umów z domami mediowymi (co jest czystą spekulacją, nie znajdującą się w zebranych materiałach dowodowych; Prezes UOKiK nie wykazał, aby stwierdził występowanie takich sytuacji kiedykolwiek na rynku), to koordynujący działania przedsiębiorcy musieliby wejść w posiadanie wiedzy co do warunków zaproponowanych przez konkurenta - co jest jeszcze mniej prawdopodobne niż uzyskanie wiedzy o treści zawieranych z domami mediowymi - tajnych i indywidualnie negocjowanych – umów.

274. Prezes UOKiK nie wskazał również, jaki poziom rabatu uważa za „agresywny” i jak się ma ten scenariusz do aktualnie praktykowanego poziomu rabatów (...).

275. Ponadto wreszcie wyjście z propozycją jeszcze większego („bardziej agresywnego”) rabatu (...) przez stację radiową, w sytuacji gdy rabat ten to jest pomysłem narzuconym przez jej klienta, obniża zysk stacji radiowej i jest

czymś – czego – jak zeznali świadkowie – najchętniej stacje radiowe by się pozbyły, ale nie mają takiej mocy sprawczej – jawi się scenariuszem dalece nieprawdopodobnym. Stacje godziłyby się bowiem na obniżanie swoich zysków (jeden ze świadków określił to mianem „strzału w stopę”), nie mając pewności, że w przyszłości przełoży się na mocno niepewny skutek w postaci eliminacji konkurencyjnej stacji radiowej (eliminacji, która w praktyce rynku radiowego nie występuje - świadkowie zeznali, że koncesje są dobrem pożądanym, działalność radiowa jest dochodowa i zawsze będzie podmiot chętny na prowadzenie tej działalności) czy też marginalizacji konkurencji (o której niżej).

276. Prezes UOKiK wskazał w Decyzji, że „niezrozumiałym jest dlaczego zdaniem (...) (...), które stanowi część wynagrodzenia domów mediowych miałyby być ignorowane przy podejmowaniu decyzji o wyborze mediów. Gdyby tak było żaden właściciel mediów nie wypłacałby domom mediowymi (...). Z tego stwierdzenia wynika, że wypłata rabatu (...) stanowi wyraz woli i inicjatywy właścicieli stacji radiowych, podczas gdy jest dokładnie odwrotnie. Jest to instrument pomniejszający zyski stacji w ostatecznym rozrachunku, narzucony przez domy mediowe – swoją drogą świadczący o pozycji negocjacyjnej stacji radiowych względem domów mediowych – z którego stacje radiowe najchętniej by zrezygnowały, ale z uwagi na utartą praktykę i swoją pozycję nie mają takiej możliwości.

277. Wreszcie nie można abstrahować od tego, iż polityka rabatowa funkcjonuje na rynku reklamy od wielu lat. Prezes UOKiK nie wykazał, by była ona kiedykolwiek narzędziem działań antykonkurencyjnych, w sytuacji kiedy istnieją rynki nie wiele różniące się od charakterystyki rynków, które powstaną po Koncentracji.

278. Zdaniem Sądu koordynacja zakładająca możliwość cichego porozumienia w zakresie kształtowania polityki cenowej agresywnymi rabatami (...) jest dalece nieprawdopodobnym scenariuszem możliwego zachowania (...) i jej największych konkurentów na relevantnych rynkach. Wskazane wyżej, występujące na rynku reklamy, uwarunkowania w zakresie praktyki dotyczącej rabatów (...) determinują ocenę tego scenariusza jako nielogicznego i oderwanego od realiów rynku. Jego wystąpienie po Koncentracji trudno uznać za prawdopodobne nawet teoretycznie – w świetle wskazanych wyżej istotnych czynników i racjonalnych wątpliwości. Kluczowe dla negatywnej oceny prawdopodobieństwa tego scenariusza koordynacji, jako przeszkody dla konkurencji, jest to, że rabat (...) w ogóle nie stanowi czynnika wyboru danej stacji radiowej jako medium reklamowego. Nie może być zatem skutecznym środkiem przekonania domów mediowych do korzystania ze stacji radiowej, oderwanym od czynników zasadniczych dla wyboru określonej stacji radiowej jako medium w danej kampanii reklamowej, jakimi są zasięgi, słuchalność i potrzeby kampanii wynikające z dotarcia do określonej grupy słuchaczy. Najbardziej agresywna polityka rabatowa nie ma wpływu na zmianę tych parametrów.

### ***Kwestia marginalizacji konkurentów.***

279. Prezes UOKiK wskazywał w Decyzji, że:

- „po koncentracji istotnie wzrosnie możliwość oparcia kampanii na stacjach reprezentowanych przez dwa największe podmioty i w efekcie znacząco spadnie udział mniejszych uczestników rynku. Koncentracja spowodować więc może zaburzenie konkurencji oraz marginalizację pozostałych grup radiowych i stacji niezależnych.” (k. 35 Decyzji – k. 6 akt);
- z uwagi na fakt, że (...) posiada również istotne udziały w rynkach reklamy innego rodzaju, tj.: na rynkach reklamy zewnętrznej i kinowej, „prawdopodobnym jest, że Grupa (...) będzie mogła tworzyć oferty łączące różne rodzaje reklamy i w ten sposób marginalizować nieposiadających takich możliwości konkurentów na rynku reklamy radiowej” (k. 35 Decyzji – k. 6 akt);
- Niebezpieczeństwo marginalizacji wynika „m.in. z możliwości stworzenia agresywnego systemu rabatów.” (k. 39 Decyzji – k. 6 akt);
- „Zdecydowanie bardziej prawdopodobne będzie zmarginalizowanie pozostałych uczestników przez duopolistów, którzy dysponować będą znacząco większą liczbą stacji dającą im możliwość emitowania większej liczby reklam,

jak również znacząco ułatwią budowanie zasięgów bez udziału stacji mniejszych nadawców.” (k. 40 Decyzji – k. 6 akt).

280. W Odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK wskazał ponadto, że w efekcie agresywnej polityki rabatowej (...) konkurenci zaczną tracić klientów, co – po zbliżeniu wysokości udziałów rynkowych, umożliwi (...) i (...) zastosowanie strategii koordynacji zachowań (k. 844).

281. (...) wskazała, że zmniejszenie udziałów konkurentów, wskutek merytorycznej konkurencji, samo w sobie nie stanowi skutku antykonkurencyjnego Koncentracji. Poza tym koncentracja nie prowadzi do wykluczenia ani marginalizacji innych uczestników rynku, nie ma bowiem wpływu na zasięgi - nadal zatem domy mediowe będą chciały korzystać także z mniejszych stacji radiowych. Powód wskazał, że scenariusz ten jest mało prawdopodobny, z uwagi na fakt że nadal ponad połowa kampanii będzie wymagać uczestnictwa innych stacji radiowych niż (...), (...) i (...).

282. W ocenie Sądu Okręgowego prezes UOKiK nie wykazał, aby ryzyko marginalizacji innych uczestników rynku reklamy radiowej istniało w stopniu uzasadniającym odmowę na Koncentrację.

283. Przede wszystkim Prezes UOKiK nie zdefiniował samego pojęcia „marginalizacji” – jak negatywnego skutku Koncentracji. Słusznie bowiem zauważa strona powodowa, że samo zmniejszenie udziału w rynku konkurentów wskutek koncentracji, jeżeli jest ono wynikiem zdrowej walki konkurencyjnej, jest normalnym zjawiskiem rynkowym. Organ nie wskazał zaś poziomu zmniejszenia udziału w rynku innych stacji radiowych niż koncentrujące się oraz (...) i (...), które uważa za zagrożenie dla konkurencji na tych rynkach.

284. Analiza prezentowanego w Decyzji, a następnie w toku postępowania (pismo przygotowawcze pozwanego - odpowiedź na odwołanie) scenariusza marginalizacji budzi uzasadnione wątpliwości, co do jego spójności już na samym wstępie wobec faktu, iż obawa marginalizacji innych uczestników rynku, raz prezentowana jest jako skutek działań koordynacyjnych, a gdzie indziej przedstawia się, że koordynacja działań będzie możliwa po marginalizacji innych uczestników rynku. (o czym była mowa wyżej).

285. Odwołując się do cytowanego wyżej orzeczenia w sprawie (...) ponownie podkreślić trzeba, iż można uznać „koncentrację za niezgodną z rynkiem wewnętrznym wyłącznie w przypadku, kiedy znacząca przeszkoda w skutecznej konkurencji jest bezpośrednim i natychmiastowym skutkiem koncentracji”. Sama zmiana struktury rynku wskutek Koncentracji i nie prowadzi zaś do takich zmian, które będą skutkować marginalizacją innych uczestników rynku.. Jak wskazano bowiem wyżej, i co podkreślali słuchani w sprawie świadkowie, koncentracja nie prowadzi do zmiany zasięgów koncentrujących się przedsiębiorców. Po koncentracji (...) będzie miała nieco lepszą pozycję rynkową na rynkach reklamy lokalnej, zaś objęty przez (...) (...) poprawi swoją sytuację na rynku reklamy ogólnopolskiej. Poprawa ta nie będzie jednak skutkowałą znaczną poprawą, jeżeli chodzi o zasięgi i słuchalność na – niezależnych od siebie – rynkach reklamy ogólnopolskiej i rynkach reklamy lokalnej. Nic nie zmieni bowiem, jeżeli chodzi o słuchaczy. W konsekwencji przyjąć należy, że również nic nie zmieni, jeżeli chodzi o wybór radiostacji pod kątem kampanii reklamowych. Nadal pozostaną radiostacje ze swoimi charakterystycznymi grupami słuchaczy – np.: (...), (...) - które nadal będą musiały być uwzględniane w kampaniach reklamowych (60 % kampanii reklamowych odbywa się z wykorzystaniem czterech lub więcej stacji radiowych). Nie jest tak jak wskazywał Prezes, że obaj najwięksi konkurenci na rynku uzyskają status stacji radiowych bez, których nie da się przeprowadzić kampanii reklamowej („must have”). Takie pojęcie, na rynku reklamy, nie funkcjonuje (vide zeznania świadków pkt 58) Nadal bowiem dotarcie do części słuchaczy (zbudowanie pożądanego zasięgu) będzie wymagało wykorzystania w mniejszych stacji radiowych (vide tabela nr 1 - k. 102).

286. Scenariusz „piętrowy” zakładający najpierw wystąpienie na rynku po Koncentracji (dalece mało prawdopodobnych – vide wyżej) działań koordynacyjnych, a następnie ich skutek w postaci marginalizacji pozostałych uczestników rynku należy za zbyt daleko spekulacyjny, oparty na zbyt wielu słabo popartych warunkami rynkowymi założeniach, dodatkowo stojący w sprzeczności z aktualną praktyką na rynku - w konsekwencji zbyt mało prawdopodobny. W tym w scenariuszu obawa marginalizacji jest potencjalnym (nie niemożliwym), ale

zbyt daleko odsuniętym ogniwo w łańcuchu potencjalnych zdarzeń na rynku po Koncentracji. Co za tym idzie prawdopodobieństwo jej wystąpienia ocenić należy jako niskie.

287. W odpowiedzi na odwołanie Prezes UOKiK sygnalizuje również jeszcze dalej idące założenie o tym, że doszłoby do upadłości dotychczasowych konkurentów, w czego następstwie pojawiliby się o nadawcy pozbawieni rozpoznawalności i zmuszeni do faktycznego powierzenia swojego czasu reklamowego jednemu z dużych uczestników rynku. Ten scenariusz ma charakter wyłącznie spekulacyjny.

288. Podobnie jako mało prawdopodobne ocenić należy ryzyko, iż (...) wykorzysta, w celu marginalizacji i eliminacji pozostałych stacji radiowych – fakt, iż posiada jako przedsiębiorstwo inne media reklamowe.

289. Po pierwsze, prezes w ogóle w treści Decyzji nie zarzucał możliwości powstania antykonkurencyjnych skutków konglomeratowych.

290. Po drugie - jak wynika z zeznań świadków - na rynku zdarzają się kampanie reklamowe tworzone niejako w pakiecie, z wykorzystaniem różnych mediów reklamowych (pakiety multiownerskie), ale jest to margines na rynku reklamy radiowej. Podkreślić należy zaś, że już obecnie np. na lokalnym rynku reklamy w P. (...), która ma tam około 40% udział w rynku, mogłaby go próbować powiększać za pomocą tego typu ofert. Taka sytuacja nie występuje.

### **Podsumowanie.**

291. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, z przyczyn wskazanych wyżej, że zaprezentowana przez Prezesa UOKiK, jako podstawa zakazu Koncentracji, teoria szkody nie jest uprawdopodobniona w stopniu uzasadniającym wydanie decyzji zakazującej koncentracji. Brak jest jednej, wybranej, racjonalnej z punktu działania przedsiębiorców, wysoce prawdopodobnej i dobrze osadzonej w realiach rynków reklamy radiowej koncepcji teorii szkody. Koncepcje, które zostały zaprezentowane w treści Decyzji oraz w toku postępowania sądowego robią wrażenie pomysłów zgłaszanych niejako w odpowiedzi na argumenty strony przeciwnej, przez co momentami wzajemnie wykluczających się i niespójnych (działania koordynacyjne które mają polegać na obniżaniu ceny, podwyższaniu ceny, obniżaniu warunków oferowanych odbiorcom, ograniczanie podaży, rabaty (...)).

292. W argumentacji Prezesa niejednokrotnie przewija się, że zakładana przez Prezesa sytuacja, która może zaistnieć na rynku po Koncentracji „jest możliwa”, nie jest niemożliwa”, „informacje nie sugerują, że nie jest możliwa” itp. Jak wskazano we wstępnej części uzasadnienia teoria szkody winna zakładać koncepcję racjonalną, wysoce prawdopodobną, taką która zasadza się na realiach otoczenia biznesowego i ekonomicznego relewantnych rynków, a nie której wystąpienie, po koncentracji, stanowi hipotetyczną możliwość. Oparcie Decyzji na hipotetycznych scenariuszach sprawia, że Decyzja taka staje się wynikiem urzędniczego przekonania, nie zaś wynikiem analizy wymaganej w celu wydania zakazu opartego na art. 20 ust. 1 Ustawy.

293. Na marginesie powyższych rozważań należy zauważyć, że przesłuchani w niniejszej sprawie świadkowie – przedstawiciele domów mediowych – ocenili jako zupełnie nieprawdopodobne w warunkach rynkowych scenariusze zakreślone przez Prezesa UOKiK w treści decyzji. Wprawdzie zeznania świadków interesowały sąd w niniejszym postępowaniu z punktu widzenia ustalenia faktów istotnych dla rozstrzygnięcia, niemniej ich zeznania w tym zakresie – stanowiska – spójne były z tym co prezentowały domy mediowe w toku postępowania administracyjnego toczącego się przez Prezesa UOKiK w tym zakresie (k. 652 i n).

294. Sąd pominął – wnioskowane przez Powoda - dowody z opinii biegłego uznając, iż nie będą one przydatne w niniejszym postępowaniu. Prawnomaterialna ocena przesłanek zakazu koncentracji należy wyłącznie do Sądu. W sprawie zaś nie zachodziła konieczność sięgnięcia po ocenę faktów z wykorzystaniem wiadomości specjalnych.

### **Odnośnie zarzutów dotyczących postępowania administracyjnego.**

295. Sąd nie oceniał zarzutów proceduralnych dotyczących postępowania administracyjnego. Powód uzyskuje w postępowaniu przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozstrzygnięcie, zatem nawet jeżeli zaistniały w

toku postępowania administracyjnego pewne uchybienia, jeżeli nie mają wpływu na ważność postępowania nie mają znaczenia dla ostatecznego rozstrzygnięcia. Celem tego postępowania nie było bowiem przeprowadzenie kontroli postępowania administracyjnego, ale merytoryczne rozstrzygnięcie sprawy (vide: Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 29 maja 1991 r. sygn. akt III CRN 120/91 OSNC 1992 Nr 5, poz. 87; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 1998 r. sygn. akt I CKN 265/98 OSP 2000 Nr 5 poz. 68; Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 1999 r. sygn. akt 351/99 OSNC 2000 Nr 3 poz. 47).

### **Rozstrzygnięcie**

296. Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 k.p.c. Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zmienił zaskarżoną Decyzję – jak w punkcie pierwszym wyroku.

297. Z uwagi na uwzględnienie odwołania w sprawie zasadnym było wydanie wyroku zmieniającego zaskarżoną Decyzję. Uwzględnienie odwołania bowiem – co do zasady – winno prowadzić do zmiany decyzji w sytuacji jeśli sąd uzna odwołanie przedsiębiorcy od decyzji Prezesa UOKiK za merytorycznie zasadne. Rolą Sądu ochrony konkurencji i konsumentów jest bowiem – o czym była mowa wyżej – definitywne rozstrzygnięcie sporu między przedsiębiorcą, a Prezesem UOKiK (tak w: Komentarz KPC T. I, red. Szancilo 2019, wyd. 1/Łochowski, C.H. Beck; kom. do art. 479<sup>31a</sup> t. 11), a postępowanie przed Sądem ochrony konkurencji konsumentów ma charakter merytoryczny (por. wyrok SN z 5 listopada 2015 roku, II SK7/15; K. K., S. M., Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, art. 81).

### ***Odnosnie wniosku o stwierdzenie, że zaskarżona Decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa.***

298. Powód wnosil o stwierdzenie, że zaskarżona Decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa. Zdaniem Powoda Prezes UOKiK naruszył art. 20 ust. 1 art. 18 Ustawy poprzez niezachowanie należytego standardu działania i odpowiednich kryteriów oceny wpływu koncentracji n konkurencje rynkową.

299. W ocenie Sądu Okręgowego w sprawie nie było podstaw do stwierdzenia, że zaskarżona decyzja została wydana bez podstawy praw albo z rażącym naruszeniem prawa. W doktrynie wskazuje się, że dokonując oceny w tym zakresie sąd powinien kierować się poglądami wypracowanymi na gruncie prawa administracyjnego, w szczególności art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a. (tak w: Komentarz KPC T. I, red. Szancilo 2019, wyd. 1/Łochowski, C.H. Beck; kom. do art. 479<sup>(31a)</sup> t. 14). zarówno regulacja na tle kodeksu postępowania cywilnego, jak również przywołanej podstawy z kodeksu postępowania administracyjnego odwołuje się do dwóch, tych samych, odrębnych przesłanek stwierdzenia nieważności. „ wydanie decyzji bez podstawy prawnej oznacza, że albo nie ma przepisu prawnego, który umocowuje administrację publiczną do działania, albo też przepis jest, ale nie spełnia wymagań podstawy prawnej działania organów tej administracji, polegającego na wydawaniu decyzji administracyjnych rozumianych jako indywidualne akty administracyjne zewnętrzne. Rażące naruszenie prawa oznacza natomiast wadliwość decyzji skutkiem naruszenia norm prawnych regulujących działania administracji publicznej w indywidualnych sprawach, w szczególności przepisów prawa procesowego oraz materialnego, o szczególnie dużym ciężarze gatunkowym. Zachodzi zatem w przypadku gdy czynności zmierzające do wydania decyzji administracyjnej oraz treść załatwienia sprawy w niej wyrażona stanowią zaprzeczenie stanu prawnego sprawy w całości lub w części (tak. NSA, wyrok z 21 sierpnia 2001 roku, II SA 1726/00). Brak podstawy prawnej zatem oznacza wydanie decyzji, która została wydana w sytuacji, gdy brak było w przepisach prawa powszechnie obowiązującego właściwej materialnej lub formalnej podstawy do dokonania rozstrzygnięcia w drodze decyzji administracyjnej. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie zachodzi.

300. Wykładnia pojęcia rażącego naruszenia prawa jest bardziej skomplikowana i niejednolicie ujmowana w doktrynie. Niemniej za rażące uznać należy naruszenie kwalifikowane, to znaczy takie, gdzie naruszenie przepisów dotyczy przepisu nie pozostawiającego wątpliwości co do jego bezpośredniego rozumienia; naruszenie prawa zatem musi być oczywiste, wyraźne, bezsporne. Takie zaś zachodzi kiedy proste zestawienie treści rozstrzygnięcia z treścią zastosowanego przepisu prawa wskazuje na ich oczywistą niezgodność (zob. wyrok NSA 17 kwietnia 1996 roku, III SA 565/95). Rażące naruszenie dotyczy zwykle przepisów, które znajdują zastosowanie w tzw. bezpośrednim rozumieniu,

to znaczy nie wymagają stosowania wykładni prawa (por. Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 6 września 2017 r., VII SA/Wa 2010/16).

301. Sąd Okręgowy zwraca natomiast uwagę, iż kwestia oceny koncentracji dokonywana na podstawie przepisów 18 i n. Ustawy jest bardzo skomplikowana. Regulacja – o czym była mowa wyżej – nie wskazuje wprost na to w jaki sposób dokonać oceny, czy koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji. Decyzja w tym przedmiocie, mimo charakteru decyzji związanej, pozostawia organowi pewną swobodę sposobu oceny występujących w sprawie okoliczności, a leżące u podstaw oceny podejście ekonomiczne, nie polega na mechanicznej ocenie poszczególnych, wypracowanych przez doktrynę i orzecznictwo przesłanek, co zawsze – mimo wypracowania pewnych standardów dowodowych – wprowadza pewien element subiektywności oceny.

302. W konsekwencji nawet całkowicie odmienna ocena skutków Koncentracji, dokonana na etapie postępowania przed Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, po uzupełnieniu postępowania dowodowego, nie świadczy o tym, iż na etapie stosowania przepisów Ustawy przez Prezesa UOKiK doszło do rażącego naruszenia przepisów prawa.

### ***Koszty postępowania***

303. O kosztach postępowania, w myśl zasady odpowiedzialności za wynik procesu, orzeczono na podstawie art. 98 § 1 99 k.p.c., zasądzając od Prezesa UOKiK jako strony przegrywającej, na rzecz Powoda kwotę 5 337 zł, na którą złożyły się: opłata od odwołania - 1000 zł, koszt opłaty skarbowej od pełnomocnictwa - 17 zł, oraz kwota 4 320 zł tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, przyznana na podstawie § 14 ust. 2 pkt 1) w zw. § 15 ust. 3 z Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie opłat za czynności radców prawnych z dnia 22 października 2015 r.; tj. z dnia 3 stycznia 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 265). Sąd uwzględnił w tym zakresie wnioski pełnomocnika Powoda, uznając, iż w sprawie zachodzą przesłanki ustalenia kosztów zastępstwa w stawce sześciokrotności stawki minimalnej, o których mowa w § 15 ust. 3 pkt. 1 – 4 Rozporządzenia.

sędzia Maciej Kruszyński