

Warszawa, dnia 24 marca 2021 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie
XVII Wydział Sąd Ochrony
Konkurencji i Konsumentów
ul. Czerniakowska 100,
00-454 Warszawa

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

Strona: **Polski Koncern Naftowy ORLEN Spółka Akcyjna**
z siedzibą w Płocku
ul. Chemików 7
09-411 Płock
KRS: 0000028860

Skarżący: **Rzecznik Praw Obywatelskich**
aleja "Solidarności" 77,
00-090 Warszawa

PROŚBA O PILNE PRZEKAZANIE SĘDZIEMU REFERENTOWI

Sygn. akt: XVII Amo 1/21

ODPOWIEDŹ STRONY NA WNIOSEK SKARŻĄCEGO O WSTRZYMANIE WYKONALNOŚCI DECYZJI PREZESA UOKIK NR DKK-34/2021 Z DNIA 5 LUTEGO 2021 R.

Działając w imieniu Polskiego Koncernu Naftowego ORLEN Spółka Akcyjna z siedzibą w Płocku (dalej: „**PKN Orlen**” lub „**Strona**”), w oparciu o załączony odpis pełnomocnictwa, w związku z informacją opublikowaną przez Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej jako „**RPO**” lub „**Skarżący**”) o wniesieniu do Sądu wniosku („dalej jako „**Wniosek**”) o wstrzymanie wykonania decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej jako „**Prezes UOKiK**” lub „**Organ**”) nr DKK-34/2021 z dnia 5 lutego 2021 r. wydającej zgodę na dokonanie koncentracji, polegającej na przejęciu przez PKN kontroli nad Polska Press sp. z o. o. w Warszawie (dalej jako „**Decyzja**”)¹ niniejszym wnoszę o:

¹ <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-skarzy-do-sadu-zgode-uokik-na-kupno-polska-press-przez-orken>

1. wezwanie Skarżącego do usunięcia braków formalnych Wniosku, polegających na braku dołączenia do nich odpisów dla Prezesa UOKiK oraz Strony i następnie doręczenie Wniosku wskazanym podmiotom,
2. odrzucenie Wniosku jako niedopuszczalnego,
ewentualnie
3. oddalenie Wniosku w całości.

UZASADNIENIE

I. Charakter wniosku złożonego przez RPO.

1. Z punktu widzenia rozpoznania złożonego przez Skarżącego wniosku istotne znaczenie ma w pierwszej kolejności ustalenie jego charakteru. Jak wprost wynika z treści Wniosku, został on sformułowany w oparciu o art. 479³⁰ § 1 k.p.c., który przewiduje możliwość wnioskowania przez stronę, która wniosła odwołanie o wstrzymanie przez UOKiK wykonania zaskarżonej decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy.
2. W sensie funkcjonalnym, instytucja przewidziana w art. 479³⁰ § 1 k.p.c. stanowi instrument zabezpieczenia interesów strony skarżącej daną decyzję. W sensie procesowym wskazany przepis kreuje autonomiczne rozwiązanie, w pełni uregulowane w treści art. 479³⁰ § 1 k.p.c. W szczególności więc do rozpoznania oraz oceny wymogów formalnych, jakimi sprostać musi wniosek o wstrzymanie wykonalności decyzji Prezesa UOKiK w żadnym zakresie (ani odpowiednio, ani tym bardziej wprost) nie znajdują zastosowania przepisy Części Drugiej Kodeksu postępowania cywilnego, regulujących postępowanie zabezpieczające.
3. Przede wszystkim wyjaśnić należy, że żaden z przepisów Kodeksu postępowania cywilnego nie przewiduje możliwości stosowania do wniosku, o którym mowa w art. 479³⁰ § 1 k.p.c. przepisów postępowania dotyczących zabezpieczenia. Takie poglądy nie pojawiają się również ani w orzecznictwie, ani w doktrynie. W szczególności więc do rozpoznania opisanego wniosku nie znajduje zastosowania art. 740 § 1 k.p.c. W konsekwencji sam wniosek o wstrzymanie wykonalności decyzji Prezesa UOKiK powinien być doręczony wszystkim stronom postępowania, Sąd powinien umożliwić im wypowiedzenie się co do jego zasadności, a samo postanowienie rozpoznające wniosek – także w przypadku jego oddalenia – powinno być doręczone wszystkim stronom postępowania, nie tylko skarżącemu.

II. Braki formalne Wniosku.

4. Niezależnie od dalszych argumentów przemawiających za bezpodstawnością zgłoszonego we Wniosku żądania, w pierwszej kolejności wskazać należy, że pismo zawierające wniosek przewidziany w art. 479³⁰ § 1 k.p.c. powinno spełniać ogólne wymogi formalne

przewidziane dla pism procesowych, w szczególności ten przewidziany w art. 128 § 1 k.p.c. Zgodnie z jego treścią „do pisma procesowego należy dołączyć jego odpisy i odpisy załączników dla doręczenia ich uczestniczącym w sprawie osobom, a ponadto, jeżeli w sądzie nie złożono załączników w oryginale, po jednym odpisie każdego załącznika do akt sądowych.”.

5. Analiza treści Wniosku opublikowanego na stronie internetowej RPO² wskazuje, że nie dołączono do niego wymaganych odpisów dla pozostałych stron postępowania. Jeśli brak ten rzeczywiście wystąpił i nie został dotąd usunięty (Strona do chwili złożenia niniejszego pisma nie miała dostępu do akt postępowania), Skarżący powinien zostać wezwany do jego usunięcia w trybie art. 130 § 1 k.p.c. Dopiero skuteczne usunięcie opisanego braku powinno otworzyć drogę do merytorycznego rozpoznania treści Wniosku.

III. Przedwczesność złożonego Wniosku, skutkująca niedopuszczalnością jego rozpoznania przez Sąd na obecnym etapie.

6. W ocenie PKN Orlen rozpoznanie Wniosku na obecnym etapie sprawy jest niedopuszczalne. Wyjaśnić należy, że tryb rozpoznawania spraw z zakresu ochrony konkurencji i konsumentów, toczy się w dwóch etapach: w jednoinstancyjnym postępowaniu administracyjnym przed Prezesem UOKiK, zgodnie z przepisami Kodeksu postępowania administracyjnego (art. 83 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, dalej jako „**Ustawa**”), oraz w dwuinstancyjnym postępowaniu przed sądami powszechnymi, stosownie do przepisów Kodeksu postępowania cywilnego, przy czym w pierwszej instancji - przed Sądem Okręgowym w Warszawie - Sądem Ochrony Konkurencji i Konsumentów, działającym na podstawie przepisów o postępowaniu w sprawach gospodarczych (art. 206 ust. 2 i 3 Prawa telekomunikacyjnego).
7. Instrumentem, który inicjuje postępowanie przed sądem powszechnym, jest odwołanie od decyzji Prezesa UOKiK. Jednakże sama czynność procesowa strony, polegająca na wniesieniu odwołania, nie zamyka organowi możliwości wydania nowej decyzji w ramach samokontroli (art. 81 ust. 3 Ustawy). Prezes UOKiK nie przesyła wówczas odwołania i akt sprawy sądowi powszechnemu, na co wyraźnie wskazuje przepis art. 81 ust. 3 Ustawy. Jeżeli zaś od nowej decyzji zostanie wniesione kolejne odwołanie, powyższa procedura jest ponawiana. Innymi słowy, do czasu przekazania Sądowi Ochrony Konkurencji i Konsumentów („**UOKiK**”) odwołania wraz z aktami sprawy wyłącznym gospodarzem postępowania z wniesionego odwołania jest nadal Prezes UOKiK, działający jako organ administracji publicznej, a nie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów. Dopiero z chwilą przekazania przez Prezesa UOKiK odwołania wraz z aktami sprawy Sąd podejmuje czynności w sprawie.
8. Uwzględniając powyższe uwagi, na zakończenie należy podkreślić, że dopiero realizacja czynności przekazania odwołania od decyzji wraz z aktami sprawy, określona w art. 81

² <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/rpo-skarzy-do-sadu-zgode-uokik-na-kupno-polska-press-przez-orlen>

ust. 1 Ustawy inicjuje postępowanie sądowe, w ramach którego określone decyzje procesowe podejmuje już Sąd, a nie Organ. Nie bez powodu przy tym w art. 81 ust. 2 Ustawy przewidziano trzymiesięczny termin na przekazanie przez Prezesa UOKiK akt sprawy do Sądu. Wskazany termin jest czasem zakreślonym przez ustawodawcę, w ramach którego Prezes UOKiK ma m.in. możliwość skorzystania z uprawnienia, o jakim mowa w art. 81 ust. 3 Ustawy. W tym czasie, do momentu przekazania przez Prezesa UOKiK odwołania wraz z aktami sprawy, co stanowi uzewnętrznienie braku zamiaru skorzystania przez Prezesa UOKiK z uprawnienia przewidzianego w art. 81 ust. 2 Ustawy, Sąd nie ma uprawnień procesowych do ingerowania w sprawę i z uprawnień tych korzystać nie powinien, ponieważ stanowiłoby to wkroczenie w zakres uprawnień Organu przewidzianego w art. 81 ust. 2 Ustawy. Innymi słowy, dopiero przekazanie przez Prezesa UOKiK akt sprawy wraz z odwołaniem czyni Prezesa UOKiK stroną postępowania sądowego, kończąc administracyjny etap hybrydowego postępowania z odwołań od decyzji w zakresie prawa konkurencji i konsumentów.

9. Z dokumentów upublicznionych przez RPO wynika, że Skarżący z przełamaniem obowiązującej procedury obok złożenia odwołania do Sądu za pośrednictwem Prezesa UOKiK, równolegle podjął dodatkową czynność procesową bezpośrednio przed Sądem, tj. złożył Wniosek. Jak już jednak wskazano, wskazana czynność jest przedwczesna i zmierza do podjęcia przez Sąd czynności wobec Decyzji, której treść może jeszcze ulec zmianie w administracyjnym toku postępowania (art. 81 ust. 3 Ustawy). **W tej sytuacji Wniosek, jako przedwczesny i złożony przed przekazaniem przez Prezesa UOKiK odwołania RPO wraz z aktami do Sądu, a więc przed zainicjowaniem postępowania sądowego, winien zostać odrzucony.**

IV. Brak postaw prawnych do wstrzymania wykonalności Decyzji.

10. Jakkolwiek treść art. 479³⁰ § 1 k.p.c. wskazuje bez żadnego bliższego doprecyzowania, że „w przypadku wniesienia odwołania od decyzji Prezesa Urzędu, sąd ochrony konkurencji i konsumentów może na wniosek strony, która wniosła odwołanie, wstrzymać wykonanie decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy”, to możliwość ta nie dotyczy każdej decyzji wydanej przez Prezesa UOKiK.
11. Wstrzymanie wykonalności rozstrzygnięć Prezesa UOKiK na podstawie art. 479³⁰ § 1 k.p.c. może dotyczyć tylko i wyłącznie decyzji wykonalnych przed ich uprawomocnieniem. Taka wykonalność może wynikać albo z faktu nadania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności, albo z przepisu ustawy. Regułą jest jednak to, że decyzje Prezesa UOKiK stają się wykonalne dopiero po wyczerpaniu sądowego trybu odwoławczego.
12. Z tej perspektywy wskazać należy, że Decyzja nie została opatrzona rygorem natychmiastowej wykonalności. Ponadto, żaden przepis Ustawy nie wskazuje, że decyzja wydana na podstawie art. 18 Ustawy z mocy samego prawa jest natychmiast wykonalna. Wynika to z charakteru rozstrzygnięć wydawanych przez Prezesa UOKiK w przedmiocie zgody na koncentrację i systemu sankcji związanych z dokonaniem koncentracji bez

uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UOKiK lub następczej zmiany decyzji pozytywnej. Kwestia ta zostanie szerzej poruszona w dalszych uwagach niniejszego pisma w tym zaś miejscu należy skoncentrować się na brzmieniu art. 97 ust. 1 Ustawy. Zgodnie z jego brzmieniem:

„Przedsiębiorcy, których zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, są obowiązani do wstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania przez Prezesa Urzędu decyzji lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana.”

13. Z chwilą wydania przez Prezesa UOKiK decyzji pozytywnej lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana, przedsiębiorca dokonujący zgłoszenia koncentracji może sfinalizować zgłaszaną transakcję. Ze wskazaną chwilą ustaje warunek tamujący zawarcie takiej umowy i powstanie skutku cywilnoprawnego w postaci przejęcia kupowanego przedsiębiorstwa. Transakcja, która była przedmiotem zgłoszenia objętego postępowaniem zakończonym wydaniem Decyzji została sfinalizowana **1 marca 2021 r.**³

14. Podsumowując powyższe uwagi, stwierdzić należy, że z uwagi na charakter decyzji wydawanych na podstawie art. 18 Ustawy, nie podlegają one wstrzymaniu na podstawie art. 479³⁰ § 1 k.p.c. Po pierwsze, są to decyzje niepodlegające opatrzeniu rygiem natychmiastowej wykonalności (także Decyzja takim rygiem nie została opatrzona). Po drugie, ulegają one jednorazowej realizacji z chwilą ich wydania. Ustawodawca w art. 97 ust. 1 Ustawy wyraźnie i w sposób niepozostawiający jakichkolwiek wątpliwości dopuścił możliwość nabycia danego przedsiębiorstwa w ramach transakcji podlegającej zgłoszeniu na podstawie art. 13 Ustawy, z chwilą wydania przez Prezesa UOKiK pozytywnej decyzji (art. 97 ust. 1 Ustawy). Ów skutek jest niezależny od tego, czy decyzja jest prawomocna, czy została zaskarżona do SOKiK, czy została opatrzona rygiem natychmiastowej wykonalności. Także ewentualne wstrzymanie wykonalności takiej decyzji byłoby konstrukcyjnie wadliwe i niedopuszczalne i nie zmieniłoby konsekwencji wynikającej z brzmienia art. 97 ust. 1 Ustawy. Nadal zgłaszający przedsiębiorca byłby władny do sfinalizowania zgłaszanej transakcji.

15. Przy czym skutki ewentualnego uchylecia decyzji wydanej na podstawie art. 18 Ustawy określa art. 20 Ustawy. W takiej sytuacji Prezes UOKiK, biorąc pod uwagę przesłanki określone w art. 21 ust. 2 Ustawy, może, w drodze decyzji, określając termin jej wykonania na warunkach określonych w decyzji, nakazać w szczególności podział połączonego przedsiębiorcy na warunkach określonych w decyzji.

16. Nie istnieje natomiast ani możliwość, ani zasadność wstrzymywania wykonalności skonsumowanej przez Stronę decyzji w przedmiocie koncentracji.

V. Żądanie Wniosku wykracza ponad dyspozycję art. 479³⁰ § 1 k.p.c.

17. Dodatkowym argumentem, dostarczającym tym razem niezależnego uzasadnienia dla oddalenia Wniosku w części, jest sama treść jego żądania. Przepis art. 479³⁰ § 1 k.p.c.

³ Jest to informacja publiczna, por. m.in.: <https://www.money.pl/gielda/pkn-orken-przejal-polska-press-transakcja-sfinalizowana-6613738055903776a.html>

przewiduje tylko i wyłącznie jedną możliwość: „wstrzymać wykonanie decyzji do czasu rozstrzygnięcia sprawy”.

18. Wniosek RPO w sposób wyraźny i jednoznaczny został oparty o podstawę wynikającą z art. 479³⁰ § 1 k.p.c., w takich więc tylko i wyłącznie ramach należy rozpatrywać jego dopuszczalność. Z treści *petitum* Wniosku wynika zaś, że Skarżący żąda nie tylko wstrzymania wykonalności samej Decyzji, co formalnie w oparciu o art. 479³⁰ § 1 k.p.c. jest możliwe, ale dodatkowo formułuje żądanie „ustanowienia zakazu wykonywania przez PKN Orlen S.A. lub podmioty od niego zależne jakichkolwiek praw udziałowych z udziałów przysługujących PKN Orlen S.A. w spółce Polska Press Sp. z o.o., w szczególności prawa głosu z udziałów”.
19. Uwzględnienie wskazanego żądania nie jest możliwe w oparciu o art. 479³⁰ § 1 k.p.c. W szczególności, celem uchylecia jakichkolwiek wątpliwości, wstrzymanie wykonalności decyzji w przedmiocie zgody na koncentrację nie pociąga za sobą konsekwencji w postaci utraty przez Stronę uprawnienia do wykonywania praw udziałowych z udziałów nabytych w objętym transakcją przedmiocie zakupu. W *petitum* Wniosku RPO posłużył się zaimkiem „w tym”, sugerując, że w żądaniu wstrzymania wykonalności Decyzji zawiera się żądanie zakazania wykonywania praw udziałowych w nabywanym na podstawie uzyskanej zgody przedsiębiorstwie. Taki stosunek zawierania się nie zachodzi pomiędzy obydwoma zgłoszonymi we Wniosku żądaniami, a drugie z nich w sposób oczywisty wykracza poza zakres uprawnień przypisanych Sądowi na podstawie art. 479³⁰ § 1 k.p.c.

VI. Żądanie Wniosku wykracza poza granice interesu prawnego RPO możliwego do zaspokojenia w ramach niniejszej sprawy.

20. PKN Orlen stoi na stanowisku, że żądanie objęte Wnioskiem wykracza poza granice interesu prawnego RPO możliwego do zaspokojenia w ramach niniejszej sprawy. Wyjaśniając istotę sformułowanego zarzutu, Skarżący w ramach sformułowanego wniosku mającego zabezpieczyć jego interes procesowy chciałby uzyskać rozstrzygnięcie zakresowo szersze, niż skutki jakie wynikałyby z wyroku kończącego postępowanie w całości uwzględniającego wniesione przez niego odwołanie.
21. RPO we wniesionym odwołaniu żąda uchylecia Decyzji, natomiast w sformułowanym Wniosku żąda m.in. „ustanowienia zakazu wykonywania przez PKN Orlen S.A. lub podmioty od niego zależne jakichkolwiek praw udziałowych z udziałów przysługujących PKN Orlen S.A. w spółce Polska Press Sp. z o.o., w szczególności prawa głosu z udziałów”. Jest to żądanie o tyle niedopuszczalne, że w przypadku prawomocnego uwzględnienia przez Sąd odwołania Skarżącego w całości i uchylecia Decyzji, PKN Orlen będzie uprawniony do wykonywania bez żadnych ograniczeń uprawnień udziałowych w spółce Polska Press Sp. z o.o.
22. W przypadku uchylecia decyzji w przedmiocie zgody na koncentrację (art. 21 ust. 1 Ustawy) lub dokonania koncentracji bez uprzedniego jej zgłoszenia Prezesowi UOKiK (art.

21 ust. 1 Ustawy), Organowi przysługuje uprawnienie do wykorzystania środków restytucyjnych przewidzianych w art. 21 ust. 2 Ustawy. W szczególności Prezes UOKiK, w ramach odrębnego postępowania administracyjnego, po ustaleniu ziszczeniu się przesłanek przewidzianych w art. 21 ust. 2 Ustawy, może nałożyć na dany podmiot m.in. obowiązek zbycia udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą. Co najistotniejsze, samo ewentualne uchylene Decyzji w przypadku uwzględnienia przez Sąd odwołania RPO, nie doprowadzi do unieważnienia transakcji nabycia przez PKN Orlen udziałów w Polska Press Sp. z o.o., ani nie ograniczy uprawnień właścicielskich wykonywanych przez Stronę z nabytych udziałów.

23. Jak wskazuje się w doktrynie:

„Skutkiem uchylenia decyzji jest utrata przez nią bytu prawnego (jej eliminacja z obrotu). Skutek taki następuje ex tunc, tj. od momentu wydania prawomocnego orzeczenia w przedmiocie uchylenia decyzji.

*Należy jednocześnie przyjąć, że sam fakt następczego uchylenia decyzji Prezesa UOKiK, na podstawie której dokonano koncentracji, nie ma wpływu na ważność zrealizowanej transakcji. **W szczególności w mocy pozostają wszelkie czynności prawne dokonane przez strony koncentracji.**”⁴*

24. W tej sytuacji sformułowane we Wniosku żądanie „ustanowienia zakazu wykonywania przez PKN Orlen S.A. lub podmioty od niego zależne jakichkolwiek praw udziałowych z udziałów przysługujących PKN Orlen S.A. w spółce Polska Press Sp. z o.o., w szczególności prawa głosu z udziałów”:

- (i) wykracza poza zakres samego roszczenia procesowego przysługującego Skarżącemu (żądanie samego uchylenia Decyzji; w przypadku uwzględnienia Wniosku Skarżący uzyskałby więcej, niż w przypadku uwzględnienia samego odwołania),
- (ii) w żaden sposób nie doprowadzi do ochrony interesu prawnego Skarżącego rozumianego jako istniejącego wtedy, gdy brak zabezpieczenia uniemożliwi lub poważnie utrudni wykonanie zapadłego w sprawie orzeczenia lub w inny sposób uniemożliwi lub poważnie utrudni osiągnięcie celu postępowania w sprawie.

25. Jakkolwiek w samym art. 479³⁰ § 1 k.p.c. ustawodawca nie wskazał jakichkolwiek kryteriów, jakimi kierować powinien się Sąd rozpoznając wniosek o wstrzymanie wykonalności zaskarżonej decyzji Prezesa UOKiK, kryteria takie zostały doprecyzowane m.in. w orzecznictwie:

„Według S. Gronowskiego (Ustawa o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, Warszawa 1994, s. 109) sąd, podejmując orzeczenie o wstrzymaniu wykonania decyzji Prezesa UOKiK, powinien stosować odpowiednio kryteria podane w art. 108 § 1 k.p.a. Zob.

⁴ A. Stawicki, Komentarz do art. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów [w:] A. Stawicki (red.), E. Stawicki (red.), Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II. Lex.

A. Oklejak, *Jak postępowanie sądowe wpływa na wykonalność decyzji Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Rzeczpospolita z 20 maja 2008 r., s. C7.*

Na rozstrzygnięcie sądu o wstrzymaniu wykonania decyzji może mieć wpływ np. dyskusyjność zaskarżonej decyzji, negatywne dla strony skutki wykonania decyzji w razie uwzględnienia przez sąd odwołania, niebezpieczeństwo wyrządzenia szkody lub spowodowania trudnych do odwrócenia skutków."⁵

26. Kierując się powyżej wskazanymi kryteriami Sąd nie powinien w jakimkolwiek zakresie uwzględnić Wniosku. W opisanym układzie faktycznym i prawnym brak uwzględnienia przez Sąd Wniosku nie może zagrażać jakimkolwiek interesowi, którego ochrony domaga się Skarżący. Kwestionowana przez RPO Decyzja została już w całości wykonana, a jej uchylenie w szczególności nie doprowadzi do unieważnienia transakcji, która została już w całości zrealizowana w oparciu o zgodę udzieloną przez Prezesa UOKiK w Decyzji. W tej sytuacji uwzględnienie Wniosku jawi się jako nie tylko niedopuszczalne, co zostało wykazane we wcześniejszej części argumentacji, ale przede wszystkim bezprzedmiotowe i merytorycznie nieuzasadnione.

* * *

Tadek Kosuniak
radca prawny

[.....] [.....]

Załączniki:

1. odpis pełnomocnictwa wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej,
2. aktualny odpis KRS PKN Orlen,
3. dwa odpisy niniejszego pisma.

⁵ T. Ereciński, *Komentarz do art. 479³⁰ k.p.c.* [w:] T. Ereciński (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz. Tom III. Postępowanie rozpoznawcze*, wyd. V, Lex.