

Sygn. akt XVII AmA 13/21

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 21 listopada 2022 r.

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

w składzie:

Przewodniczący: Sędzia SO Bogdan Gierzyński (ref.)

Sędzia SO Andrzej Turlński

Sędzia SO Witold Rękosiewicz

Protokolant: stażysta Dominika Zajdowska

po rozpoznaniu w dniu 21 listopada 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) AG z siedzibą w Z., Konfederacja Szwajcarska

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych:

1. (...) z siedzibą w R., Królestwo Niderlandów
2. (...) z siedzibą w A., Królestwo Niderlandów
3. (...) z siedzibą w H., Królestwo Niderlandów
4. (...) z siedzibą w R., Królestwo Niderlandów
5. (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska

o nałożenie kary pieniężnej

od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 06 października 2020 r., Nr DKK- (...)

I. Uchyła zaskarżoną decyzję i stwierdza, że została wydana z rażącym naruszeniem prawa;

II. Zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz powoda (...) AG z siedzibą w Z., Konfederacja Szwajcarska kwotę 1.720 zł (jeden tysiąc siedemset dwadzieścia złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu, w tym kwoty 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;

III. Zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz zainteresowanego (...) z siedzibą w R., Królestwo Niderlandów kwoty 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;

IV. Zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz zainteresowanego (...) z siedzibą w A., Królestwo Niderlandów kwoty 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;

V. Zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz zainteresowanego (...) z siedzibą w H., Królestwo Niderlandów kwoty 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;

VI. Zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz zainteresowanego (...) z siedzibą w R., Królestwo Niderlandów kwoty 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego;

VII. Zasądza od pozwanego Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów na rzecz zainteresowanego (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska kwoty 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Andrzej Turlński SSO Bogdan Gierzyński SSO Witold Rękosiewicz

WERSJA JAWNA

Sygn. akt XVII AmA 13/21

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 6 października 2020 r., Nr DKK- (...):

I. Na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania w sprawie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez:

- (...) (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska,

- (...) z siedzibą w R., Holandia,

- (...) AG z siedzibą w Z., Szwajcaria,

- (...) (...) z siedzibą w A., Holandia,

- (...) z siedzibą w H., Holandia oraz

- (...) z siedzibą w R., Holandia,

wspólnego przedsiębiorcy bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, tj. z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 1 w związku z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakłada** na:

- (...) (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska, **karę pieniężną** w wysokości **29 075 726 808 złotych** (słownie: dwadzieścia dziewięć miliardów siedemdziesiąt pięć milionów siedemset dwadzieścia sześć tysięcy osiemset osiem złotych),

- (...) z siedzibą w R., Holandia, **karę pieniężną** w wysokości **29 913 407 złotych** (słownie: dwadzieścia dziewięć milionów dziewięćset trzydzieści tysięcy czterysta siedem złotych),

- (...) AG z siedzibą w Z., Szwajcaria, **karę pieniężną** w wysokości **55 513 793 złotych** (słownie: pięćdziesiąt pięć milionów pięćset trzynaście tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt trzy złote),

- (...) (...) z siedzibą w A., Holandia, **karę pieniężną** w wysokości **87 748 906 złotych** (słownie: osiemdziesiąt siedem milionów siedemset czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset sześć złotych),

- (...) z siedzibą w H., Holandia **karę pieniężną** w wysokości **30 220 135 złotych** (słownie: trzydzieści milionów dwieście dwadzieścia tysięcy sto trzydzieści pięć złotych) oraz

- (...) z siedzibą w R., Holandia, **karę pieniężną** w wysokości **30 785 804 złotych** (słownie: trzydzieści milionów siedemset osiemdziesiąt pięć tysięcy osiemset cztery złote),

płatne do budżetu państwa, z tytułu dokonania przez (...) (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska, (...) z siedzibą w R., Holandia, (...) AG z siedzibą w Z., Szwajcaria, (...) z siedzibą w A., Holandia, (...) z siedzibą w H., Holandia oraz (...) z siedzibą w R., Holandia, koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, tj. z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 1 w związku z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

II. Na podstawie art. 21 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086), po przeprowadzeniu wszczętego z urzędu postępowania w sprawie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez:

- (...) (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska,

- (...) z siedzibą w R., Holandia,

- (...) AG z siedzibą w Z., Szwajcaria,

- (...) (...) z siedzibą w A., Holandia,

- (...) z siedzibą w H., Holandia oraz

- (...) z siedzibą w R., Holandia,

wspólnego przedsiębiorcy bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, tj. z naruszeniem obowiązku, o którym mowa w art. 13 ust. 1 w związku z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów **nakazuje**:

- (...) (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska,

- (...) z siedzibą w R., Holandia,

- (...) AG z siedzibą w Z., Szwajcaria,

- (...) (...) z siedzibą w A., Holandia,

- (...) z siedzibą w H., Holandia oraz

- (...) z siedzibą w R., Holandia

rozwiązanie zawartych przez ww. podmioty umów związanych z finansowaniem budowy gazociągu (...) tj.:

- **[tajemnica przedsiębiorstwa],**

- **[tajemnica przedsiębiorstwa],**

- [tajemnica przedsiębiorstwa],

- [tajemnica przedsiębiorstwa] oraz

- [tajemnica przedsiębiorstwa],

w terminie 30 dni od otrzymania niniejszej decyzji.

Od powyższej decyzji odwołanie złożył (...) AG z siedzibą w Z. zaskarżając ją w całości.

Odwołujący zarzucił zaskarżonej decyzji:

1) naruszenie art. 13 ust. 1 i ust. 2 pkt 3) Ustawy w zw. z art. 6 Kodeksu Postępowania Administracyjnego („kpa”) w zw. z art. 22 ust. 1 i 31 ust. 1 Konstytucji RP i w zw. z art. 8 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców („PrPrzed”) poprzez błędną wykładnię pojęcia koncentracji oraz utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, a w konsekwencji:

a) błędne oraz niemające oparcia w przepisach Ustawy uznanie, że zawarcie umów cywilnoprawnych - Umów finansowania, stanowiło utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, tj. spółki akcyjnej prawa szwajcarskiego: N. (...) z siedzibą w Z., Szwajcaria („(...) AG”), podczas gdy:

i. art. 13 ust. 2 Ustawy zawiera zamknięty katalog form koncentracji;

ii. zawarcie umów cywilnoprawnych (takich jak Umowy finansowania) nie jest ujęte w zamkniętym katalogu form koncentracji, o którym mowa w art. 13 ust. 2 Ustawy;

(...). zawarcie umów cywilnoprawnych (takich jak Umowy finansowania) nie stanowi koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy („(...) venture” lub „wspólny przedsiębiorca”);

b) błędne i niemające oparcia w przepisach Ustawy uznanie, że do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy dochodzi w sytuacji utworzenia spółki tylko przez jednego przedsiębiorcę - w tej sprawie: spółkę w pełni zależną od (...) (...), jeśli istnieje rzekomo wspólnota interesów podmiotów udzielających finansowania (pożyczkodawców) - tutaj Inwestorów Finansowych; w momencie utworzenia (...) AG jej jedynym współnikiem była spółka w pełni zależna (...) (...), tj. (...) G. (...).V., a obecnie jej jedynym współnikiem (właścicielem 100% akcji) jest (...) (...) („.../„prom” lub (...));

c) błędne i niemające oparcia w przepisach Ustawy uznanie, że inne, niewskazane w Ustawie czynniki, takie jak wspólnota lub połączenie interesów gospodarczych czy wspólny zamierzony cel stanowią o utworzeniu JV, podczas gdy czynniki te nie są wskazane w Ustawie, a ustawowe pojęcie koncentracji ma charakter obiektywny;

d) błędne uznanie, że zawarcie Umów finansowania stanowiło próbę obejścia obowiązku uzyskania zgody Prezesa Urzędu na utworzenie (...) AG, podczas gdy koncepcja „obejścia prawa” jest nieznaną Ustawie oraz ogólnemu prawu administracyjnemu;

2) naruszenie art. 233 § 1 kpc w zw. z art. 84 Ustawy w konsekwencji dokonania błędnej wykładni art. 13 ust. 2 pkt 3) Ustawy i w efekcie błędnego zidentyfikowania zakresu okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy, a w rezultacie powyższego oraz niezależnie, poprzez przeprowadzenie postępowania dowodowego na okoliczność treści Umów finansowania i rzekomej wspólnoty interesów istniejącej pomiędzy Inwestorami Finansowymi w sposób wybiórczy i poprzez niewszzechstronną, a nadto arbitralną ocenę dowodów zgromadzonych w postępowaniu antymonopolowym, a w konsekwencji poprzez dokonanie błędnych i niekompletnych ustaleń faktycznych istotnych dla wydania Decyzji, a w szczególności:

a) pominięcie, pomimo prawidłowego ustalenia, że (...) AG był stroną Umów finansowania, że (...) AG nie mógł utworzyć wspólnego przedsiębiorcy „sam ze sobą”;

b) błędną ocenę Umów finansowania, polegającą na ich powierzchownej analizie i pominięciu, że Umowy finansowania podlegały prawu obcemu, a w efekcie błędne przyjęcie, iż rola powoda oraz innych Inwestorów Finansowych w (...) AG sprowadzała się do statusu „quasi - akcjonariuszy”, w sytuacji, w której ze zgromadzonych w postępowaniu dowodów wynika, że rola Inwestorów Finansowych w projekcie (...) sprowadzała się wyłącznie do zorganizowania finansowania w formie pożyczek i zabezpieczenia ich spłaty, bez przyznania Inwestorom Finansowym praw związanych z akcjami (i związanych z nimi korzyści i praw) (...) AG;

c) błędnego ustalenia, że dzięki Umowom finansowania Inwestorzy Finansowi uzyskali uprawnienia do ingerencji w działalność (...) AG, podczas gdy żadne z uprawnień nadanych przez te umowy nie dawało takich uprawnień;

- co miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ doprowadziło Prezesa UOKiK do uznania, iż zawarcie Umów finansowania skutkowało przyznaniem powodowi i pozostałym Inwestorom Finansowym uprawnień tożsamych z uprawnieniami akcjonariuszy (...) AG, co z kolei doprowadziło Prezesa UOKiK do błędnej konkluzji, iż doszło do utworzenia przez Inwestorów Finansowych i przez (...) (...) wspólnego przedsiębiorcy;

3) nieważność Decyzji, z uwagi na jej wydanie z rażącym naruszeniem prawa (art. 156 § 1 pkt 2) kpa) skutkującym również pozbawieniem powoda prawa do obrony i możliwości pełnego i skutecznego udziału w postępowaniu (art. 145 § 1 pkt 4) kpa), wynikającą z naruszenia przez Prezesa UOKiK art. 74 Ustawy poprzez (i) oparcie się przez Prezesa UOKiK na dowodach uzyskanych i dopuszczonych po formalnym zakończeniu postępowania dowodowego (o czym Prezes UOKiK poinformował w Szczegółowym Uzasadnieniu Zarzutów z 10 lipca 2020 r. (...)), a w szczególności poprzez oparcie się w Decyzji na dokumentach złożonych w toku postępowania, na wniosek Prezesa UOKiK, przez (...) S.A. z siedzibą w W. (...), które liczyły ponad 600 stron, w odniesieniu do których Prezes UOKiK przyznał powodowi łącznie zaledwie 11 dni roboczych na udzielenie odpowiedzi, a także (ii) oparcie się przez Prezesa UOKiK przy wydaniu Decyzji na argumentacji faktycznej i prawnej (...) zawartej w piśmie (...) z dnia 2 września 2020 r. do tego stopnia, że niemal całe pismo (...) zostało po prostu skopiowane w treści Decyzji i zawierało istotnie zmienioną argumentację prawną nie wskazaną w (...) przez Prezesa UOKiK - co z kolei stanowiło naruszenie prawa powoda do obrony w toku postępowania antymonopolowego;

4) naruszenie **art. 81 ust. 2 Ustawy w związku z art. 74 Ustawy oraz art. 10 § 1 i § 2 i art. 8 § 1** kpa w zw. z art. 83 Ustawy, poprzez odmowę wyrażenia zgody na udostępnienie powodowi niektórych dokumentów złożonych przez (...) w toku prowadzonego postępowania antymonopolowego, wymienionych w postanowieniu Prezesa UOKiK z dnia 8 września 2020 roku, znak DKK- (...), ze względu na błędne założenie, że dokumenty te zawierały tajemnice przedsiębiorstwa (...); jednocześnie powód podtrzymuje zażalenie na ww. postanowienie Prezesa UOKiK, złożone 15 września 2020 r., które nie zostało jeszcze przekazane Sądowi przez Prezesa UOKiK - co miało istotny wpływ na wynik sprawy, ponieważ uniemożliwiło powodowi przedstawienie stanowiska polemicznego w stosunku do tez zawartych w stanowisku (...), pozbawiło powoda możliwości przedstawienia dowodów przeczących twierdzeniom (...), a tym samym skutkowało dokonaniem przez Prezesa UOKiK błędnych ustaleń faktycznych co do rynkowych skutków zawarcia Umów finansowania w części w oparciu o jednostronną i błędną argumentację (...);

5) naruszenie **art. 81 ust. 2 Ustawy i art. 74 Ustawy oraz art. 10 § 1 i § 2 i art. 8 § 1** kpa w zw. z art. 83 Ustawy wskutek wydania przez Prezesa UOKiK postanowienia nr DKK- (...) z dnia 8 września 2020 r., na mocy którego ograniczono powodowi prawo dostępu do dowodów przedstawionych przez (...), co skutkowało pozbawieniem powoda możliwości odniesienia się do części materiału dowodowego, a także wskutek nieprzekazania przez Prezesa UOKiK niezwłocznie do tut. Sądu zażalenia powoda 7 dnia 15 września ?(?) r na w postanowienie, przed wydaniem Decyzji, co skutkowało: (i) pozbawieniem powoda możliwości uzyskania postanowienia Sądu w przedmiocie zamieszczonego w zażaleniu wniosku o zabezpieczenie, które miało polegać na zobowiązaniu Prezesa UOKiK do niewydawania decyzji kończącej postępowanie w sprawie do czasu rozpatrzenia zażalenia oraz (ii) pozbawieniem powoda możliwości uzyskania postanowienia Sądu w sprawie zażalenia przed wydaniem Decyzji, a w związku z tym, w wyniku działań Prezesa UOKiK, brakiem możliwości uzyskania dostępu do dowodów przedstawionych przez (...) przed wydaniem Decyzji - co w konsekwencji miało istotny wpływ na wynik sprawy,

ponieważ uniemożliwiło powodowi zajęcie stanowiska wobec tez (...), a w efekcie skutkowało oparciem Decyzji na błędnych ustaleniach Prezesa UOKiK co do rynkowych skutków zawarcia Umów finansowania;

6) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3) Ustawy w zw. z art. 111 ust. 1 pkt 1) Ustawy poprzez nałożenie na powoda kary pieniężnej za dokonanie rzekomej koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa UOKiK w sytuacji, gdy:

a) zawarcie Umów finansowania nie stanowiło utworzenia JV, a zatem uzyskanie zgody Prezesa UOKiK nie było wymagane - a w konsekwencji na powoda nie mogła być nałożona w ogóle jakakolwiek kara pieniężna;

b) Prezes UOKiK nie wykazał wpływu zawarcia Umów finansowania na konkurencję na żadnym z rynków właściwych, ponieważ gazociąg (...) nie jest jeszcze eksploatowany i czynnik ten powinien być brany pod uwagę przy ustalaniu wysokości kary, zgodnie z utrwalonym orzecznictwem polskich sądów i praktyką decyzyjną Prezesa UOKiK;

7) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3) Ustawy w zw. z art. 111 ust. 4 pkt 4) i art. 111 ust. 4 pkt 1) lit. d) Ustawy i w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP w zw. z art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka („EKPCz”) i w zw. z art. 49 ust. 1 Karty Praw Podstawowych („KPP”), polegające na nałożeniu na powoda kary pieniężnej za zawarcie Umów finansowania, podczas gdy uwzględniając dotychczasową praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK oraz stanowisko wyrażone w Wyjaśnieniach, powód nie miał i nie mógł mieć świadomości, że Prezes UOKiK zastosuje taką interpretację przepisów Ustawy, jak zawarta w Decyzji, co stanowi oczywiste naruszenie zasady nullum crimen nulla poena sine lege certa;

8) naruszenie art. 106 ust. 1 pkt 3) Ustawy w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i art. 8 kpa, a także art. 6 EKPCz i art. 45 Konstytucji RP poprzez nałożenie na powoda rażąco nieproporcjonalnie wysokiej kary pieniężnej, która w szczególności pozostaje w rażącej dysproporcji w stosunku do utrwalonej praktyki orzeczniczej Prezesa UOKiK przy rozstrzygnięciu spaw o takim samym lub analogicznym stanie faktycznym i prawnym;

9) naruszenie art. 21 ust. 2 i art. 21 ust. 4 Ustawy poprzez nakazanie powodowi rozwiązania Umów finansowania, w sytuacji gdy:

a) zawarcie Umów finansowania nie stanowiło utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, zatem nie doszło do dokonania koncentracji;

b) Prezes UOKiK nie wykazał jakiegokolwiek wpływu zawarcia Umów finansowania na konkurencję na jakimkolwiek rynku właściwym, a mając na uwadze, że budowa gazociągu (...) nie została jeszcze zakończona - organ nie może (i nie jest w stanie) wykazać jakiegokolwiek istotnego ograniczenia konkurencji na jakimkolwiek rynku właściwym.

Odwołujący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

1) dokumentów załączonych do niniejszego odwołania, w postaci:

a) dokumentów rejestrowych dot. (...) AG (Załącznik nr 1) - w celu wykazania faktu sprawowania przez (...) (...) wyłącznej kontroli nad (...) AG, a tym samym braku utworzenia na skutek zawarcia Umów finansowania wspólnego przedsiębiorcy w postaci (...) AG;

b) opinii prawnej dr. hab. K. K. (1) (Załącznik nr 2) - w celu (i) sprostowania tez przypisywanych w Decyzji K. K., w tym w celu wykazania, iż K. K. zaprzecza, jakoby podzielał przypisywane mu w Decyzji stanowisko wskazujące na możliwość stwierdzenia istnienia koncentracji polegającej na samym jedynie połączeniu interesów gospodarczych, jak również (ii) na okoliczność wykazania, że Inwestorzy Finansowi nie są w ocenie K. K. założycielami nowego przedsiębiorcy, w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 3) Ustawy;

c) nagrania konferencji prasowej Prezesa UOKiK, która odbyła się 7 października 2020 r. oraz transkrypcji z tej konferencji (Załącznik nr 3) - w celu wykazania faktu przyznania przez Prezesa UOKiK w trakcie konferencji towarzyszącej publicznemu ogłoszeniu wiadomości o wydaniu Decyzji, iż gdyby projekt (...) był finansowany w drodze umów pożyczek udzielonych przez podmioty inne niż Inwestorzy Finansowi, to Prezes UOKiK, nie oczekiwałby

notyfikacji zamiaru koncentracji, a tym samym na okoliczność wykazania, iż wykładnia art. 13 ust. 2 pkt 3) Ustawy, dokonana przez Prezesa UOKiK, ma charakter instrumentalny i incydentalny;

d) schematu zawierającego porównanie str 5-3[^] Decyzji i par V¹ pisma (...) z 2 września 2020 r. (Załącznik nr 4) - w celu wykazania, że Prezes UOKiK praktycznie skopiował niemal całą treść pisma (...) z 2 września 2020 r. do Decyzji, a tym samym w celu wykazania, iż Decyzja została wydana w warunkach nieważności, w postępowaniu, w którym powód nie mógł w pełni skutecznie odnieść się do zarzutów, na których ostatecznie oparta została Decyzja;

e) odpisu zażalenia Spółki z dnia 15 września 2020 r. (Załącznik nr 5) - w celu wykazania, że (i) powód zaskarżył postanowienie Prezesa UOKiK z dnia 8 września 2020 r. nr DKK- (...) o odmowie dostępu do części materiału dowodowego złożonego dopiero we wrześniu 2020 r. przez (...), że (ii) powód zawarł w ww. zażaleniu wnioski o zabezpieczenie roszczenia procesowego poprzez m.in. zakazanie Prezesowi UOKiK wydania decyzji kończącej postępowanie antymonopolowe do czasu rozstrzygnięcia zażalenia, (iii) a w konsekwencji w celu wykazania, że nieprzekazanie ww. zażalenia przez Prezesa UOKiK do tut. Sądu przed wydaniem Decyzji skutkowało pozbawieniem powoda prawa do obrony w postępowaniu antymonopolowym, pozbawiając go możliwości uzyskania rozstrzygnięcia o udostępnieniu mu istotnych dowodów złożonych przez (...) przed wydaniem Decyzji, a więc pozbawiając go możliwości zajęcia stanowiska wobec tych dokumentów;

f) dokumentów w wersji elektronicznej zamieszczonych na dołączonej do odwołania płycie CD (zawierającej dokumenty opisane jako Załączniki 6-39) - w celu wykazania faktów szczegółowo opisanych w poszczególnych akapitach odwołania, wskazujących konkretne dowody z tej kategorii, tj. zasadniczo na okoliczność braku ograniczenia konkurencji na skutek zawarcia Umów finansowania przez Inwestorów Finansowych, w tym przez powoda, oraz (...) (...) (...) AG, a tym samym na okoliczność braku podstaw do zastosowania przez Prezesa UOKiK środków przewidzianych w art. 21 ust. 2 Ustawy, tj. zwłaszcza w celu wykazania, że ani przyszłe uruchomienie gazociągu (...), ani samo zawarcie Umów finansowania, nie skutkuje obecnie ani nie będzie skutkowało w przyszłości ograniczeniem konkurencji na jakimkolwiek rynku właściwym, jak również nie będzie skutkowało ograniczeniem możliwości dywersyfikacji dostaw gazu ziemnego do Polski, czy też ograniczeniem możliwości przesyłania gazu ziemnego do Polski poprzez punkt M. lub też inne punkty, jak również na okoliczność pozycji i wyrównawczej siły nabywczej (...); - przy czym wyjaśniamy, że z uwagi na znaczną objętość dokumentów objętych Załącznikami nr 6-39, składamy je Sądowi, ze względów podyktowanych wyłącznie ekonomią postępowania, w wersji elektronicznej, tym bardziej, iż znaczna część ww. dokumentów stanowi wydruki ze stron internetowych (zaś na liście załączników wskazujemy konkretne źródła, tzn. linki do właściwych stron internetowych) - jednocześnie deklarujemy, że powód jest gotowy na żądanie Sądu dostarczyć ww. dokumenty w formie papierowej;

2) opinii biegłego sądowego („Opinia biegłego sądowego”) z zakresu ekonomii i regulacji rynku gazu ziemnego, jak również z zakresu stanu i funkcjonowania infrastruktury w obszarze Europy, w przedmiocie okoliczności rynkowych przesądzających o braku istotnego ograniczenia konkurencji na rynku gazu ziemnego wskutek zawarcia Umów Finansowania, w tym:

a) braku wpływu udzielenia przez powoda spółce (...) AG finansowania na budowę gazociągu (...), jak również braku wpływu przyszłego funkcjonowania gazociągu (...) na zdolności dywersyfikacji dostaw gazu do polskiego obszaru rynku gazu ziemnego, w tym braku wpływu funkcjonowania gazociągu (...) na zdolności przesyłowe gazu ziemnego do Polski poprzez punkt połączenia M. na tzw. gazociągu (...) (tj. gazociągu tranzytowym będącym własnością (...) S.A.);

b) rozwoju rynku gazu ziemnego oraz połączeń pomiędzy systemami przesyłowymi gazu ziemnego zlokalizowanymi w Polsce oraz w krajach sąsiadujących z Polską, jak również faktycznej dywersyfikacji dostaw gazu do Polski po 2015 r.

- przy czym zastrzegamy, że powód złoży również opinię prywatnego biegłego w zakresie powyżej wskazanych tez dowodowych, jednak z uwagi na zakres przedmiotowy tej opinii i czas niezbędny do jej sporządzenia powód złoży tę opinię na późniejszym etapie postępowania, niezwłocznie po jej uzyskaniu.

Na podstawie powyższych zarzutów i zgłoszonych dowodów Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie Decyzji w całości z uwagi na wydanie Decyzji z rażącym naruszeniem prawa, którego nie da się konwalidować na etapie postępowania odwoławczego;
- 2) stwierdzenie na podstawie art. 479^{31a} § 3 zd. 2 kpc, że Decyzja została wydana bez podstawy prawnej albo z rażącym naruszeniem prawa;
- 3) 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 niezłożenia, 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, jak też ze względu na znaczną 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) - oraz 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.

Odwołujący wniósł ponadto o:

- 1) zarządzenie rozpoznania odwołania w składzie 3 sędziów z uwagi na precedensowy charakter sprawy, zgodnie z art. 47 § 4 kpc;
- 2) rozpoznanie sprawy na rozprawie (art. 148¹ § 3 kpc), i jednocześnie przeprowadzenie rozprawy przy drzwiach zamkniętych, na podstawie art. 153 § 1¹ kpc, z uwagi na konieczność ochrony tajemnic przedsiębiorstwa powoda;
- 3) rozpoznanie sprawy także w razie nieobecności powoda na rozprawie (art. 177 § 1 pkt 5) kpc);
- 4) odstąpienie od wyznaczenia posiedzenia przygotowawczego (art. 205⁴ § 3 kpc);
- 5) a w razie wyznaczenia posiedzenia przygotowawczego (art. 205⁴ § 1 kpc), o zwolnienie powoda od obowiązku osobistego stawiennictwa na posiedzeniu przygotowawczym (art. 205⁵ § 3 kpc).

Odwołujący wskazał również, iż:

- 1) ze względu na fakt, że jedyną drogą odwoławczą od Decyzji jest niniejsze odwołanie rozpoznawane przez Sąd, do niniejszego odwołania nie ma zastosowania wymóg wskazania, czy powód podjął próbę polubownego rozwiązania sporu;
- 2) z daleko posuniętej ostrożności wskazał adres poczty elektronicznej: (...) Jednakże, w celu uchylenia jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie oświadczamy, że powód nie wyraża zgody na doręczanie mu pism drogą elektroniczną (art. 132 § 1³ kpc). W przypadku uznania przez Sąd, że w niniejszej sprawie istnieje obowiązek podania adresu poczty elektronicznej powoda i że nie jest wystarczające podanie adresu poczty elektronicznej pełnomocnika powoda, jako adres poczty elektronicznej powoda wskazujemy adres: (...); (...)\
- 3) Powód zaprzeczył jednocześnie wszystkim faktom i twierdzeniom pozwanego, których wyraźnie nie przyznał i oponuje wobec ewentualnego uznania za przyznane jakichkolwiek faktów i twierdzeń, o których się wprost nie wypowiedział.

W odpowiedzi na odwołanie pozwany Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł o:

- oddalenie odwołania w całości,

- oddalenie zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych, tj. nagrania z konferencji psi prasowej Prezesa UOKiK T. C., opinii prawnej prof. K. K., schematu zawierającego porównanie treści decyzji z pismem (...) z 2 września 2020 r., zażalenia powoda z dnia 15 września 2020 r.. opinii biegłego sądowego,
- rozpoznanie sprawy na rozprawie,
- w przypadku wyznaczenia przez Sąd posiedzenia przygotowawczego o zwolnienie strony pozwanej, tj. Prezesa UOKiK, od obowiązku osobistego stawiennictwa,
- zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Odwołujący wniósł ponadto o przeprowadzenie dowodu z następujących artykułów prasowych:

- (...) (...) w dniu 28 września 2020 r.]. (zał. nr 3 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie),
- (...) [dostęp w dniu 28 września 2020 r.]. (zał. nr 4 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie),
- (...) T. w dniu 28 września 2020 r.] (zał. nr 5 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie),
- (...) (...) ["dostęp w dniu 28 września 2020 r.]. (zał. nr 6 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie),
- (...) (...) w dniu 28 września 2020 r.]. (zał. nr 7 do niniejszej odpowiedzi na odwołanie),

na okoliczność wysokości finansowania (...) zapewnionego przez Założycieli i jego znaczenia dla projektu, istnienia wspólnoty interesów Założycieli, utożsamiania się Założycieli z projektem (...), podejmowania przez Założycieli działań w ramach wspólnego dążenie do realizacji inwestycji – w celu wykazania istnienia silnej i jednolitej wspólnoty interesów i celów wszystkich Założycieli oraz pełnienia przez nich roli de facto akcjonariuszy (...).

W odpowiedzi na odwołanie uczestnik (...) wniósł o:

1. poparł w całości Odwołanie, w tym zarzuty i wnioski tam przedstawione;
2. poparł w całości wniosek pełnomocników pozostałych zainteresowanych (uczestników postępowania) przedstawiony w piśmie procesowym z dnia 29 kwietnia 2021 r. o połączenie niniejszej sprawy do wspólnego rozpoznania ze sprawami rozpoznawanymi przez tutejszy Sąd Okręgowy pod sygn. akt XVII AmA 13/21, XVII AmA 14/21, XVII AmA 15/21, XVII AmA 16/21, z tym że uzupełniam ww. wniosek poprzez wskazanie dodatkowej sygnatury akt sprawy, tj. XVII AmA 11/21, prowadzonej przez tutejszy Sąd Okręgowy z odwołania od Decyzji wniesionej przez (...) w dniu 4 listopada 2020 r. (dalej: Odwołanie (...)) i wniósł o połączenie także tej sprawy do wspólnego rozpoznania z pozostałymi ww. sprawami;

niezależnie od powyższego

3. *podtrzymał w całości dotychczasowe stanowisko przedstawione w Odwołaniu (...), w tym poparł wszystkie wnioski złożone w Odwołaniu (...); na wypadek nieuwzględnienia wniosku, o który mowa w pkt. 2, wnoszę o wydanie zarządzenia o wypożyczeniu akt postępowania toczącego się z Odwołania (...) (sygn. akt XVII AmA 11/21) o przeprowadzenie dowodu z Odwołania (...) i prywatnej opinii (...) na okoliczność ich treści (w celu wykazania stanowiska (...));*

4. wniósł o zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz (...) kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych, wraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie za czas od uprawomocnienia się orzeczenia, w którym je zasądzono, do dnia zapłaty.

W piśmie z 29 kwietnia 2021 r. uczestnicy postępowania: (...) AG z siedzibą w Z. (Szwajcaria), (...) z siedzibą w A. (Holandia), (...) z siedzibą w H. (Holandia) oraz (...) z siedzibą w R. (Holandia) poparli w całości odwołanie wniesione przez powoda, w tym wszelkie zawarte w nim zarzuty i wnioski.

Uczestnicy wniesli o:

- 1) zasądzenie od pozwanego na rzecz każdego z uczestników postępowania ad 1-4 zwrotu kosztów niniejszego postępowania, według spisu kosztów, który zostanie złożony na ostatniej rozprawie, a w razie jego niezłożenia - według norm przepisanych - w każdym wypadku z uwzględnieniem kosztów zastępstwa procesowego każdego z uczestników ad 1-4 oraz z odsetkami ustawowymi za opóźnienie należnymi od dnia uprawomocnienia się orzeczenia zasądzającego odsetki ustawowe, do dnia ich pełnej zapłaty;
- 2) połączenie niniejszej sprawy do wspólnego rozpoznania ze sprawami rozpoznawanymi przez tut. Sąd pod sygn. XVII AmA 13/21, XVII AmA 14/21, XVII AmA 15/21 oraz XVII AmA 16/21.

Powód pismem z 29 października 2021 r. powód wniósł o przeprowadzenie dowodu z dokumentu - opinii prywatnej, tj. Raportu dla Inwestorów Finansowych (...) (A report to N. (...)), wraz z tłumaczeniem przysięgłym, sporządzonego przez zespół analityków rynku gazowego ze spółki (...) w D., kierowany przez p. M. L., który to raport prezentuje rzeczywisty stan rozwoju infrastruktury gazowej oraz zapotrzebowania na gaz w Europie, jak również podstawowe zagadnienia dotyczące reżimu regulacyjnego dotyczącego rozwoju i eksploatacji infrastruktury gazowej, według stanu na dzień wydania zaskarżonej decyzji - w celu wykazania następujących faktów i okoliczności wymienionych w pkt (C) pkt 2) lit. b) odwołania powoda z 5 listopada 2020 r., jak również w celu wykazania następujących faktów:

- 1) **braku wpływu udzielenia przez powoda spółce (...) AG („(...) AG”) finansowania na budowę gazociągu (...) („(...)”), oraz braku wpływu przyszłego funkcjonowania gazociągu (...), na zdolności dywersyfikacji dostaw gazu do polskiego obszaru rynku gazu ziemnego, jak również**
- 2) okoliczności związanych z rozwojem rynku gazu ziemnego oraz połączeń pomiędzy systemami przesyłowymi gazu ziemnego zlokalizowanymi w Polsce oraz w krajach sąsiadujących z Polską, jak również
- 3) faktycznej dywersyfikacji dostaw gazu do Polski po 2015 r.,

w szczególności w celu wykazania, że:

(a) gazociąg (...) nie wywiera i nie będzie wywierał bezpośredniego wpływu na polski obszar rynku gazu, a to z uwagi na fakt, że:

(i) gazociąg (...) nie ma fizycznego połączenia z systemem przesyłu gazu w Polsce i w związku z tym nie może wywierać bezpośredniego wpływu na polski obszar rynku gazu;

(ii) (...) **był budowany w celu zapewnienia (...) (...) większej zdolności przesyłu gazu do Europy Zachodniej i Środkowej, co jest zgodne z trendem zwiększania zdolności importowych służących do importu gazu do Europy, a wysoki stopień wykorzystania przez (...) (...) istniejących zdolności przesyłowych w kierunku Europy Zachodniej i Środkowej (który w 2019 r. osiągnął poziom 90%) wskazuje na niewielkie możliwości zwiększenia eksportu przy istniejących zdolnościach przesyłowych, zwłaszcza uwzględniając takie czynniki, jak zmienność przepływów w trakcie roku, wymogi remontowe i konserwacyjne, nieplanowane przerwy oraz rosnące zapotrzebowanie krajów europejskich na import gazu w wyniku spadku wydobycia ze złóż własnych w Europie;**

((...)) **fakt zastosowania klauzuli ship-or-pay w umowie o przesyłanie gazu poprzez (...) nie wywiera decydującego wpływu na wybór trasy gazociągowej, którą będzie transportowany gaz, bowiem wybór trasy należy do zleceniodawcy usługi przesyłania gazu i przy podejmowaniu tej**

decyzji zwyczajowo bierze się pod uwagę wiele innych czynników oprócz postanowień klauzul ship-or-pay);

(b) gazociąg (...) nie wywiera i nie będzie wywierał pośredniego wpływu na polski obszar rynku gazu, czy to przez rzekomo niższy stopień wykorzystania gazociągu J. - (...), czy przez rzekome obniżenie dostępnej zdolności przesyłowej w punkcie M., a to z uwagi na fakt, że:

(i) wbrew temu, co twierdzi Prezes UOKiK, zdolność fizycznego przepływu zwrotnego w punkcie M. (67,5 TWh rocznie w 2020 r.) nie jest uzależniona od istnienia lub wykorzystywania innej infrastruktury, bowiem:

- zdolności przesyłowe w punkcie M. są ustalane przez niezależnych operatorów systemów przesyłowych (...) oraz niezależnie od gazociągu (...) i sytuacja ta nie ulegnie zmianie w związku z funkcjonowaniem (...);

- niezależnie od funkcjonowania lub niefunkcjonowania gazociągu (...), zleceniodawcy usługi przesyłania gazu, a w szczególności (...) (...), nie mają możliwości ograniczania ani zawłaszczania zdolności fizycznego przepływu zwrotnego w punkcie M., a przepisy Unii Europejskiej zobowiązują OSP do oferowania usług przesyłowych w swoich sieciach na niedyskryminujących zasadach wszystkim użytkownikom sieci;

- rezerwacje zdolności w magazynie gazu K. i gazociągu (...) odbywają się niezależnie od siebie i nie ograniczają zdolności przesyłowych na potrzeby importu gazu do Polski przez punkt M.; model funkcjonowania sieci (...), zdeterminowany regulacjami unijnymi, zapobiega sytuacji, w której rezerwacje zdolności w B. na potrzeby korzystania z magazynu (...) mogłyby niekorzystnie wpływać na dostępną zdolność w punkcie M.;

(ii) tylko zdolność wirtualnego przesyłania zwrotnego w punkcie M. w wysokości 33,1 TWh rocznie jest uzależniona od tranzytu gazociągiem J. - (...), a twierdzenia Prezesa UOKiK o możliwym ograniczeniu lub zawieszeniu tranzytu tym gazociągiem, zawarte w odpowiedzi na odwołanie, mają charakter spekulacji, z następujących względów:

- aby wywierać wpływ na zdolność wirtualnego przesyłania zwrotnego w punkcie M., wykorzystanie gazociągu J. - (...) musiałoby spaść poniżej 10%, co wydaje się mało prawdopodobne, biorąc pod uwagę potrzeby i poziom dotychczasowego korzystania z gazociągu J. - (...);
- **gazociąg J. - (...) jest dla (...) (...) ważną drogą dostarczania gazu na rynek i nie istnieją żadne dowody historyczne ani zachęty ekonomiczne (ponieważ (...) jest właścicielem białoruskiego i współwłaścicielem polskiego odcinka gazociągu), które mogłyby wskazywać, że sytuacja ta ulegnie zmianie po uruchomieniu (...);**

(...) ze względu na istotną nadwyżkę zdolności importowych nawet hipotetyczny brak zdolności wirtualnego przesyłania zwrotnego w punkcie M. nie ograniczyłby konkurencji w Polsce, ani nie uniemożliwiłby Polsce czerpania korzyści z istnienia konkurencji (takich jak niższe ceny dla odbiorców końcowych), a siła przetargowa (...) (...) byłaby w tej sytuacji ograniczona, bowiem:

- zdolności importu gazu do Polski przewyższają zapotrzebowanie Polski na import nawet bez zdolności wirtualnego przesyłania zwrotnego w punkcie M. (która jest uzależniona od tranzytu gazociągiem J. - (...)), a w przyszłości sytuacja ta jeszcze ulegnie poprawie, bowiem:

a. Polska była w stanie pokryć w całości swoje zapotrzebowanie na import w 2019 r., korzystając z fizycznych zdolności importowych innych niż połączenia z Białorusią (tj. ze źródeł dostaw innych niż (...) (...)) i dysponowała dodatkową „nadwyżką” zdolności przesyłowych (innymi słowy, w oparciu o istniejącą infrastrukturę gazowniczą Polska była w stanie pokryć całość swojego zapotrzebowania na import gazu bez konieczności importowania go z Rosji, nawet w

hipotetycznym scenariuszu braku przepływu tranzytowego gazociągiem J. - (...), a zatem Polska nie jest uzależniona od przepływów tranzytowych w gazociągu J. - (...);

b. planowane na najbliższe lata zwiększenie zdolności importowych terminalu (...) w Ś. i w punkcie M., jak również na połączeniach z Litwą, Słowacją i Danią, spowoduje wzrost nadwyżki zdolności przesyłowych na takim poziomie, iż fizyczne zdolności importowe służące do importowania gazu do Polski, które ani nie są powiązane wyłącznie z importem z Rosji ani uzależnione od przepływu tranzytowego w gazociągu J. - (...), będą wystarczające do pokrycia prawie 200% zapotrzebowania polskiego obszaru rynku na import do 2025 r.;

- są dostępne wystarczające zdolności przesyłowe dla uczestników rynku innych niż (...), a w przyszłości sytuacja ta ulegnie dalszej poprawie;

- siła przetargowa (...) wobec odbiorców gazu w Polsce jest ograniczona (szczególnie biorąc pod uwagę, że (...), czyli największy importer gazu do Polski, ogłosiło zamiar nieprzedłużania umowy z (...) (...) po jej wygaśnięciu z końcem 2022 r.) i sytuacja ta nie ulegnie zmianie w związku z funkcjonowaniem (...).

które to okoliczności przesądzą o braku istotnego ograniczenia konkurencji na rynku gazu ziemnego wskutek zawarcia Umów Finansowania, a tym samym przesądzą o braku podstaw do nakazania powodowi rozwiązania Umów Finansowania.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

(...). należy do grupy (...), która jest globalną grupą działającą w sektorze energetycznym. Jej podstawowy profil obejmuje poszukiwania geologiczne, produkcję, transport, magazynowanie, przetwarzanie i sprzedaż gazu, kondensatu gazu i ropy, sprzedaż gazu jako paliwa dla pojazdów mechanicznych, a także wytwarzanie i sprzedaż energii elektrycznej i ciepła. Grupa (...) sprzedaje ponad połowę całkowitej produkcji gazu naturalnego odbiorcom rosyjskim, a ponadto eksportuje gaz ziemny do ponad 30 krajów, w tym byłych republik ZSRR i innych krajów. Jej produkcja w 2014 roku wyniosła 443,9 mld m⁽³⁾ gazu ziemnego, co stanowi ok 12% globalnej produkcji. Złóża (...) stanowią ok. 17% globalnych złóż gazu.

W Unii Europejskiej Grupa (...) koncentruje się w branży dostaw gazu ziemnego i jest aktywna w zakresie dostaw gazu wyższego szczebla tj. wprowadzania do obrotu (tzw. upstream) do 26 państw członkowskich UE. Dostawy te polegają na dostarczaniu gazu hurtownikom, którzy kupują gaz w celu dalszej odsprzedaży na rynkach niższego szczebla, tj. rynku hurtowej sprzedaży gazu (do innych sprzedawców, którzy sprzedają później odbiorcom końcowym) oraz rynku detalicznej sprzedaży gazu (do odbiorców końcowych). Grupa (...) prowadzi działalność w zakresie dostaw hurtowych i detalicznych, a także sprzedaży za pośrednictwem hubów, w tym w Austrii, Belgii, Francji, Niemczech, Grecji, na Węgrzech, we Włoszech, Holandii i w Wielkiej Brytanii W latach 2014-2015 dostarczył na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) odpowiednio 127,4 mld m⁽³⁾ i 152 mld m⁽³⁾ gazu, zaspokajając ok. 1/3 konsumpcji. W 2018 r. (...) dostarczył ok. 157 mld m⁽³⁾. Biorąc pod uwagę, że konsumpcja w tym okresie na terenie UE wyniosła ok. 474 mld m⁽³⁾, daje to także 1/3 zużycia gazu.

Na obszarze Unii Europejskiej Grupa (...) jest również aktywna na rynku przesyłu i magazynowania gazu ziemnego. (...) kontroluje lub współkontroluje istotną infrastrukturę gazową w niektórych krajach Unii Europejskiej, m.in. 4 magazyny na terenie Niemiec (J., R., E. oraz K.) oraz gazociągi na terenie Niemiec (sieć gazociągową (...) w tym jej część J., O. oraz N.). W Polsce (...) jest głównym dostawcą gazu do Polski (w 2014 r. dostarczył ok. 8,5 mld m⁽³⁾ tj. ok. 55% gazu zużywanego w Polsce, natomiast w 2018 r. (...) dostarczył ok. 9 mld m⁽³⁾, co stanowiło ok. 50% gazu zużywanego w Polsce). (...) posiada w Rosji monopol na eksport gazu ziemnego.

Obrót (...) w 2019 r. wyniósł (...) Euro. Obrót grupy kapitałowej, do której należy (...), wyniósł w 2016 roku (...) Euro.

(...) należał do 2019 roku do grupy (...). Grupa ta jest międzynarodowym prywatnym dostawcą energii. Grupa (...) jest m.in. obecna w sektorach wyższego i niższego (ang. downstream) szczebla w przemyśle naftowym i gazowym. Zajmuje się poszukiwaniem i produkcją ropy naftowej i gazu, a także ich transportem - za pośrednictwem rurociągów i tankowców (...). Grupa (...) zajmuje się również dystrybucją produktów gazowych i naftowych na potrzeby gospodarstw domowych i przemysłu oraz obrotem ropą i gazem. W Polsce Grupa (...) działa głównie w zakresie sprzedaży ciepła i wytwarzania energii elektrycznej (elektrownie wiatrowe). (Tajemnica przedsiębiorstwa) . W 2019 r. większościowy pakiet udziałów (...) został przejęty przez (...), wywodzący się z Finlandii globalny koncern multienergetyczny (dostarczający swoim klientom w takich krajach jak Finlandia, Szwecja, Norwegia, kraje bałtyckie, Polska, Rosji i Indie energię elektryczną, ciepłą oraz gaz).

Obrót (...) w 2019 r. wyniósł (...) Euro. Obrót grupy kapitałowej, do której należy (...), wyniósł w 2016 roku (...) Euro, natomiast na terytorium Polski (...) Euro.

Grupa (...) jest pochodzącą z Francji międzynarodową globalną grupą przemysłową i usługową, będącą dostawcą globalnych rozwiązań w zakresie elektryczności, gazu i energii. Grupa (...) została utworzona po połączeniu grup (...) i (...) w 2008 roku. Prowadzi działalność na całym świecie i działa, w ramach całego łańcucha wartości, w sektorach energii elektrycznej i gazu ziemnego tj. zakupów, produkcji i wprowadzania do obrotu gazu ziemnego i energii elektrycznej, przesyłu, magazynowania, dystrybucji, zarządzania i realizacji dużych inwestycji infrastrukturalnych w zakresie gazu ziemnego i energii elektrycznej.

Obrót (...) w 2019 r. wyniósł (Tajemnica przedsiębiorstwa). Obrót grupy kapitałowej, do której należy (...), wyniósł w 2016 roku (...) Euro, natomiast na terytorium Polski (...) Euro.

Grupa (...) jest zintegrowaną, międzynarodową grupą prowadzącą działalność w sektorze naftowym i gazowym. Grupa (...) prowadzi działalność w zakresie dostaw gazu ziemnego (z wydobycia własnego i zakontraktowanych) w kilku krajach, w szczególności w Austrii, Rumunii, Włoszech, na Węgrzech, w Chorwacji i Niemczech, a także w zakresie obrotu gazem ziemnym na europejskich hubach handlowych. Eksploatuje sieć rurociągów gazowych w Austrii i posiada magazyny gazu w Niemczech i w Austrii. Grupa (...) posiada 65% udział w Central (...) (...), ważnej platformie obrotu gazem na trasach wschód-zachód o ugruntowanej pozycji rynkowej, i prowadzi ponadto giełdę gazową. Węzeł dystrybucji gazu w B. jest największym punktem wejściowym Europy Środkowej dla gazu z Rosji.

W Polsce działalność (...) skupia się na dostawcach produktów naftowych i petrochemicznych.

Obrót (...) w 2019 r. wyniósł (Tajemnica przedsiębiorstwa). Obrót grupy kapitałowej, do której należy (...), wyniósł w 2016 roku (...) Euro, natomiast na terytorium Polski (Tajemnica przedsiębiorstwa).

Grupa (...) jest brytyjsko-holenderską międzynarodową grupą spółek z sektora naftowego i gazowego. Prowadzi poszukiwania ropy i gazu na całym świecie, zarówno ze złóż konwencjonalnych, jak i źródeł niekonwencjonalnych. Grupa (...) prowadzi działalność w zakresie poszukiwania ropy i gazu (na lądzie i morzu), rozwija pola wydobywcze, wydobywa ropę i gaz, a także zajmuje się ekstrakcją bituminów, rafinuje ropę w paliwa i smary, produkuje produkty petrochemiczne, skrapla gaz poprzez chłodzenie (...), a także świadczy usługi transportowe i handlowe, usługę regazyfikacji (...) i prowadzi dostawy i dystrybucję swoich produktów. Grupa (...) jest ponadto obecna w sektorze energii alternatywnej, w którym produkuje i dostarcza biopaliwa i wytwarza energię z różnych źródeł, np. wiatru.

W (...) Grupa (...) działa głównie w zakresie sprzedaży paliw płynnych na stacjach benzynowych. Grupa (...) prowadzi również sprzedaż paliwa lotniczego na lotniskach w K., K. i W.. Ponadto spółki z Grupy (...) prowadzą w Polsce sprzedaż produktów petrochemicznych i dostarczają ropę naftową, (...) i oleje bazowe/parafinę do polskich portów.

Grupa (...) prowadzi także na niewielką skalę sprzedaż gazu ziemnego do Polski.

Obrót (...) w 2019 r. wyniósł (Tajemnica przedsiębiorstwa). Obrót grupy kapitałowej, do której należy (...), wyniósł w 2016 roku (...) USD ((...) Euro), natomiast na terytorium Polski (Tajemnica przedsiębiorstwa).

(...) jest współkontrolowana przez Grupę (...) raz (...). Działalność (...) ma zasięg globalny i obejmuje głównie takie dziedziny jak: chemikalia, produkty uszlachetniające, materiały i rozwiązania funkcjonalne, rozwiązania dla rolnictwa, a także ropa naftowa, gaz, i tworzywa sztuczne. Grupa (...) koncentruje swoje wydobywanie i produkcję na bogatych w złoża ropy i gazu regionach Europy, Ameryki Północnej, Ameryki Południowej, Rosji i rejonu Morza K.

Wraz z Gazpromem zajmuje się transportem gazu ziemnego w Europie. Współkontroluje sieć gazociągową (...) w tym jej część J., O. oraz N..

(...) z kolei kontrolował (...), firmę działającą w zakresie poszukiwania i wydobywania ropy naftowej oraz gazu. W 2019 roku doszło do połączenia (...) oraz (...) (...) AG. W wyniku tej operacji połączona spółka jest kontrolowana przez koncern (...) oraz (...).

Obrót (...) w 2019 r. wyniósł (Tajemnica przedsiębiorstwa). Obrót grupy kapitałowej, do której należy (...), wyniósł w 2016 roku (...) Euro, natomiast na terytorium Polski (Tajemnica przedsiębiorstwa). Natomiast światowy obrót (...) - uwzględniając zmiany w strukturze kapitałowej - wyniósł w 2016 r. (...) milionów Euro.

W dniu 8 grudnia 2015 r. do Prezesa UOKiK został zgłoszony zamiar koncentracji polegający na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy tj. (...), którego działalność miała obejmować zaprojektowanie, inżynierię, opracowanie, planowanie, finansowanie, ubezpieczenie, budowę, instalację, prowadzenie zamówień, pełnienie funkcji właścicielskich, zarządzanie, eksploatację, w tym transport gazu ziemnego, i utrzymanie dwóch równoległych rurociągów podmorskich (...). Będą one bieły z rosyjskiego wybrzeża Morza B. do punktu wyjścia nieopodal G. w Niemczech (Tajemnica przedsiębiorstwa). Zdolności przesyłowe (...) będą analogiczne jak (...) - istniejącego rurociągu podmorskiego położonego na Bałtyku, łączącego Rosję z Niemcami tj. 55 mld m⁽³⁾ gazu rocznie. (Tajemnica przedsiębiorstwa)

Do utworzenia wspólnego w ramach tej koncentracji miało dojść poprzez nabycie akcji w kapitale zakładowym (...), szwajcarskiej spółki, w której 100% głosów i akcji posiadał (...) (...). (...) G., (...) S.A., (...) (...), (...) i (...) (...) i miały nabyć po 10% akcji w kapitale zakładowym (...). (...) (...) miał posiadać natomiast pozostałe 50% akcji w kapitale zakładowym tej spółki. Akcjonariusze mieli proporcjonalnie sfinansować budowę (...). Ostatecznie do tego nie doszło i 100% akcji w (...) posiada (...). Niemniej należy zwrócić uwagę, iż (...), (...), (...), (...) i (...) nie wycofały się z finansowania (...), podpisując w 2017 r. pomimo braku zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy szereg umów dotyczących finansowania (...) (umowy te szczegółowo zostały opisane poniżej). W efekcie rola tych podmiotów w finansowaniu (...) nie uległa zmianie w stosunku do pierwotnie planowanej koncentracji.

(...), (...), (...), (...), (...) oraz (...), zawarły w 2017 r. szereg umów dotyczących finansowania (...).

W szczególności w dniu 24 kwietnia 2017 r. (...), (...), (...), (...) i (...) oraz (...) zawarły dwie umowy finansowania, a mianowicie (Tajemnica przedsiębiorstwa). Zgodnie z tymi umowami (...), (...), (...), (...) i (...) zobowiązały się do udostępnienia (...) (kredytobiorcy) określonych środków na warunkach ustalonych w tych umowach.

W dniu (Tajemnica przedsiębiorstwa) (...), (...), (...), (...) i (...), (...) i (...) podpisały z kolei Umowę (Tajemnica przedsiębiorstwa).

Ponadto w celu zabezpieczenia ww. kredytów udzielonych przez (...), (...), (...), (...) i (...) zawarta została (Tajemnica przedsiębiorstwa).

Zawarcie powyższych umów miało na celu sfinansowanie budowy (...) a w efekcie umożliwić jego powstanie i rozpoczęcie przesyłu nim gazu ziemnego. Zakładane koszty projektu (budowy (...)) jak wynika z ww. umów to 9,5 mld EURO. W ramach (Tajemnica przedsiębiorstwa).

(...), (...), (...), (...) i (...) podpisując umowy na finansowanie (...) zapewniły sobie w tych umowach szereg uprawnień w stosunku do (...).

W szczególności (Tajemnica przedsiębiorstwa).

Ponadto (...), (...), (...), (...) i (...) zapewniły sobie w stosunku do (...) szereg uprawnień albo możliwości ingerowania w jej działalność, a mianowicie np.:

(Tajemnica przedsiębiorstwa)

Zużycie gazu w 2014 r. w Polsce wyniosło 164,3 TWh (tj. ok. 15 mld m³). Głównym źródłem dostaw gazu na rynek polski były dostawy gazu z zagranicy, w ilości 129,4 TWh, z czego 90,7 TWh pochodziło z importu z kierunku wschodniego (spoza UE) realizowanego w ramach długoterminowego kontraktu zawartego pomiędzy (...) a (...) 38,7 TWh zostało zakupione na rynkach innych państw należących do EOG. Dostawy z zagranicy w 2014 r. uzupełnione były gazem z wydobycia krajowego na poziomie 44,3 TWh. Należy podkreślić, iż niemal cały wolumen gazu importowanego pochodził z Federacji Rosyjskiej, natomiast praktycznie cały wolumen nabycia wewnątrzspółnotowego pochodził z rynku niemieckiego.

Dostawy z kierunku wschodniego są realizowane poprzez:

- punkt wejścia do rurociągu J. w K. na granicy polsko-białoruskiej (2,58 mld m³/rok w 2014 roku),
- punkty wejścia W. i T. na granicy polsko-białoruskiej (2,65 mld m³/rok w 2014 roku) oraz
- punkt wejścia D., na granicy polsko-ukraińskiej (3,46 mld m³/rok w 2014 roku).

Zużycie gazu w 2018 r. w Polsce wyniosło 206 TWh (ok. 18 mld m³). Zakupy gazu z zagranicy, w ilości 163,5 TWh, uzupełniane były gazem pochodzącym ze źródeł krajowych w ilości 42,4 TWh. Całkowite dostawy gazu z zagranicy w 2018 r. obejmowały import oraz nabycie wewnątrzspółnotowe. W 2018 r. nadal istotną część stanowił import z kierunku wschodniego, realizowany w ramach długoterminowego kontraktu zawartego pomiędzy (...) (w 2018 r. (...) dostarczył ok. 9 mld m³gazu do Polski).

Połączenia gazowe Polski z krajami UE znajdują się w punktach M., L., C.. Roczne zdolności przesyłowe w punkcie L. (Niemcy - Polska) wynoszą ok. 1,5 mld m³, a w punkcie C. (Czechy - Polska) - ok. 0,5 mld m³. Od kwietnia 2014 r. udostępniono zdolności przesyłowe ciągle na połączeniu M. na poziomie 2,3 mld m³ rocznie, a od stycznia 2015 r. ich wielkość wzrosła do 5,4 mld m³ rocznie. Połączenia te stanowią alternatywę dla importu gazu z kierunku wschodniego i są wykorzystywane w coraz większym stopniu.

Przez teren Polski przebiega także istotny gazociąg, przy wykorzystaniu którego jest realizowany eksport gazu z Rosji do Europy, a mianowicie gazociąg J.. W roku 2014 tranzyt gazu przez Polskę gazociągiem J. utrzymywał się na poziomie 308,8 TWh, a w 2015 r. wyniósł 315,9 TWh. Zdolności przesyłowe tego gazociągu w kierunku do Niemiec w ostatnich latach były niemalże w pełni wykorzystane. Na rynek niemiecki trafia ok. 90% gazu rosyjskiego przesyłanego przez gazociąg J., pozostałe ok. 10% związane jest z realizacją kontraktu (...) z (...) na dostawy gazu do Polski.

W rzeczywistości znaczenie tego gazociągu dla rynku gazu w Polsce jest jednak dużo większe. Umożliwia on bowiem we wskazanym już powyżej punkcie M. również import gazu z Niemiec do Polski w ramach:

- rewersu fizycznego (gaz jest przesyłany z Niemiec do Polski) oraz rewersu wirtualnego (polski nabywca kupuje gaz od niemieckiego dostawcy, ale odbiera go w Polsce z części przesyłanej przez gazociąg J. tranzytem do Niemiec).

Pojawienie się możliwości wprowadzania na rynek polski gazu z kierunków zachodniego i południowego, zwłaszcza z wykorzystaniem rewersu wirtualnego w punkcie vH.

W 2016 r. oddano do użytku terminalu (...) w Ś.. Terminal ten umożliwi przywóz gazu do Polski z zagranicy drogą morską na poziomie ok. 5 mld m³ rocznie, co stanowi z kolei ok. 1/3 krajowej konsumpcji. Obecnie większość mocy dostępnych w terminalu (...) zarezerwowana została na rzecz (...) (370 tys. m³/h mocy regazyfikacji z dostępnych 570 tys. m³/h). Pozostała część (200 tys. m³/h) jest dostępna dla każdego zainteresowanego podmiotu na równych zasadach, określonych szczegółowo w obowiązującej instrukcji terminalu². Planowana jest rozbudowa tego o nowe moce do 6,2 mld m³ w 2022 r.

W dacie wydania decyzji trwały również prace nad budową gazociągu B. P. o przepustowości około 10 mld m³ rocznie, łączącego obszar Polski z systemem duńskim i pośrednio ze złożami gazu na norweskim szelfie kontynentalnym oraz planowana jest budowa dodatkowego pływającego terminalu regazyfikacyjnego w Zatoce G. o zdolnościach regazyfikacji na poziomie ok. 4,5 mld m³ rocznie, który ma być oddany do eksploatacji w 2024 r.

W tym stanie faktycznym Sąd Ochrony konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje:

Odwołanie powoda jest zasadne.

Przedmiotem żądania w sprawach z zakresu ochrony konkurencji jest stwierdzenie, że przedsiębiorca nie naruszył przepisów ustawy, ewentualnie naruszył je w węższym zakresie niż wynika to z decyzji Prezesa UOKiK (wyrok SN z dnia 18 lutego 2010 r., III SK 28/09, OSNP 2011, nr 17–18, poz. 243).

Zakres sporu wyznacza zatem odwołanie wnoszone przez przedsiębiorcę. Decyzja Prezesa Urzędu oraz odpowiedź na odwołanie zawierają procesowe stanowisko Prezesa Urzędu. Odwołanie zawiera zaś stanowisko procesowe przedsiębiorcy. W tych też granicach Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów rozstrzyga, czy doszło do takiego naruszenia oraz czy środki wskazane w decyzji Prezesa Urzędu zastosowano zgodnie z przepisami ustawy i wymogami zasady proporcjonalności. Wydając orzeczenie, SOKiK ustosunkowuje się w wyroku do decyzji Prezesa Urzędu, tak więc formalnie przedmiotem rozstrzygnięcia sądowego jest decyzja Prezesa Urzędu.

W przedmiotowej sprawie odwołanie powoda odnosiło się do Decyzji nr (...), a przedmiotem żądania w jest stwierdzenie, że przedsiębiorca nie naruszył przepisów ustawy w sposób opisany w jej rozstrzygnięciu. Ściślej, że powód nie wypełnił przesłanek wskazanych w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów poprzez naruszenie obowiązku o którym mowa w art.13 ust. 1 w związku z art.13 ust. 2 pkt 3 tej ustawy poprzez dokonanie przez (...) (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska, (...) z siedzibą w R., Holandia, (...) AG z siedzibą w Z., Szwajcaria, (...) z siedzibą w A., Holandia, (...) z siedzibą w H., Holandia oraz (...) z siedzibą w R., Holandia, koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

Zgodnie z art.13 ust.1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu Prezesowi Urzędu, jeżeli:

- 1) łączny światowy obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość (...) euro lub
- 2) łączny obrót na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość (...) euro.

W myśl ust. 2 tego artykułu, obowiązek wynikający z ust. 1 dotyczy zamiaru:

- 1) połączenia dwóch lub więcej samodzielnych przedsiębiorców;

2) przejęcia - przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób - bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców;

3) utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy;

4) nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa), jeżeli obrót realizowany przez to mienie w którymkolwiek z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie przekroczył na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej równowartość (...) euro.

Powód nie kwestionuje, że chcąc dokonać koncentracji spełniałby przesłanki wymienione w art.13 ust. 1 ustawy, jednak kwestionuje ustalenie pozwanego, że dokonał koncentracji wskazanej w art.13 ust. 2 pkt 3 ustawy tj., że doszło do utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy.

Forma prawna tak powstałego przedsiębiorcy nie jest określona. Z treści art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wynika, że jedynym wymaganym przez ten przepis (a zarazem wystarczającym) warunkiem uznania danej operacji za operację podlegającą wspomnianemu obowiązkowi jest "utworzenie przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy", czyli podmiotu odpowiadającego definicji ustawowej zawartej w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zgodnie z tym przepisem, ilekroć w ustawie jest mowa o przedsiębiorcy - rozumie się przez to przedsiębiorcę w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495 oraz z 2020 r. poz. 424 i 1086), a także:

a) osobę fizyczną, osobę prawną, a także jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizującą lub świadczącą usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców,

b) osobę fizyczną wykonującą zawód we własnym imieniu i na własny rachunek lub prowadzącą działalność w ramach wykonywania takiego zawodu,

c) osobę fizyczną, która posiada kontrolę, w rozumieniu pkt 4, nad co najmniej jednym przedsiębiorcą, choćby nie prowadziła działalności gospodarczej w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców, jeżeli podejmuje dalsze działania podlegające kontroli koncentracji, o której mowa w art. 13,

d) związek przedsiębiorców w rozumieniu pkt 2, z wyłączeniem przepisów dotyczących koncentracji.

W sytuacji kiedy utworzona przez przedsiębiorców struktura prawne nie będzie stanowiła przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, zamiar jej dokonania nie będzie objęty zakresem art. 13 ust. 2 pkt 3 tej ustawy - nawet jeśli ten struktura ta będzie posiadała funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego. Tak może być w szczególności np. w razie zawarcia przez przedsiębiorców (założycieli) umowy spółki cywilnej, w ramach której zorganizowany zostanie nowy "przedsiębiorca" (a ściślej nowe przedsiębiorstwo). We wskazanym przypadku przedsiębiorcy uczestniczący w takiej operacji nie będą zobligowani do zgłoszenia zamiaru jej dokonania Prezesowi UOKiK, zgodnie z art. 13 ust. 1 u.o.k.k., z powodu braku spełnienia warunku utworzenia "wspólnego przedsiębiorcy".

Należy w tym miejscu podkreślić, że art.13 ust.2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymaga aby, koncentrujący się przedsiębiorcy zamierzali utworzyć nowy samodzielny podmiot prawa. Jest to więc sytuacja odmienna niż opisana w art.13 ust.2 pkt 2 tej ustawy, kiedy koncentracja nastąpić ma przez nabycie lub objęcie akcji, innych papierów wartościowych, udziałów lub w jakikolwiek inny sposób – celu bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad jednym lub więcej przedsiębiorcami przez jednego lub więcej przedsiębiorców. W tym bowiem przypadku koncentracja następuje w ramach podmiotu-przedsiębiorcy już istniejącego. W przedmiotowej sprawie ewentualne

naruszenie że art.13 ust.2 pkt 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie było przedmiotem rozstrzygnięcia zaskarżonej decyzji, a co za tym idzie wobec niewyczerpania drogi postępowania administracyjnego w tym zakresie nie może być przedmiotem sądowego postępowania odwoławczego.

W zaskarżonej decyzji powód wskazuje jako koncentrację umowy zawarte (...), (...), (...), (...) i (...) oraz N. S. (Tajemnica przedsiębiorstwa)

Następnie w dniu (Tajemnica przedsiębiorstwa). (...), (...), (...), (...) i (...), (...) i (...) zawarły umowę (Tajemnica przedsiębiorstwa)

Z ustaleń Prezesa UOKiK wynika więc jednoznacznie, że przedmiotem żadnej z umów nie był zamiar utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, a więc dokonania koncentracji określonej w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Wywody Prezesa UOKiK dotyczące skutków tych umów nie przystają do treści rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonej decyzji.

Pozwany w toku postępowania administracyjnego nie ustalił nawet kiedy powstała spółka (...), jaką przyjęła formę prawną i jaka była jej siedziba, a więc podstawowej przesłanki dla wykazania naruszenia obowiązku wynikającego z art. 13 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Równocześnie z ustaleń Prezesa UOKiK wynika, że spółka o takiej nazwie była stroną umów zawartych w dniu (Tajemnica przedsiębiorstwa) (...), (...), (...), (...) i (...), a zatem w dacie zarzucanej koncentracji już istniała. Co więcej, nabycie udziałów w tej spółce było przedmiotem zgłoszenia wniosku o zgodę na dokonanie koncentracji z dnia 8 grudnia 2015 r. Logicznie sprzeczne z tym jest więc twierdzenie pozwanego, że powyższe umowy zmierzały dopiero do jej utworzenia, skoro spółka (...) istniała jeszcze przed podpisaniem umów z dnia (Tajemnica przedsiębiorstwa). Rozważanie zaś wpływu zawartych powyższych umów na uzyskanie kontroli nad (...) z przedstawionych powyżej względów nie mieści się w granicach niniejszego postępowania.

Twierdzenie pozwanego, że w wyniku zawartych umów został zrealizowany cel joint venture, bez konieczności jego formalnego utworzenia nie znajduje uzasadnienia w obowiązującym stanie prawnym. Prawo unijne jako materialnoprawny warunek traktowania joint venture jako koncentracji przewiduje wymóg, aby wspólne przedsiębiorstwo w sposób trwały spełniło wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego; tylko wówczas operacja taka stanowi koncentrację (zob. art. 3 ust. 4 rozporządzenia nr 139/2004) i tym samym podlega zakresowi zastosowania powołanego rozporządzenia. Prawo krajowe stanowi zaś, że „w sytuacji kiedy utworzony przez przedsiębiorców inny „przedsiębiorca” (a ściślej przedsiębiorstwo) nie będzie stanowił odrębnego podmiotu prawa (przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 u.o.k.k.), dana operacja nie będzie objęta zakresem art. 13 ust. 2 pkt 3 u.o.k.k. - nawet jeśli ten „przedsiębiorca” będzie posiadał wszelkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego” (patrz. K. Kohutek [w:] M. Sieradzka, K. Kohutek, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2014, art. 13.).

Zważyć ponadto należy, że treść art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co sprawia podlega zasadzie clara non sunt interpretanda. Nadto przepis ten stanowi wyjątek od ogólnej zasady wyrażonej w art. 22 Konstytucji RP, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Obowiązek uzyskiwania zgody na koncentrację bezsprzecznie jest ograniczeniem wprowadzonym w drodze ustawy, ze względu na ważny interes publiczny i jako taki wyjątek podlega wykładni ścisłej.

Nie może być zatem uznany za koncentrację wskazaną w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów działanie przedsiębiorców, które nie prowadzi do utworzenia przedsiębiorcy odpowiadającego definicji zawartej w art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Podkreślenia wymaga również to, że przepis art. 13 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawiera żadnego ograniczenia dla przedsiębiorców w zakresie realizacji celów gospodarczych. Ograniczeniu podlegają jedynie

wskazane formy realizacji tego celu zdefiniowane pod pojęciem koncentracji. Przyjmowanie innych form realizacji celów gospodarczych nie jest więc „obejściem prawa”, lecz działaniem w sferze prawnie dozwolonej.

Zauważyć przy tym należy, że zgodnie z art. 7 Konstytucji RP Prezes UOKiK jak karzy organ państwa obowiązany jest działać na podstawie i w granicach prawa. Z tego względu dla pojęcia działań przeciwdziałającym skutkom ewentualnego obejścia prawa musiałby posiadać przyznaną ustawowo kompetencję (por. art.58 k.c.). Kompetencji takiej nie przyznaje mu jednak żaden przepis prawa.

W świetle powyższego, należało uznać za zasadny podniesiony przez powoda zarzut naruszenia powyższych przepisów.

Skoro z przedstawionych wyżej względów zawarte w dniu 24 kwietnia 2017 r. przez (...), (...), (...), (...) i (...) oraz (...) dwie umowy finansowania, oraz zawarte przez (...), (...), (...), (...) i (...), (...) i (...) w dniu 2 czerwca 2017 r. umowa Kredytu na pokrycie luki finansowej dotyczącej projektu (...) wraz z umową zastawu na akcjach (...), Umową przesyłu gazu ziemnego pomiędzy (...) i z umową przelewu na zabezpieczanie praw z umowy przesyłu, nie stanowiły koncentracji określonej w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, brak było podstaw do uznania, że powód uchybił obowiązkowi jej zgłoszenia.

Brak było zatem podstaw do nałożenia na powoda kary pieniężnej na podstawie art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Nie zasługuje natomiast na uwzględnienie zarzut nieważności Decyzji, z uwagi na jej wydanie z rażącym naruszeniem prawa (art. 156 § 1 pkt 2) kpa) skutkującym również pozbawieniem powoda prawa do obrony i możliwości pełnego i skutecznego udziału w postępowaniu (art. 145 § 1 pkt 4) kpa), wynikającą z naruszenia przez Prezesa UOKiK art. 74 Ustawy poprzez oparcie się w Decyzji na dokumentach złożonych w toku postępowania, na wniosek Prezesa UOKiK, przez (...) S.A. z siedzibą w W., które liczyły ponad 600 stron, w odniesieniu do których Prezes UOKiK przyznał powodowi łącznie zaledwie 11 dni roboczych na udzielenie odpowiedzi, a także oparcie się przez Prezesa UOKiK przy wydaniu Decyzji na argumentacji faktycznej i prawnej (...) zawartej w piśmie (...) z dnia 2 września 2020 r. do tego stopnia, że niemal całe pismo (...) zostało po prostu skopiowane w treści Decyzji i zawierało istotnie zmienioną argumentację prawną nie wskazaną w (...) przez Prezesa UOKiK - co z kolei stanowiło naruszenie prawa powoda do obrony w toku postępowania antymonopolowego.

W ocenie Sądu, 11 dni roboczych jest dostatecznym terminem, umożliwiającym odniesienie się do pisma (...). Bez znaczenia dla prawa powoda do obrony jest fakt powtórzenia w uzasadnieniu argumentacji zawartej w jednym z pism w toku postępowania. Organ może w uzasadnieniu cytować cudze argumentacje (np. stron, przedstawicieli doktryny, sądów) jeżeli je podziela i uznaje za własne. W żaden sposób nie uniemożliwia to ochrony jej praw.

Bezzasadny jest również zarzut naruszenia art. 81 ust. 2 ustawy w związku z art. 74 Ustawy oraz art. 10 § 1 i § 2 i art. 8 § 1 kpa w zw. z art. 83 ustawy, poprzez odmowę wyrażenia zgody na udostępnienie powodowi niektórych dokumentów złożonych przez (...) w toku prowadzonego postępowania antymonopolowego, wymienionych w postanowieniu Prezesa UOKiK z dnia 8 września 2020 roku, znak DKK- (...), ze względu na błędne założenie, że dokumenty te zawierały tajemnice przedsiębiorstwa (...). Wyłączenie prawa wglądu do materiału dowodowego jest instytucją przewidzianą ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, a na postanowienie w tym przedmiocie służy zażalenie. Powód z uprawnienia tego skorzystał i zostało ono prawomocnie oddalone.

Uznanie za zasadny powyższych zarzutów, jako najdalej idących, czyni bezprzedmiotowymi pozostałe zarzuty odwołania.

Mając powyższe na uwadze, zaskarżoną decyzję należało uchylić i stwierdzić, że zaskarżona decyzja została wydana z rażącym naruszeniem prawa (art.479^{31a} § 3 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sporu, zasądzając na rzecz powoda i zainteresowanych koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art.98 k.p.c.)

SSO Witold Rękosiewicz SSO Bogdan Gierzyński SSO Andrzej Turlński

1

2