

*Sygn. akt XVII AmA 11/21*

# 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 Turlinowski**

**Sędzia SO Witold Rękosiewicz**

Protokolant: stażysta Dominika Zajdowska

po rozpoznaniu w dniu 21 listopada 2022 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanych:

1. (...) z siedzibą w R., Królestwo Niderlandów
2. (...) z siedzibą w Z., Konfederacja Szwajcarska
3. (...) (...) z siedzibą w A., Królestwo Niderlandów
4. (...) z siedzibą w H., Królestwo Niderlandów
5. (...) z siedzibą w R., Królestwo Niderlandów

**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 (...) z siedzibą w M., Federacja Rosyjska 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 Z., Konfederacja Szwajcarska 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 A., 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 H., 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 R., Królestwo Niderlandów kwoty 720 zł (siedemset dwadzieścia złotych) tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Andrzej Turlinowski SSO Bogdan Gierzyński SSO Witold Rękosiewicz

**Sygn. akt XVII AmA 11/21**

**(wersja jawna)**

## 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,
- (...) 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 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 79 913 407 złotych (słownie: dwadzieścia dziewięć milionów dziewięćset trzysta siedem tysięcy złotych),

- (...) z siedzibą w Z., Szwajcaria, karę pieniężną w wysokości 55 513 793 złotych (słownie: pięćdziesiąt pięć milionów pięćset trzysta 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, (...) 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,
- (...) 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,
- (...) 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 złożyła (...) z siedzibą w M. (Federacja Rosyjska) zaskarżając ją w całości

Odwołujący zarzucił zaskarżonej decyzji naruszenie:

- przepisów prawa materialnego, tj.;

I. przepisów art. 13 ust. 1 w zw. z art. 13 ust. 2 pkt 3 Ustawy przez błędną wykładnię polegającą na niewłaściwym rozumieniu pojęcia „wspólnego przedsiębiorcy” i w konsekwencji błędną wykładnię pojęcia „koncentracji”, a tym samym niewłaściwe zastosowanie przepisu art. 13 ust. 1 Ustawy nakładającego obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji, przez niezasadne przyjęcie, że Powód i Spółki poprzez zawarcie Umów na Finansowanie utworzyły wspólnego przedsiębiorcę bez uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UOKiK, w sytuacji gdy:

a) Powód i Spółki nie utworzyły wspólnego przedsiębiorcy, tj. nie utworzyły wspólnie nowego przedsiębiorcy ani nie nabyły akcji w już istniejącym przedsiębiorcy;

b) ani cel ani skutek zawarcia Umów na Finansowanie nie stanowi w świetle przepisów Ustawy przesłanek dających podstawy do uznania zawarcia Umów na Finansowanie za koncentrację w rozumieniu art. 13 ust. 2 pkt 3 Ustawy;

c) ograniczone prawa przyznane Spółkom w celu ochrony ich interesów jako podmiotów udzielających finansowania dłużnego pozostają bez znaczenia dla oceny, czy Umowy na Finansowanie stanowią koncentrację polegającą na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu Ustawy;

d) ustanowienie zabezpieczenia w formie zastawu na akcjach przedsiębiorcy korzystającego z zewnętrznego finansowania dłużnego nie prowadzi do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu Ustawy,

a więc poprzez zawarcie Umów na Finansowanie, (...) i Spółki nie utworzyły wspólnego przedsiębiorcy, tj. nie dokonały koncentracji w rozumieniu przepisów Ustawy;

II. przepisów art. 65 § 1 i 2 KC przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na dokonaniu błędnej wykładni oświadczeń woli stron Umów na Finansowanie i przyjęciu, że przyznawały one Spółkom uprawnienia tożsame z uprawnieniami akcjonariuszy, podczas gdy prawidłowa wykładnia powinna była doprowadzić Prezesa UOKiK do konkluzji, że zakres uprawnień przyznanych Spółkom na podstawie Umów na Finansowanie wynikał z samego sposobu finansowania tego typu projektów, tj. finansowania dłużnego, a prawa przysługujące Spółkom były dużo bardziej ograniczone niż uprawnienia przysługujące akcjonariuszom;

III. przepisów art. 13 ust. 1 i art. 13 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 18 Ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na wydaniu Decyzji bez uprzedniego zdefiniowania rynku właściwego i w oparciu o historyczne dane rynkowe, przy jednoczesnym całkowitym pominięciu perspektywnej analizy rynkowej, a tym samym przez zaniechanie przeprowadzenia analizy rynkowej zgodnie ze wskazanymi przepisami, w sytuacji gdy system kontroli koncentracji przewidziany Ustawą ma charakter prewencyjny (tj. oparty na kontroli ex ante), a więc jego celem jest zapobieżenie w przyszłości powstaniu antykonkurencyjnej struktury rynku i ograniczeniu przez to w sposób istotny konkurencji;

IV. przepisów art. 21 ust. 2 i 4 Ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nakazaniu rozwiązania zawartych Umów na Finansowanie, w sytuacji, gdy nie zostały spełnione ustawowe przesłanki warunkujące zastosowanie przedmiotowego środka, tj. w szczególności nie doszło do dokonania koncentracji w rozumieniu przepisów Ustawy i nie istniała konieczność przywrócenia konkurencji na rynku;

V. przepisu art. 106 ust. 1 pkt 3 Ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na (...) kary pieniężnej w sytuacji, gdy z okoliczności sprawy wynika, że Powód nie dopuścił się zarzucanego mu naruszenia przepisów Ustawy, tj. nie dokonał koncentracji bez uzyskania uprzedniej zgody Prezesa UOKiK;

VI. przepisów art. 111 ust. 1 pkt 1, ust. 2 i ust. 4 pkt 4 Ustawy w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 3 Ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuprawnionym uznaniu, że Powód dopuścił się rzekomego naruszenia przepisów Ustawy w sposób umyślny w sytuacji gdy z okoliczności sprawy wyraźnie i jednoznacznie wynika, że Powodowi nie można przypisać umyślności;

VII. przepisu art. 106 ust. 1 pkt 3 Ustawy przez jego niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu na Powoda kary pieniężnej w sytuacji, w której w chwili wydawania Decyzji nie istniały wykształcone reguły interpretacyjne wskazujące na rzekomą bezprawność działań Powoda;

VIII. przepisów art. 111 ust. 1, ust. 2 i ust. 4 Ustawy w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 3 Ustawy przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nałożeniu przez Prezesa UOKiK na (...) kary pieniężnej w wysokości maksymalnego zagrożenia ustawowego w wyniku uwzględnienia okoliczności obciążających w postaci złożenia i wycofania przez (...) i Spółki wniosku o wydanie zgody na koncentrację w 2015 r. oraz rzekomego nieudzielenia przez (...) informacji w toku Postępowania Antymonopolowego w sytuacji gdy:

a) przedmiotem zgłoszenia zamiaru koncentracji w 2015 r, była transakcja polegająca na nabyciu przez Spółki akcji w (...), a więc inny stan faktyczny niż ten będący przedmiotem analizy w ramach Postępowania Antymonopolowego;

b) rzekome nieudzielenie informacji było przedmiotem odrębnego postępowania zakończonego decyzją nr (...) z dnia 29 lipca 2020 r., w której Prezes UOKiK nałożył na (...) karę 50 min EUR;

c) katalog okoliczności obciążających wskazany w Ustawie jest katalogiem zamkniętym,

co skutkowało nałożeniem na Powoda rażąco niewspółmiernej kary, naruszającej zasadę proporcjonalności;

IX. przepisów art. 111 ust. 1 w zw. z art. 106 ust. 1 pkt 3 Ustawy i art. 8 § 2 KPA przez ich niewłaściwe zastosowanie polegające na nieuwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy, mających wpływ na wymiar nałożonej kary pieniężnej, w tym:

a) okresu, stopnia oraz skutków rynkowych naruszenia przepisów Ustawy oraz specyfiki rynku, na którym doszło do rzekomego naruszenia;

b) faktu, że na podstawie przepisów Ustawy, uwzględniając dotychczasową praktykę decyzyjną Prezesa UOKiK i orzecznictw sądów powszechnych w sprawach z zakresu kontroli koncentracji, Powód w żaden sposób nie mógł nawet przypuszczać, że Prezes UOKiK dokona na potrzeby niniejszej sprawy bezprecedensowej, rozszerzającej interpretacji pojęcia „utworzenia wspólnego przedsiębiorcy”;

c) faktu, że wysokość nałożonej na Powoda kary pieniężnej w sposób istotny przewyższa wartość zaangażowania (...) w (...);

d) faktu, że wysokość nałożonej na Powoda kary pieniężnej w sposób istotny przewyższa wartość obrotów osiągniętych przez (...) na terytorium Polski;

e) faktu, że wysokość nałożonej na Powoda kary pieniężnej pozostaje w jawnej rażącej dysproporcji, w szczególności w stosunku do kar pieniężnych nałożonych za niezgłoszenie zamiaru koncentracji w dotychczasowej praktyce decyzyjnej Prezesa UOKiK,

co skutkowało nałożeniem na Powoda rażąco niewspółmiernej kary, naruszającej zasady proporcjonalności i równego traktowania.

oraz przepisów postępowania, które miało wpływ na wynik sprawy, tj.:

X. przepisów art. 107 § 3 w zw. z art. 8 i 11 KPA przez ich obrazę i niezastosowanie i sporządzenie wadliwego uzasadnienia faktycznego i prawnego Decyzji z pominięciem dyrektyw wynikających z naruszonych przepisów, tj. bez wskazania dowodów, na których oparto rozstrzygnięcie oraz tych, którym Prezes UOKiK odmówił mocy dowodowej oraz w sposób uzasadniający wątpliwości co do wyczerpującego i rzetelnego rozważenia materiału dowodowego sprawy, w szczególności w zakresie okoliczności uzasadniających karę pieniężną oraz zastosowanie środka restytucyjnego na podstawie przepisu art. 21 ust. 2 i 4 Ustawy;

XI. przepisów art. 7 w zw. z art. 7a w zw. z art. 77 § 1 i 80 KPA przez ich niewłaściwe zastosowanie i prowadzenie postępowania w sposób niezgodny z dyrektywami wynikającymi z naruszanych przepisów, w wyniku czego Prezes UOKiK nie przeprowadził postępowania dowodowego w zakresie aktualnych warunków na rynku gazu w Polsce i rozpatrzył materiał dowodowy opierając się na nieaktualnej analizie rynkowej, oraz w sposób nieuzasadniony przyznał pełną wartość dowodową oświadczeniu osoby trzeciej zainteresowanej rozstrzygnięciem niniejszego postępowania;

XII. przepisu art. 8 § 1 KPA przez jego obrazę i niezastosowanie i prowadzenie postępowania z pominięciem zasad o podstawowym znaczeniu dla zachowania prawidłowości postępowania administracyjnego, tj. w sposób, który nie wzbudza zaufania do władzy publicznej;

XIII. przepisu art. 8 § 2 KPA przez jego obrazę i niezastosowanie polegające na dokonaniu przez Prezesa UOKiK nieuzasadnionego odstępstwa od uprzedniej praktyki, polegającego na rozszerzeniu obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji na przypadki, w których nie doszło faktycznie do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu przepisów Ustawy;

XIV. przepisu art. 105 § 1 KPA przez jego obrazę i niezastosowanie i prowadzenie postępowania w przedmiocie nałożenia kary pieniężnej na Powoda mimo jego bezprzedmiotowości, co powinno było doprowadzić do umorzenia postępowania;

XV. przepisów art. 47 Karty Praw Podstawowych UE w zw. z art. 6 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności przez ich obrazę i niezastosowanie i nałożenie na Powoda kary pieniężnej z pominięciem wszechstronnego rozważenia materiału dowodowego oraz przy zastosowaniu nieuprawnionej, rozszerzającej wykładni przepisów Ustawy, a tym samym niezagwarantowanie sprawiedliwego rozpatrzenia sprawy.

Wskazując na przedstawione zarzuty, na podstawie art. 479<sup>31a</sup> § 3 KPC, Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie Decyzji w całości,

ewentualnie, na wypadek gdyby Sąd uznał, że nie ma podstaw do uchylenia Decyzji,

2. zmianę Decyzji w całości przez:

a. w punkcie I. Decyzji: odstąpienie od nałożenia kary pieniężnej;

b. w punkcie II. Decyzji: uchylenie nakazu rozwiązania Umów na Finansowanie;

ewentualnie, na wypadek, gdyby Sąd uznał, że nie ma podstaw do zmiany Decyzji jak w pkt 2,

3. zmianę Decyzji w całości przez:

- a. w punkcie I. Decyzji: obniżenie kary pieniężnej nałożonej na Powoda w Decyzji do wysokości znacząco niższej;
- b. w punkcie II. Decyzji: uchylenie nakazu rozwiązania Umów na Finansowanie;

Ponadto Odwołujący wniósł o:

4. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu odwołania, na potwierdzenie faktów w nim wskazanych, tj. w szczególności:

a. Tłumaczenia poświadczonego z języka angielskiego Umowy Akcjonariuszy zawartego w Załączniku 1 do pisma zgłaszających z dnia 11 lipca 2016 r. do Prezesa UOKiK, złożonego w toku Postępowania w sprawie koncentracji (w aktach sprawy), na potwierdzenie następujących faktów: horyzontu inwestycyjnego przyjętego na podstawie Umowy Akcjonariuszy; braku zarzucanej tożsamości praw i ryzyk ponoszonych przez podmioty udzielające finansowania dłużnego w porównaniu do praw i ryzyk, jakie istniałyby, gdyby podmioty te były akcjonariuszami (...); nieprawidłowości stwierdzenia Prezesa UOKiK, że zawarcie Umów na Finansowanie związane było z powstaniem praw i ryzyk tożsamyh do praw i ryzyk, jakie miałyby zastosowanie do akcjonariuszy (...), co rzekomo miało oznaczać, że Spółki stały się quasi akcjonariuszami;

b. Aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) oraz aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) oraz aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) na potwierdzenie następujących faktów: wartości programu inwestycyjnego (...) w 2018 i 2019 roku; potencjału inwestycyjnego (...) i potencjalnej możliwości samodzielnego finansowania (...); nieprawidłowości stwierdzenia Prezesa UOKiK, że (...) nie byłaby w stanie prowadzić swojej działalności i gazociąg (...) nie mógłby powstać bez zaangażowania Spółek;

c. Raportu Zwrot z inwestycji gazociągu (...), (...), 7 stycznia 2020 r. (tłumaczenie poświadczone na język polski w aktach sprawy - Załącznik 2 do pisma (...) do Prezesa UOKiK z dnia 15 września 2020 r.) na potwierdzenie następujących faktów: nieprawidłowości stwierdzenia Prezesa UOKiK, że (...) nie byłaby w stanie prowadzić swojej działalności i gazociąg (...) nie mógłby powstać bez zaangażowania Spółek;

d. Aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) zawierającego raport bieżący (...) nr (...) z dnia 30 marca 2020 r. na potwierdzenie następujących faktów: wyroku trybunału arbitrażowego z dnia 30 marca 2020 r. wydanego w sporze pomiędzy (...) a (...), zgodnie z którym została skorygowana cena gazu wynikająca z umowy pomiędzy Powodem a (...) za okres od listopada 2014 r., co Prezes UOKiK pominął w swojej analizie; wadliwości analizy rynku gazu przeprowadzonej dla celów Postępowania w sprawie koncentracji, która została wykorzystana przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie;

e. Aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) zawierającej raport bieżący (...) nr (...) z dnia 15 listopada 2019 r. na potwierdzenie następujących faktów: zawiadomienia przez (...) o zamiarze nieprzedłużania Kontraktu Jamajskiego; dywersyfikacji źródeł dostaw gazu do Polski oraz jej istotnego znaczenia dla sytuacji rynkowej, której Prezes UOKiK nie uwzględnił w swojej analizie; nieprawidłowości stwierdzenia Prezesa UOKiK, że ukończenie budowy gazociągu (...) wzmocni pozycję dominującą (...); wadliwości analizy rynku gazu przeprowadzonej dla celów Postępowania w sprawie koncentracji, która została wykorzystana przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie ;

f. Tłumaczenia poświadczonego z języka rosyjskiego pisma z dnia 2 listopada 2020 r. Zastępcy Komitetu Zarządzającego (...) - Głównego Księgowego (ang. Chief Accounting (ang. Chief Accounting Officer ) (...)) na potwierdzenie następujących faktów: obrotu (...) osiągniętego w Polsce w 2019 r.; niewspółmierności kary pieniężnej nałożonej w Decyzji na (...) przez Prezesa UOKiK ;

g. Aktu notarialnego z dnia 4 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) zawierającego raport bieżący (...) nr (...) z dnia 1 listopada 2020 r. na potwierdzenie następujących faktów: wniosku (...) skierowanego 1 listopada 2020 r. do (...) i (...) (...) w sprawie renegotjacji ceny kontraktowej gazu ziemnego dostarczanego na podstawie Kontraktu Jamalskiego; wadliwości analizy rynku gazu przeprowadzonej dla celów Postępowania w sprawie koncentracji, która została wykorzystana przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie;

h. Wniosku (...) skierowanego do (...) i (...) z dnia 1 listopada 2020 r. dotyczącego renegotjacji warunków Kontraktu Jamalskiego na potwierdzenie następujących faktów: istotnej zmiany sytuacji na rynku gazu w Europie, które nastąpiły w okresie po 1 listopada 2017 r. do 1 listopada 2020 r., a których Prezes UOKiK nie uwzględnił w swojej analizie; wadliwości analizy rynku gazu przeprowadzonej dla celów Postępowania w sprawie koncentracji, która została wykorzystana przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie ;

Jednocześnie na podstawie art. 479<sup>33</sup> § 3 KPC odwołujący wniósł o ograniczenie dostępu do tego dokumentu pozostałym stronom tego postępowania ze względu na fakt, iż zawiera on szczegóły umowy zawartej pomiędzy (...) a (...), które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...), w związku z czym nie powinny być ujawniane innym podmiotom działającym na rynku gazu. Dokument zostanie przedstawiony przez (...) niezwłocznie po przyjęciu ww. wniosku przez Sąd.

i. Aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) wraz z tłumaczeniem poświadczonym, oraz aktu notarialnego z 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) na potwierdzenie następujących faktów: zamiaru dalszego wykorzystywania Gazociągu (...) przez (...) oraz zamiaru jego rozbudowy w formie budowy gazociągu (...) (...); nieprawidłowości stwierdzenia Prezesa UOKiK, że po zakończeniu budowy gazociągu (...), (...) zamierza ograniczyć wykorzystanie Gazociągu (...); wadliwości analizy rynku gazu przeprowadzonej dla celów Postępowania w sprawie koncentracji, która została wykorzystana przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie;

j. Tłumaczenia poświadczonego: pisma (...) export nr (...) z dnia 29 kwietnia 2016 r., pisma (...) nr (...) z dnia 18 maja 2016 r.; pisma (...) export nr (...) z dnia 6 sierpnia 2018 r. oraz pisma (...) nr (...) z dnia 31 sierpnia 2018 r.; pismo (...) export (...) z dnia 2 września 2019 r., pismo (...) (...)No.(...) z dnia 12 maja 2020 oraz pismo (...) - (...) (...) z dnia 15 maja 2020 r. na potwierdzenie następujących faktów: zamiaru (...) dotyczącego dalszego użytkowania Gazociągu (...); nieprawidłowości stwierdzenia Prezesa UOKiK, że po ukończeniu budowy gazociągu (...) (...) może wstrzymać lub ograniczyć dostawę gazu poprzez Gazociąg (...);

k. Aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego transkrypcji konferencji prasowej Prezesa UOKiK z dnia 7 października 2020 r. w związku z wydaniem Decyzji, gdzie Prezes UOKiK stwierdził, że rzekoma koncentracja nie ma faktycznego wpływu na sytuację rynkową, ponieważ projekt gazociągu (...) nie został sfinalizowany na potwierdzenie następujących faktów: braku faktycznego wpływu rzekomej koncentracji na sytuację rynkową;

l. Aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej zawierającej raport roczny (...) z 2018 r.; aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej zawierającej raport roczny (...) z 2015 r.; aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej zawierającej raport zrównoważonego rozwoju (...) z 2019 r.; aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do strony internetowej (...) zawierającej artykuł prasowy zatytułowany „ (...) gazociągu (...) postępuje zgodnie z planem” z dnia 7 maja 2020 r. wraz z poświadczonym tłumaczeniem; aktu notarialnego z dnia 3 listopada 2020 r., Repertorium A Nr (...) dotyczącego dostępu do oficjalnej strony internetowej projektu (...) (...) / (...) oraz poświadczonego tłumaczenia wyciągu z elektronicznej bazy danych rynkowych z E. (2020): (...) (...) (...): (...) (...), ostatnia aktualizacja: 11 października 2020 na potwierdzenie następujących faktów: planowanych i realizowanych inwestycji infrastrukturalnych na rynku gazowym dotyczące terytorium Polski oraz ich istotnego znaczenia dla sytuacji rynkowej, których Prezes UOKiK nie uwzględnił w swojej analizie; wadliwości zastosowania



analizy&gt; rynku gazu przeprowadzonej dla celów Postępowania w sprawie koncentracji, która została wykorzystana przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie;

m. Prywatnej opinii (...) na potwierdzenie następujących faktów: pozycji rynkowej (...) na właściwych rynkach produktowych i geograficznych wraz ze wskazaniem dynamiki oraz przyczyn zmian pozycji rynkowej w okresie od 2015 roku (tj. roku złożenia zgłoszenia zamiaru koncentracji oraz wszczęcia Postępowania w sprawie koncentracji) do daty wydania Decyzji oraz odnośnie do przeszłości; charakterystyki rynków właściwych, która nie została uwzględniona przez Prezesa UOKiK; braku negatywnych skutków zawarcia Umów na Finansowanie na rynki właściwe, zgodnie z powyższymi informacjami; nieprawidłowego przedstawienia wpływu gazociągu (...) na rynek przez Prezesa UOKiK; nieprawidłowości w ramach metodologii przyjętej w Decyzji w celu oceny rynku właściwego pod względem obowiązujących norm dla spraw z zakresu kontroli koncentracji; wadliwości zastosowania analizy rynku gazu przeprowadzonej dla celów postępowania w sprawie połączenia, która została wykorzystana przez Prezesa UOKiK w niniejszej sprawie; braku rzekomej równoważności Umów na Finansowanie oraz utworzenia wspólnego przedsiębiorcy z perspektywy ekonomicznej.

Jednocześnie Powód oświadczył, że złoży opinię prywatną (...) wraz z tłumaczeniem poświadczonym niezwłocznie po jego sporządzeniu. Złożenie tłumaczenia poświadczonego opinii nie było możliwe w terminie zakreślonym na złożenie niniejszego odwołania. W związku z tym, wniosek dowodowy w tym zakresie nie może zostać uznany za spóźniony, a jego dopuszczenie nie opóźni rozpoznania sprawy; przeciwnie, przyczyni się do kompleksowego jej zbadania i rozstrzygnięcia.

n. Umów na Finansowanie (w aktach sprawy) na potwierdzenie następujących faktów: zakresu praw i obowiązków Spółek; braku rzekomej tożsamości praw, ryzyk i obowiązków wynikających z Umów na Finansowanie oraz praw, ryzyk i obowiązków akcjonariusza; braku tożsamości skutków Umów na Finansowanie oraz skutków koncentracji; nieprawidłowości sposobu interpretacji umów przez Prezesa UOKiK,

5. przeprowadzenie rozprawy w trybie niejawnym zgodnie z art. 153 KPC ze względu na możliwość ujawnienia okoliczności stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Powoda. W celu kompletnego przedstawienia uchybień zawartych w argumentacji Prezesa UOKiK, (...) zmuszony był do przywołania okoliczności oraz wewnętrznych informacji dotyczących własnej strategii oraz działalności na rynku gazu, które stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...), i której nieautoryzowane ujawnienie mogłoby zostać wykorzystane przez konkurentów (...). Informacje te nie są dostępne publicznie oraz podlegają fizycznej i prawnej ochronie przez (...) przed nieautoryzowanym ujawnieniem;

6. przeprowadzenie rozprawy, w tym również pod nieobecność Powoda;

7. zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz Powoda 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;

8. w razie wyznaczenia posiedzenia przygotowawczego — o zwolnienie Powoda od obowiązku osobistego stawiennictwa.

Ponadto, mając na uwadze treść art. 187 § 1 pkt 3 KPC, Odwołujący wskazał, że strony nie podjęły próby mediacji lub innego pozasądowego sposobu rozwiązania sporu, ponieważ rodzaj sprawy nie pozwala na pozasądowe rozwiązanie sporu.

Zgodnie z przepisem art. 458<sup>3</sup> KPC, Powód oświadczył, że nie ma adresu poczty elektronicznej na potrzeby postępowania wywołanego wniesieniem niniejszego odwołania w jego stadium przed tutejszym Sądem.

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

i. oddalenie odwołania w całości,

ii. pominięcie zgłoszonych przez powoda wniosków dowodowych, tj.

- aktu notarialnego dotyczącego transkrypcji konferencji prasowej Prezesa UOKiK (pkt 4k petitum ww. odwołania)
- prywatnej opinii (...) (pkt 4m petitum ww. odwołania),

(...). rozpoznanie sprawy na rozprawie,

iv. w przypadku wyznaczenia przez Sąd posiedzenia przygotowawczego o zwolnienie strony pozwanej, tj. Prezesa UOKiK, od obowiązku osobistego stawiennictwa,

v. zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Pozwany wniosł ponadto o przeprowadzenie dowodu z następujących artykułów prasowych:

- (...) (...) [dostęp 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),
- (...) [dostęp 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),
- (...) (...) [dostęp 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 (...).

Powód w piśmie z 8 stycznia 2021 r. podtrzymał wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z prywatnej opinii (...), którą Powód niniejszym składa, wraz z tłumaczeniem poświadczonym, zgodnie z zapowiedzią w pkt 4.m **petitum** Odwołania, w celu potwierdzenia faktów wskazanych w tym punkcie.

Niezależnie od powyższego wniosku, (...) przyjął twierdzenia zawarte w treści tej opinii jako własne.

Dodatkowo wskazał, że zgodnie z informacją (...), Urząd Statystyczny Unii Europejskiej (dalej: (...)) opublikuje w styczniu 2021 r. dane dotyczące importu gazu do Polski za rok 2019. W związku z tym Powód zastrzega sobie prawo złożenia aktualizacji opinii prywatnej będącej przedmiotem wniosku wskazanego w pkt. 4.m **petitum** Odwołania.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej oraz w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości w zakresie umocowania pełnomocników (...) do zastępowania Powoda, w załączeniu przedkładamy:

a) poświadczoną za zgodność z oryginałem kopię pełnomocnictwa do zastępowania Powoda przed sądami powszechnymi wraz z tłumaczeniem przysięgłym; oraz

b) poświadczone za zgodność z oryginałem kopie dokumentów niezbędnych do ustalenia umocowania osób uprawnionych do reprezentacji Powoda na dzień udzielenia pełnomocnictwa wraz z tłumaczeniem przysięgłym tychże dokumentów. W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości, z ostrożności procesowej składamy poświadczone za zgodność z oryginałem kopie dokumentów potwierdzających umocowanie osób uprawnionych do reprezentacji Powoda poświadczone uprzednio za zgodność z oryginałem przez notariusza wraz z nadaną klauzulą apostille.

Powód w piśmie z 8 czerwca 2021 r. złożył aktualizację opinii prywatnej (...) będącej przedmiotem wniosku wskazanego w pkt. 4.m petitum Odwołania, w celu potwierdzenia faktów wskazanych w tym punkcie.

Powód w całości podtrzymał wniosek o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z prywatnej opinii (...), przy uwzględnieniu załączonej do niniejszego pisma aktualizacji, oraz przyjmuje twierdzenia zawarte w treści tej opinii prywatnej jako własne.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 18 czerwca 2021 r. uczestnik postępowania (...) z siedzibą w H. poparł odwołanie powoda w niniejszym postępowaniu w całości.

W piśmie z 29 października 2021 r. uczestnicy postępowania: (...) z siedzibą w H., (...), z siedzibą w Z., (...). z siedzibą w R., (...) (...) z siedzibą w A., (...) z siedzibą w R. wnieśli 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) odwołań uczestników z 5 listopada 2020 r. (dołączonych do pism uczestników postępowania z dnia 18 czerwca 2021 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 (...) - (...), czy przez rzekome obniżenie dostępnej zdolności przesyłowej w punkcie (...) w, 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 (...) - (...), 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 (...) - (...) musiałoby spaść poniżej 10%, co wydaje się mało prawdopodobne, biorąc pod uwagę potrzeby i poziom dotychczasowego korzystania z gazociągu (...) - (...);

gazociąg (...) - (...) 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 (...) - (...)), 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 (...) - (...)), a zatem Polska nie jest uzależniona od przepływów tranzytowych w gazociągu (...) - (...);

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 (...) - (...), 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 przesądzają o braku istotnego ograniczenia konkurencji na rynku gazu ziemnego wskutek zawarcia Umów Finansowania, a tym samym przesądzają o braku podstaw do nakazania powołowi rozwiązania Umów Finansowania.<sup>2</sup>

### **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<sup>(3)</sup> 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 ( (...)) odpowiednio 127,4 mld m<sup>(3)</sup> i 152 mld m<sup>(3)</sup> gazu, zaspokajając ok. 1/3 konsumpcji. W 2018 r. (...) dostarczył ok. 157 mld m<sup>(3)</sup>. Biorąc pod uwagę, że konsumpcja w tym okresie na terenie UE wyniosła ok. 474 mld m<sup>(3)</sup>, 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 (...), (...) oraz (...)). W Polsce (...) jest głównym dostawcą gazu do Polski (w 2014 r. dostarczył ok. 8,5 mld m<sup>(3)</sup> tj. ok. 55% gazu zużywanego w Polsce, natomiast w 2018 r. (...) dostarczył ok. 9 mld m<sup>(3)</sup>, 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 (...) 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 Polsce 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 wydobycie 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., (...) oraz (...).

(...) z kolei kontrolował (...), firmę działającą w zakresie poszukiwania i wydobycia ropy naftowej oraz gazu. W 2019 roku doszło do połączenia (...) oraz (...) (...). W wyniku te 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<sup>(3)</sup> 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 (...) (...). (...) (...), (...) 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 m<sup>3</sup>). 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 (...). 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 wewnątrzwspólnotowego pochodził z rynku niemieckiego.

Dostawy z kierunku wschodniego są realizowane poprzez:

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

Zużycie gazu w 2018 r. w Polsce wyniosło 206 TWh (ok. 18 mld m<sup>3</sup>). 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 wewnątrzwspólnotowe. 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 m<sup>3</sup> gazu 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 m<sup>3</sup>, a w punkcie C. (Czechy - Polska) - ok. 0,5 mld m<sup>3</sup>. Od kwietnia 2014 r. udostępniono zdolności przesyłowe ciągle na połączeniu M. na poziomie 2,3 mld m<sup>3</sup> rocznie, a od stycznia 2015 r. ich wielkość wzrosła do 5,4 mld m<sup>3</sup> 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 (...). W roku 2014 tranzyt gazu przez Polskę gazociągiem (...) 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 (...), 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 (...) 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 m<sup>3</sup> rocznie, co stanowi z kolei ok. 1/3 krajowej konsumpcji. Obecnie większość mocy dostępnych w terminalu (...) zarezerwowana została na rzecz (...) (370 tys. m<sup>3</sup>/h mocy regazyfikacji z dostępnych 570 tys. m<sup>3</sup>/h). Pozostała część (200 tys. m<sup>3</sup>/h) jest dostępna dla każdego zainteresowanego podmiotu na równych zasadach, określonych szczegółowo w obowiązującej instrukcji terminalu<sup>2</sup>. Planowana jest rozbudowa tego o nowe moce do 6,2 mld m<sup>3</sup> w 2022 r.



W dacie wydania decyzji trwały również prace nad budową gazociągu (...) (...) o przepustowości około 10 mld m<sup>3</sup> 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 m<sup>3</sup> 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. Ścisłej, 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, (...) 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 utworzenie 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 (...) (...)  
(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 koncentracje 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 dotycząca projektu (...) wraz z umową zastawu na akcjach (...), Umową przesyłu gazu ziemnego pomiędzy (...) i z umową przelewu na zabezpieczenie 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.

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<sup>31a</sup> § 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 Turliński

1

2