



**PREZES
URZĘDU OCHRONY
KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
TOMASZ CHRÓSTNY**

Warszawa, 6 października 2020 r.

DKK-1.422.2.2018.ES

DECYZJA nr DKK-178/2020

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:

- PJSC Gazprom z siedzibą w Moskwie, Federacja Rosyjska,
- Uniper Gas Transportation & Finance B.V. z siedzibą w Rotterdamie, Holandia,
- Engie Energy Management Holding Switzerland AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria,
- OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. z siedzibą w Amstelveen, Holandia,
- Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia oraz
- Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V. z siedzibą w Rijswijk, 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:

- PJSC Gazprom z siedzibą w Moskwie, 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),



- Uniper Gas Transportation & Finance B.V. z siedzibą w Rotterdamie, Holandia, **karę pieniężną** w wysokości **29 913 407 złotych** (słownie: dwadzieścia dziewięć milionów dziewięćset trzysta siedem złotych),
- Engie Energy Management Holding Switzerland AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria, **karę pieniężną** w wysokości **55 513 793 złotych** (słownie: pięćdziesiąt pięć milionów pięćset trzysta siedemset dziewięćdziesiąt trzy złote),
- OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. z siedzibą w Amstelveen, Holandia, **karę pieniężną** w wysokości **87 748 906 złotych** (słownie: osiemdziesiąt siedem milionów siedemset czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset sześć złotych),
- Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia **karę pieniężną** w wysokości **30 220 135 złotych** (słownie: trzydzieści milionów dwieście dwadzieścia tysięcy sto trzydzieści pięć złotych) oraz
- Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V. z siedzibą w Rijswijk, 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 PJSC Gazprom z siedzibą w Moskwie, Federacja Rosyjska, Uniper Gas Transportation & Finance B.V. z siedzibą w Rotterdamie, Holandia, Engie Energy Management Holding Switzerland AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria, OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. z siedzibą w Amstelveen, Holandia, Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia oraz Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V. z siedzibą w Rijswijk, 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:

- PJSC Gazprom z siedzibą w Moskwie, Federacja Rosyjska,



- Uniper Gas Transportation & Finance B.V. z siedzibą w Rotterdamie, Holandia,
- Engie Energy Management Holding Switzerland AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria,
- OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. z siedzibą w Amstelveen, Holandia,
- Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia oraz
- Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V. z siedzibą w Rijswijk, 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**:

- PJSC Gazprom z siedzibą w Moskwie, Federacja Rosyjska,
- Uniper Gas Transportation & Finance B.V. z siedzibą w Rotterdamie, Holandia,
- Engie Energy Management Holding Switzerland AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria,
- OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. z siedzibą w Amstelveen, Holandia,
- Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia oraz
- Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V. z siedzibą w Rijswijk, Holandia

rozwiązanie zawartych przez ww. podmioty umów związanych z finansowaniem budowy gazociągu Nord Stream 2 tj.:

- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*,
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*,
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*,
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]* oraz
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*,

w terminie 30 dni od otrzymania niniejszej decyzji.



UZASADNIENIE

W dniu 8 grudnia 2015 r. do Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (dalej „Prezes Urzędu”, „Prezes UOKiK” lub „organ antymonopolowy”) wpłynęło zgłoszenie zamiaru koncentracji, polegającej na utworzeniu przez PAO Gazprom z siedzibą w Moskwie, Federacja Rosyjska (dalej „PAO Gazprom”), Uniper Global Commodities SE z siedzibą w Düsseldorf, Niemcy (dalej „Uniper Global”), ENGIE S.A. z siedzibą w Courbevoie, Francja (dalej „Engie S.A.”), OMV Nord Stream II Holding AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria (dalej „OMV Nord Stream 2”), Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia (dalej „Shell”) i Wintershall Nederland B.V. z siedzibą w Rijswijk (dalej „Wintershall Nederland”) (dalej łącznie także jako „Zgłaszający” lub „Pierwotni Założyciele”) wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2 AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria (dalej „Nord Stream 2” lub „*joint venture*”). Działalność wspólnego przedsiębiorcy 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 (dalej „NS2”), które miały biec z rosyjskiego wybrzeża Morza Bałtyckiego do punktu wyjścia w Niemczech. Przy czym w ocenie Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland ich głównym celem była inwestycja w projekt, który miał im przynieść zadowalającą stopę zwrotu¹.

Zgłaszający zamierzali utworzyć wspólnego przedsiębiorcę poprzez nabycie akcji w kapitale zakładowym Nord Stream 2, szwajcarskiej spółki, w której 100% głosów i akcji posiadał PAO Gazprom. Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland miały nabyć po 10% akcji w kapitale zakładowym Nord Stream 2. PAO Gazprom miał posiadać natomiast pozostałe 50% akcji w kapitale zakładowym tej spółki. Z umowy akcjonariuszy wynikało także, że *joint venture* miała być finansowana z pożyczek akcjonariuszy (lub spółek z ich grup kapitałowych), wkładów kapitałowych i aportów

¹ Wniosek zgłoszenie zamiaru koncentracji z dnia 8 grudnia 2015 r. polegającej na utworzeniu przez PAO Gazprom, Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2.



wnoszonych przez akcjonariuszy (lub spółek z ich grup kapitałowych) oraz środków pożyczonych od kredytodawców².

Z uwagi na to, że, w ocenie Prezesa Urzędu, PAO Gazprom posiada pozycję dominującą na polskim rynku dostaw gazu wyższego szczebla, a z informacji zawartych w zgłoszeniu wynikało, że po wybudowaniu NS2 pozycja tej Spółki wobec polskich odbiorców może istotnie się umocnić, termin na zakończenie postępowania w tej sprawie został przedłużony o 4 miesiące, m.in. w celu przeprowadzenia badania rynku. Po analizie informacji zebranych w toku postępowania antymonopolowego Prezes Urzędu uznał, że po zrealizowaniu planowanej transakcji może dojść do istotnego ograniczenia konkurencji. Stosownie zatem do treści art. 96a ust. 3 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. *o ochronie konkurencji i konsumentów* (t.j. Dz. U. z 2020 r., poz. 1076 i 1086) (dalej także „ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów” lub „ustawa antymonopolowa”), przedstawił w dniu 19 lipca 2016 r. przedsiębiorcom uczestniczącym w koncentracji zastrzeżenia. Po otrzymaniu zastrzeżeń pismem z 12 sierpnia 2016 r. PAO Gazprom, Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wycofali powyższe zgłoszenie zamiaru koncentracji. Zgodnie z art. 75 ust. 1 pkt 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* umorzenie postępowania w takiej sytuacji jest obligatoryjne. W związku z tym postanowieniem z 18 sierpnia 2016 r. Prezes Urzędu umorzył postępowanie w tej sprawie.

Kiedy z doniesień medialnych powzięta została informacja, że niedoszli uczestnicy *joint venture* podpisali umowę na finansowanie budowy NS2, Prezes Urzędu wszczął 28 kwietnia 2017 r. postępowanie wyjaśniające w sprawie wstępnego ustalenia, czy działania w tej sprawie nie naruszają przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. W ramach tego postępowania organ antymonopolowy pozyskał m.in. umowy, które niedoszli uczestnicy *joint venture* (lub spółki z ich grup kapitałowych) podpisali na finansowanie budowy NS2.

Następnie 30 kwietnia 2018 r. zostało wszczęte postępowanie antymonopolowe w sprawie koncentracji, polegającej na utworzeniu przez:

- PJSC Gazprom z siedzibą w Moskwie, Federacja Rosyjska (dalej „Gazprom”),

² Wniosek zgłoszenie zamiaru koncentracji z dnia 8 grudnia 2015 r. polegającej na utworzeniu przez PAO Gazprom, Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2.



- Uniper Gas Transportation & Finance B.V. z siedzibą w Rotterdamie, Holandia (dalej „Uniper”),
- Engie Energy Management Holding Switzerland AG z siedzibą w Zug, Szwajcaria (dalej „Engie”),
- OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V. z siedzibą w Amstelveen, Holandia (dalej „OMV”),
- Shell Exploration and Production (LXXI) B.V. z siedzibą w Hadze, Holandia (dalej „Shell”) oraz
- Wintershall Nederland Transport and Trading B.V. z siedzibą w Rijswijk, Holandia (dalej „Wintershall”),

(dalej także łącznie jako „Założyciele” lub „Wspólnicy”) wspólnego przedsiębiorcy bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu, 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*.

Do materiału dowodowego została włączona całość akt z ww. postępowania w sprawie koncentracji oraz ww. postępowania wyjaśniającego.

Należy podkreślić, iż w toku postępowania nie wszyscy przedsiębiorcy współpracowali z Prezesem Urzędu. Część przedsiębiorców, a mianowicie Engie i Gazprom, odmówiła przekazania żądanych przez organ antymonopolowy informacji i dokumentów. Engie odmówiła przekazania informacji i dokumentów dotyczących umów zawartych z Gazprom export LLC przez przedsiębiorców należących do grupy kapitałowej, do której należy Engie, dotyczących paliw gazowych, w szczególności umów przesyłu, dystrybucji, sprzedaży, dostaw i magazynowania. Natomiast Gazprom odmówił przekazania informacji i dokumentów dotyczących umów zawartych przez Gazprom export LLC, tj. przedsiębiorcę należącego do grupy kapitałowej, na czele której stoi Gazprom, ze spółkami z grup kapitałowych, do których należą uczestnicy *joint venture*, dotyczących paliw gazowych, w szczególności umów przesyłu, dystrybucji, sprzedaży, dostaw i magazynowania.

Pismami z 13 (Engie, Uniper, OMV, Shell, Wintershall) i 15 czerwca (Gazprom) 2018 r. strony ustosunkowały się do postawionego zarzutu we wszczęciu postępowania.



Następnie pismem z dnia 10 lipca 2020 r. Prezes Urzędu przedstawił stronom Szczegółowe Uzasadnienie Zarzutów (SUZ) zawierające informacje o dotychczasowych ustaleniach poczynionych w toku prowadzonego postępowania oraz o zakończeniu postępowania dowodowego i planowanym rozstrzygnięciu w sprawie. Pismami z dnia 10 (odpowiedź Gazprom na SUZ) i 17 (odpowiedź Engie, Uniper, OMV, Shell i Wintershall na SUZ) sierpnia 2020 r. oraz 22 września 2020 r. strony ustosunkowały się do informacji zawartych w SUZ oraz do zebranego w sprawie materiału dowodowego.

W trakcie prowadzonego postępowania Prezes Urzędu ustalił, co następuje:

Uczestnicy koncentracji³

Gazprom, należy do grupy Gazprom, 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 Gazprom 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 m³ gazu ziemnego, co stanowi ok 12% globalnej produkcji. Złóża Gazpromu stanowią ok. 17% globalnych złóż gazu.

W Unii Europejskiej Grupa Gazprom 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 Gazprom prowadzi działalność w zakresie dostaw hurtowych i detalicznych, a także sprzedaży za pośrednictwem hubów, w tym w Austrii, Belgii, Francji, Niemczech, Grecji, na Węgrzech,

³ W oparciu o informacje z wniosku zgłoszenia zamiaru koncentracji z dnia 8 grudnia 2015 r. polegającej na utworzeniu przez PAO Gazprom, Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2 oraz inne informacje zebrane w ramach postępowania, w tym z badania rynku.



we Włoszech, Holandii i w Wielkiej Brytanii. W latach 2014 – 2015 dostarczył na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) odpowiednio 127,4 mld m³ i 152 mld m³ gazu, zaspokajając ok. 1/3 konsumpcji. W 2018 r. Gazprom dostarczył ok. 157 mld m³. Biorąc pod uwagę, że konsumpcja w tym okresie na terenie UE wyniosła ok. 474 mld m³, daje to także 1/3 zużycia gazu.

Na obszarze Unii Europejskiej Grupa Gazprom jest również aktywna na rynku przesyłu i magazynowania gazu ziemnego. Gazprom kontroluje lub współkontroluje istotną infrastrukturę gazową w niektórych krajach Unii Europejskiej, m.in. 4 magazyny na terenie Niemiec (Jemgum, Rehden, Etsel oraz Katharina) oraz gazociągi na terenie Niemiec (sieć gazociągową GASCADE - w tym jej część Jagal, Opal oraz Nel). W Polsce Gazprom jest głównym dostawcą gazu do Polski (w 2014 r. dostarczył ok. 8,5 mld m³ tj. ok. 55% gazu zużywanego w Polsce, natomiast w 2018 r. Gazprom dostarczył ok. 9 mld m³, co stanowiło ok. 50% gazu zużywanego w Polsce). Gazprom posiada w Rosji monopol na eksport gazu ziemnego.

Obrót Gazprom w 2019 r. wyniósł 68 276 921 000 Euro. Obrót grupy kapitałowej, do której należy Gazprom, wyniósł w 2016 roku 93 931 164 000 Euro⁴.

Uniper należał do 2019 roku do grupy E.ON. Grupa ta jest międzynarodowym prywatnym dostawcą energii. Grupa E.ON jest m.in. obecna w sektorach wyższego i niższego (ang. *downstream*) szerebla w przemyśle naftowym i gazowym. Zajmuje się poszukiwaniem i produkcją ropy naftowej i gazu, a także ich transportem – za pośrednictwem rurociągów i tankowców LNG. Grupa E.ON zajmuje się również dystrybucją produktów gazowych i naftowych na potrzeby gospodarstw domowych i przemysłu oraz obrotem ropą i gazem. W Polsce Grupa E.ON działa głównie w zakresie sprzedaży ciepła i wytwarzania energii elektrycznej (elektrownie wiatrowe). **[tajemnica przedsiębiorstwa]**. W 2019 r. większościowy pakiet udziałów Uniper został przejęty przez Fortum⁵, wywodzący się z Finlandii globalny koncern multienergetyczny (dostarczający swoim klientom w takich krajach jak Finlandia,

⁴ Pismo Gazprom z dnia 22bczerwca 2020 r.

⁵ <https://www.fortum.com/media/2020/03/fortum-closes-transaction-become-majority-owner-uniper> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].



Szwecja, Norwegia, kraje bałtyckie, Polska, Rosji i Indie energię elektryczną, ciepłą oraz gaz)⁶.

Obrót Uniper w 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. Obrót grupy kapitałowej, do której należy Uniper, wyniósł w 2016 roku 67 284 000 000 Euro, natomiast *[tajemnica przedsiębiorstwa]*⁷.

Grupa ENGIE jest pochodzącą z Francji międzynarodową globalną grupą przemysłową i usługową, będącą dostawcą globalnych rozwiązań w zakresie elektryczności, gazu i energii. Grupa ENGIE została utworzona po połączeniu grup Suez i Gaz de France 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 Engie w 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. Obrót grupy kapitałowej, do której należy Engie, wyniósł w 2016 roku 66 639 096 000 Euro, natomiast *[tajemnica przedsiębiorstwa]*⁸.

Grupa OMV jest zintegrowaną, międzynarodową grupą prowadzącą działalność w sektorze naftowym i gazowym. Grupa OMV 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 OMV posiada 65% udział w Central European Gas Hub, ważnej platformie obrotu gazem na trasach wschód-zachód o ugruntowanej pozycji rynkowej, i prowadzi ponadto giełdę gazową. Węzeł dystrybucji gazu w Baumgarten jest największym punktem wejściowym Europy Środkowej dla gazu z Rosji.

⁶ <https://www.fortum.pl/o-fortum> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].

⁷ Pismo Uniper z dnia 30 czerwca 2020 r.

⁸ Pismo ENGIE z dnia 30 czerwca 2020 r.



[tajemnica przedsiębiorstwa].

Obrót OMV w 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. Obrót grupy kapitałowej, do której należy OMV, wyniósł w 2016 roku 19 260 000 000 Euro, natomiast *[tajemnica przedsiębiorstwa]*⁹.

Grupa Shell 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 Shell 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 (LNG), a także świadczy usługi transportowe i handlowe, usługę regazyfikacji (LNG) i prowadzi dostawy i dystrybucję swoich produktów. Grupa Shell jest ponadto obecna w sektorze energii alternatywnej, w którym produkuje i dostarcza biopaliwa i wytwarza energię z różnych źródeł, np. wiatru.

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

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

Obrót Shell w 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. Obrót grupy kapitałowej, do której należy Shell, wyniósł w 2016 roku 233 591 000 000 USD (230 246 902 429 Euro), natomiast *[tajemnica przedsiębiorstwa]*¹⁰.

Wintershall jest wspólnie kontrolowana przez Grupę BASF raz LetterOne Holdings¹¹. Działalność BASF ma zasięg globalny i obejmuje głównie takie dziedziny jak: chemikalia, produkty

⁹ Pismo OMV z dnia 30 czerwca 2020 r.

¹⁰ Pismo Shell z dnia 30 czerwca 2020 r.

¹¹ https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8773_257_3.pdf [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].



uszlachetniające, materiały i rozwiązania funkcjonalne, rozwiązania dla rolnictwa, a także ropa naftowa, gaz, i tworzywa sztuczne. Grupa BASF koncentruje swoje wydobycie i produkcję na bogatych w złoża ropy i gazu regionach Europy, Ameryki Północnej, Ameryki Południowej, Rosji i rejonu Morza Kaspijskiego.

Wraz z Gazpromem zajmuje się transportem gazu ziemnego w Europie. Współkontroluje sieć gazociągową GASCADE - w tym jej część Jagal, Opal oraz Nel.

LetterOne Holdings z kolei kontrolował DEA Deutsche Erdoel AG, firmę działającą w zakresie poszukiwania i wydobycia ropy naftowej oraz gazu. W 2019 roku doszło do połączenia Wintershall oraz DEA Deutsche Erdoel AG. W wyniku tej operacji połączona spółka jest kontrolowana przez koncern BASF oraz LetterOne Holdings.

Obrót Wintershall w 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. Obrót grupy kapitałowej, do której należy Wintershall, wyniósł w 2016 roku 57 550 000 000 Euro, natomiast *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. Natomiast światowy obrót Wintershall - uwzględniając zmiany w strukturze kapitałowej - wyniósł w 2016 r. 3 108 000 000 milionów Euro¹².

Wspólny przedsiębiorca

Pierwotnie zgłoszona koncentracja polegała na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy tj. Nord Stream 2, 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 (NS2). Będą one bieły z rosyjskiego wybrzeża Morza Bałtyckiego do punktu wyjścia nieopodal Greifswald w Niemczech (*[tajemnica przedsiębiorstwa]*). Zdolności przesyłowe NS2 będą analogiczne jak NS1 - istniejącego rurociągu podmorskiego położonego na Bałtyku, łączącego Rosję z Niemcami tj. 55 mld m³ gazu rocznie. *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

Pierwotnie do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy miało dojść poprzez nabycie akcji w kapitale zakładowym Nord Stream 2, szwajcarskiej spółki, w której 100% głosów i akcji posiadał PAO Gazprom. Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland i miały nabyć po 10% akcji w kapitale zakładowym Nord Stream 2. PAO Gazprom

¹² Pismo Wintershall z dnia 30 czerwca 2020 r.



miał posiadać natomiast pozostałe 50% akcji w kapitale zakładowym tej spółki. Akcjonariusze mieli proporcjonalnie sfinansować budowę NS2. Ostatecznie do tego nie doszło i 100% akcji w Nord Stream 2 posiada Gazprom. Niemniej należy zwrócić uwagę, iż Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall nie wycofały się z finansowania NS2, podpisując w 2017 r. pomimo braku zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy szereg umów dotyczących finansowania NS2 (umowy te szczegółowo zostały opisane poniżej). W efekcie rola tych podmiotów w finansowaniu NS2 nie uległa zmianie w stosunku do pierwotnie planowanej koncentracji.

Umowy na finansowanie NS2

Gazprom, Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall, pomimo braku zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, zawarły w 2017 r. szereg umów dotyczących finansowania NS2.

W szczególności w dniu 24 kwietnia 2017 r. Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall oraz Nord Stream 2 zawarły dwie umowy finansowania, *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. Zgodnie z tymi umowami Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall zobowiązały się do udostępnienia NS2 (kredytobiorcy) określonych środków na warunkach ustalonych w tych umowach.

W dniu *[tajemnica przedsiębiorstwa]* 2017 r. Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall, Nord Stream 2 i Gazprom *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

Ponadto w celu zabezpieczenia ww. kredytów udzielonych przez Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall zawarta została *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

[tajemnica przedsiębiorstwa]

Zawarcie powyższych umów miało na celu sfinansowanie budowy NS2 a w efekcie umożliwić jego powstanie i rozpoczęcie przesyłu nim gazu ziemnego. Zakładane koszty projektu (budowy NS2) jak wynika z ww. umów to 9,5 mld EURO¹³. W ramach *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

¹³ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.



Podkreślić należy, iż *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

Dodatkowo należy wskazać, że Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall podpisując umowy na finansowanie NS2 zapewniły sobie w tych umowach szereg uprawnień w stosunku do Nord Stream 2.

W szczególności *[tajemnica przedsiębiorstwa]* stały się *de facto quasi* akcjonariuszami tej spółki (*[tajemnica przedsiębiorstwa]*)¹⁴.

Ponadto Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall zapewniły sobie w stosunku do Nord Stream 2 szereg uprawnień albo możliwości ingerowania w jej działalność, a mianowicie np.:

- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*¹⁵;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*¹⁶;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*¹⁷;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*¹⁸;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*¹⁹;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*²⁰;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*²¹;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*²²;
- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*²³.

¹⁴ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

¹⁵ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

¹⁶ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

¹⁷ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

¹⁸ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

¹⁹ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

²⁰ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

²¹ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

²² *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.

²³ *[tajemnica przedsiębiorstwa]*.



Rynek gazu w Polsce²⁴

Podpisanie umów na finansowanie NS2, które są przedmiotem niniejszego postępowania nastąpiło w pierwszej połowie 2017 r., a więc niecały rok po wydaniu zastrzeżeń i umorzeniu postępowania w sprawie zamiaru koncentracji polegającego na utworzeniu przez Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2. W ocenie Prezesa Urzędu należy zatem uwzględnić dane rynkowe, które zostały zebrane w ramach tego postępowania i były aktualne w chwili dokonywania koncentracji przez jej uczestników.

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 PGNiG a Gazprom. 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 Jamał w Kondratkach na granicy polsko-białoruskiej (2,58 mld m³/rok w 2014 roku),
- punkty wejścia Wysokoje i Tietierowka na granicy polsko-białoruskiej (2,65 mld m³/rok w 2014 roku) oraz
- punkt wejścia Drozdowicze 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

²⁴ W oparciu o informacje z wniosku zgłoszenia zamiaru koncentracji z dnia 8 grudnia 2015 r. polegającej na utworzeniu przez PAO Gazprom, Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wspólnego przedsiębiorcy Nord Stream 2 oraz inne informacje zebrane w ramach postępowania, w tym z badania rynku.



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 PGNiG a Gazprom²⁵ (w 2018 r. Gazprom dostarczył ok. 9 mld m³ gazu do Polski).

Połączenia gazowe Polski z krajami UE znajdują się w punktach Mallnow, Lasów, Cieszyn. Roczne zdolności przesyłowe w punkcie Lasów (Niemcy - Polska) wynoszą ok. 1,5 mld m³, a w punkcie Cieszyn (Czechy - Polska) – ok. 0,5 mld m³. Od kwietnia 2014 r. udostępniono zdolności przesyłowe ciągłe na połączeniu Mallnow 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 Jamał. W roku 2014 tranzyt gazu przez Polskę gazociągiem Jamał 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. *[tajemnica przedsiębiorstwa]*. W rzeczywistości znaczenie tego gazociągu dla rynku gazu w Polsce jest jednak dużo większe. Umożliwia on bowiem we wskazanym już powyżej punkcie Mallnow 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 Jamał tranzytem do Niemiec).

Pojawienie się możliwości wprowadzania na rynek polski gazu z kierunków zachodniego i południowego, zwłaszcza z wykorzystaniem rewersu wirtualnego w punkcie Mallnow, miało zasadnicze znaczenie dla pojawienia się konkurentów dla podmiotu dominującego na polskich rynkach sprzedaży detalicznej i hurtowej gazu – grupy PGNiG. Podmiot ten zarówno kontroluje krajowe wydobycie gazu jak i jest jedynym nabywcą gazu sprowadzanego z kierunku wschodniego. W tej sytuacji wykorzystanie interkonektorów na

²⁵ <https://www.ure.gov.pl/pl/paliwa-gazowe/charakterystyka-ryнку/8282,2018.html>



granicy zachodniej i południowej jest praktycznie jedyną możliwością importu gazu przez konkurentów PGNiG (oprócz terminalu LNG). Dotychczas z tego kierunku gaz sprowadzało kilkadziesiąt podmiotów, a dalszy rozwój konkurencji na rynku gazu wydaje się uzależniony od istnienia dalszych możliwości importu gazu przez punkt Mallnow.

Istotnym wydarzeniem dla polskiego rynku gazu ziemnego było oddanie do użytku w 2016 r. terminalu LNG w Świnoujściu. Terminal ten umożliwia 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 LNG zarezerwowana została na rzecz PGNiG (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 terminalu²⁶. Planowana jest rozbudowa tego o nowe moce do 6,2 mld m³ w 2022 r.

W chwili obecnej trwają również prace nad budową gazociągu Baltic Pipe 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 Gdańskiej o zdolnościach regazyfikacji na poziomie ok. 4,5 mld m³ rocznie, który ma być oddany do eksploatacji w 2024 r.

Stanowisko stron

Z uwagi na to, że stanowisko stron wyrażone w ich pismach zawiera podobne argumenty zostanie ono zrelacjonowane łącznie.

Zdaniem stron udzielenie finansowania dłużnego, jako czysto umowny stosunek, nie stanowi utworzenia wspólnego przedsiębiorcy. Nie ma podstaw prawnych do uznania kompetencji Prezesa Urzędu w przedmiocie badania umów finansowania będących przedmiotem niniejszego postępowania. W ocenie stron brak jest także podstaw prawnych

²⁶ <http://www.polskielng.pl/transparency-template/capacities/> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].



wskazujących na istnienie kompetencji Prezesa Urzędu w przedmiocie badania umów finansowania ze względu na fakt, że ich zawarcie doprowadziło do realizacji tego samego celu, któremu miało służyć pierwotnie planowane oraz zgłoszone (a ostatecznie zaniechane) utworzenie wspólnego przedsiębiorcy.

Obowiązek zgłoszenia i uzyskania uprzedniej zgody Prezesa Urzędu dotyczy jedynie transakcji wymienionych jako koncentracje w katalogu zawartym w ustawie *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Oznacza to, że wszelkie inne transakcje niż te, które zostały wskazane w art. 13 ust. 2 tej ustawy, nie podlegają obowiązkowi zgłoszenia w Polsce i mogą być dokonane bez uprzedniej zgody Prezesa Urzędu. Wniosek taki wynika z przepisów i jest podkreślany we wszystkich komentarzach do ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Znajduje także potwierdzenie w Wyjaśnieniach, do których stosowania w swojej praktyce decyzyjnej zobowiązał się Prezes Urzędu.

Inwestorzy Finansowi tj. Uniper, Engie, OMV, Shell i Wintershall oraz Gazprom zawarli umowy finansowania Nord Stream 2 - spółki będącej w 100% własnością i w 100% kontrolowanej przez Gazprom. Na podstawie tych umów Inwestorzy Finansowi nie nabyli, ani też nie objęli żadnego udziału ani prawa głosu w Nord Stream 2, a zapewnili jedynie finansowanie dla NS2. Tym samym Inwestorzy Finansowi oraz Gazprom nie utworzyli wspólnego przedsiębiorcy w rozumieniu ustawy antymonopolowej.

Ustawa *o ochronie konkurencji i konsumentów* nie zawiera prawnej definicji „koncentracji” i nie określa otwartego katalogu transakcji stanowiących koncentracje. Określa natomiast zamknięty katalog transakcji objętych obowiązkiem zgłoszenia (art. 13 ust. 2). Zdaniem stron Prezes Urzędu nie jest władny do poszerzania powyższych kategorii. Oznacza to, że jakiegokolwiek transakcje inne niż wymienione w art. 13 ust. 2 tej ustawy nie podlegają obowiązkowi zgłoszenia w Polsce i mogą być dokonywane bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Innymi słowy, Prezes Urzędu nie ma kompetencji w przedmiocie transakcji niebędących koncentracjami w rozumieniu ustawy antymonopolowej ani możliwości rozszerzania ustawowego katalogu tych transakcji.

Zdaniem stron udział kapitałowy w innym przedsiębiorcy jest warunkiem koniecznym do uznania, że mamy do czynienia z „utworzeniem” przedsiębiorcy. Żadnego innego rodzaju ustaleń umownych - takich jak np. udzielenie finansowania dłużnego - nie można zasadnie uznać za działanie równoznaczne z „utworzeniem” wspólnego przedsiębiorcy.



Również *[tajemnica przedsiębiorstwa]* nie może zostać uznane jako instrument kapitałowy. Jest to bowiem instrument zabezpieczający, standardowo stosowany na rynku przez pożyczkodawców w transakcjach finansowania dłużnego. Zabezpieczenie takie może zostać zrealizowane jedynie w wypadku niewykonania zobowiązań (i to w ostateczności) i w oczywisty sposób nie przyznaje żadnych praw akcjonariusza.

Zakres zobowiązań przyjętych przez Nord Stream 2 wobec Inwestorów Finansowych nie jest zatem szerszy niż w przypadku typowych porozumień finansowych o podobnym charakterze. Prawa udzielone Inwestorom Finansowym mają na celu ochronę ich zaangażowania finansowego i pojawiających się ryzyk finansowych i są to typowe prawa przyznawane przez pożyczkobiorców w transakcjach *project finance* o podobnej skali. Prawa te nie pozwalają na ingerowanie w prowadzenie działalności przez Nord Stream 2.

Strony wskazały również, że zastrzeżenia Prezesa Urzędu odnoszą się do zakładanych skutków rynkowych związanych z uruchomieniem gazociągu NS2. W ocenie stron budowa gazociągu NS2 nie jest jednak „koncentracją” lub rzekomym utworzeniem wspólnego przedsiębiorcy (oczywistym jest, że organ ochrony konkurencji błędnie zrównuje umowy finansowania z uruchomieniem gazociągu NS2). Dlatego też argumentacja wykorzystywana przez Prezesa Urzędu na poparcie teorii konieczności podjęcia środków zaradczych jest całkowicie błędna, ponieważ odnosi się do skutków związanych ze zdarzeniem (uruchomieniem gazociągu NS2), które nie jest koncentracją (i nie jest kwalifikowane przez Prezesa Urzędu jako koncentracja).

Ponadto zdaniem stron argumentacja przedstawiona w SUZ dotycząca skutków rynkowych koncentracji jest nieaktualna. Nie odnosi się on ani do obecnej, ani przyszłej sytuacji rynkowej. Rozważania na temat sytuacji na rynku zawarte w SUZ stanowią powtórzenie obaw (zastrzeżeń) sformułowanych przez Prezesa Urzędu w zastrzeżeniach z 2016 r., które dotyczyły ówczesnego zamiaru utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, zgłoszonego (lecz ostatecznie zaniechanego) przez Inwestorów Finansowych i Gazprom. Ze względu na upływ czasu argumentacja rynkowa jest oderwana od obecnych realiów rynkowych.

Zdaniem stron SUZ sugeruje znaczne uzależnienie Polski od przesyłu gazu gazociągiem Jamał-Europa i negatywny wpływ uruchomienia NS2 na przesył gazu tym gazociągiem, wskazując także, że Gazprom może zechcieć zaprzestać przesyłania gazu gazociągiem jamalskim,



co zwiększy ponoszony przez Polskę koszt zakupu gazu transportowanego tym gazociągiem. Jednak jak można stwierdzić na podstawie wskazanych poniżej zmian, które zaszły na rynku, a mianowicie:

- Polska nie jest uzależniona od gazu przesyłanego z Rosji do Polski gazociągiem jamalskim - jej źródła dostaw są wystarczająco zdywersyfikowane, aby całkowicie zrezygnować z gazu sprowadzanego z tego kierunku i dywersyfikacja ta w najbliższych latach jeszcze się zwiększy;
- PGNiG S.A., jako krajowy operator, oraz rząd polski wyraziły już zamiar zaprzestania pozyskiwania gazu z Rosji, a zatem nawet gdyby Gazprom przekierował gaz z gazociągu jamalskiego do NS2, nie miałoby to żadnego wpływu na polskich konsumentów ze względu na decyzję władz Polski o niekupowaniu tego surowca bezpośrednio od Gazpromu.

W odniesieniu do powyższych argumentów strony wskazały, że całkowita zdolność przesyłowa gazu z innych państw członkowskich UE oraz import LNG do polskiego obszaru handlowego gazu ziemnego (tj. z wyłączeniem gazu przesyłanego z Rosji do Polski gazociągiem Jamał-Europa) przekracza już 110% rzeczywistego poziomu zużycia w Polsce i wzrośnie do 220% do 2024 r., co pozwoli na nieograniczone możliwości dywersyfikacji w zakresie dostaw gazu ziemnego do Polski. W ocenie stron Polska posiada wystarczające zdolności przesyłowe na punktach wejścia z systemów gazowych pozostałych państw członkowskich UE, umożliwiające zasilenie tego obszaru w niezbędne ilości gazu z pozostałych obszarów państw UE oraz importu LNG. Zapotrzebowanie polskich konsumentów na gaz ziemny, wynoszące obecnie ok. 18-20 mld m³ rocznie, może być już obecnie zaspokajane w ramach rynku wewnętrznego gazu ziemnego w UE nie tylko z produkcji krajowej (ok. 4 mld m³ rocznie), lecz również poprzez terminal regazyfikacyjny LNG w Świnoujściu (obecne zdolności regazyfikacyjne na poziomie 5 mld m³ rocznie, które w wyniku trwającej obecnie inwestycji mają wzrosnąć do 6,2 mld m³ w 2022 r. oraz 8,3 mld m³ w 2024 r.), jak również punkty wejścia do polskiego systemu przesyłowego z systemu czeskiego w Cieszynie (przepustowość w kierunku Polski ok. 0,9 mld m³ rocznie), oraz punkty wejścia z obszaru niemieckiego poprzez punkt GCP OGP Gaz-System/ONTRANS oraz punkt Mallnow na gazociągu Jamał-Europa, o łącznej przepustowości w kierunku Polski wynoszącej obecnie ponad 7,7 mld m³.

Integracja polskiego rynku gazu ziemnego z innymi państwami UE i EOG i dostęp do światowego importu LPG jeszcze się zdaniem stron pogłębi z uwagi na:



- a) planowane na 2022 r. oddanie do eksploatacji gazociągu Baltic Pipe o przepustowości około 10 mld m³ rocznie, łączącego obszar Polski z systemem duńskim i pośrednio ze złożami gazu na norweskim szelfie kontynentalnym oraz
- b) planowaną budowę dodatkowego pływającego terminalu regazyfikacyjnego w Zatoce Gdańskiej o zdolnościach regazyfikacji na poziomie co najmniej 4,5 mld m³ rocznie, który ma być oddany do eksploatacji w 2024 r.

Mimo, że PGNiG obecnie pozyskuje znaczne ilości gazu ziemnego (ok. 8-10 mld m³ rocznie) od Gazpromu, *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, to udział gazu zakupywanego przez PGNiG od Gazpromu z roku na rok maleje (spadek w latach 2016-2019 z poziomu 88,9% do 60,2%, tj. o 28,7 p.p.). Kontrakt jamalski wygasa w 2022 r., a PGNiG wyraziło już jednoznaczny zamiar nieprzedłużania go na okres po tej dacie. Jest to możliwe w kontekście posiadanych przez PGNiG koncesji na wydobywanie gazu ziemnego w Polsce (stabilna roczna produkcja z krajowych koncesji PGNiG wynosi ok. 4-5 mld m³), zawarcia długoterminowych kontraktów na dostawy znacznych ilości LNG i zakupu nowych udziałów w koncesjach wydobywczych na Morzu Północnym, jak i zakontraktowania przez tę spółkę 100% zdolności regazyfikacyjnych terminalu LNG w Świnoujściu oraz 80% zdolności przesyłowych Baltic Pipe, tj. łącznie 14,3 mld m³ od 2022 r. oraz 16,4 mld m³ od 2024 r. W praktyce umożliwi to PGNiG zapewnienie dostaw gazu do Polski przy całkowitej rezygnacji z zakupu gazu ziemnego od Gazprom na potrzeby sprzedaży gazu ziemnego do polskich odbiorców, których obecne zapotrzebowanie wynosi ok. 20 mld m³. Dodatkowo PGNiG może korzystać na zasadach rynkowych z dostępu do pozostałych punktów wejścia do polskiego systemu (w tym punktu wejścia z systemu czeskiego w Cieszynie o przepustowości w kierunku Polski 0,9 mld m³, punktów GCP OGP Gaz-System/ONTRAS oraz Mallnow o łącznej ciągłej przepustowości w kierunku Polski na poziomie ok. 12,2 mld m³ rocznie od 1 stycznia 2021 r.), które umożliwiają zakup po konkurencyjnych cenach gazu ziemnego oferowanego w państwach członkowskich UE.

Strony wskazały również, że w 2017 r. rząd polski przyjął rozporządzenie o stopniowej dywersyfikacji dostaw. Po 2022 r. łączny poziom importu gazu ziemnego przez PGNiG z kierunku wschodniego nie będzie mógł przekroczyć 30%. Po uruchomieniu NS2 rzeczywisty eksport gazu ziemnego przez Gazprom do Polski spadnie znacznie poniżej 30%. W świetle polskiego prawa istnienie pozycji dominującej na danym rynku związane jest natomiast z posiadaniem udziału w tym rynku powyżej 40%.



Zdaniem stron również zdolności przesyłowe z państw UE w kierunku Polski nie zostaną ograniczone w wyniku wybudowania NS2. W szczególności brak jest podstaw, by twierdzić, że wybudowanie NS2 doprowadzi do ograniczenia zdolności przesyłowych w kierunku Polski w ramach rewersu na przekroju technicznym i/lub handlowym Niemcy - Polska w punkcie Mallnow na połączeniu polskiego odcinka SGT Jamał-Europa z gazociągiem Jagal, zarządzanym przez operatora Gascade.

Odnosząc się do argumentu, że istniejące zdolności przesyłowe gazociągów umożliwiających przesył gazu ziemnego z Rosji do UE pozostają w znaczącej dysproporcji do faktycznej wielkości eksportu gazu ziemnego z Rosji do UE, strony wskazały, że Prezes UOKiK oparł swoją argumentację na nieaktualnych danych, przyjmując, że całkowite zdolności przesyłowe umożliwiające przesył gazu z Rosji do UE wynoszą ok. 274 mld m³ rocznie, zaś faktyczny eksport gazu ziemnego z Rosji do UE wynosił jedynie 152 mld m³ rocznie (2015 r.). W tym kontekście strony wskazały, że faktyczne zdolności przesyłowe z Rosji do UE są znacząco niższe, co wynika choćby z faktu, że część gazociągów przesyłowych biegnących przez Ukrainę i uwzględnionych w podanych przez Prezesa UOKiK łącznych zdolnościach przesyłowych pozostaje w niedostatecznym stanie technicznym. Wybudowanie NS2 zwiększyłoby *de facto* zdolności przesyłowe z Rosji do UE do poziomu 250 mld m³, podczas gdy obecny eksport gazu ziemnego z Rosji do UE wynosi ok. 170 mld m³. Strony podkreśliły również, że zdolności przesyłowe gazu nie mogą być równe faktycznemu eksportowi, jako że konieczne jest zapewnienie odpowiedniej rezerwy w systemie, jak również zaspokojenie przewidywanego wzrostu zapotrzebowania na gaz w UE.

Analizując z kolei kwestię rzekomej dominacji Gazpromu zdaniem stron podkreślenia wymaga, że Prezes Urzędu nie wziął pod uwagę wyrównawczej siły nabywczej PGNiG. Spółka ta odpowiada za krajowe wydobycie lub import do Polski ponad 93% gazu ziemnego zużywanego w kraju i *de facto* decyduje skąd pochodzi gaz dla polskich odbiorców. Silna pozycja PGNiG powoduje, że żaden podmiot dostarczający hurtowo gaz do Polski nie może działać niezależnie od PGNiG.

Biorąc pod uwagę powyższe strony wniosły o umorzenie postępowania art. 105 § 1 kpa ze względu na oczywistą bezpodstawnosć stawianych zarzutów.



W oparciu o przedstawiony stan faktyczny organ antymonopolowy zważył, co następuje:

Obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji

Stosownie do treści art. 13 ust. 2 *o ochronie konkurencji i konsumentów* obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK dotyczy enumeratywnie określonych przypadków, a mianowicie:

- połączenia przedsiębiorców,
- przejęcia przez przedsiębiorcę (lub przedsiębiorców) kontroli nad innym przedsiębiorcą (przedsiębiorcami),
- utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy,
- nabycia przez przedsiębiorcę części mienia innego przedsiębiorcy (całości lub części przedsiębiorstwa).

Obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu podlega zamiar dokonania wskazanych powyżej form koncentracji w przypadku, kiedy łączny obrót jej uczestników w roku obrotowym poprzedzającym rok zgłoszenia przekracza równowartość 1 mld euro na świecie lub 50 mln Euro na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (art. 13 ust.1 ustawy antymonopolowej). Ponadto – w przypadku koncentracji polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy - stosownie do treści art. 14 pkt 1 a tej ustawy konieczne jest, aby obrót co najmniej jednego z przedsiębiorców uczestniczących w tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przekroczył na terytorium RP w co najmniej jednym z dwóch lat obrotowych poprzedzających zgłoszenie równowartość 10 mln euro. Artykuł 14 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* wskazuje również inne przypadki, kiedy nie zachodzi obowiązek zgłoszenia zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu, niezwiązane z obrotem. Dotyczą one koncentracji:

- polegającej na czasowym nabyciu lub objęciu przez instytucję finansową akcji albo udziałów w celu ich odsprzedaży, jeżeli przedmiotem działalności gospodarczej tej instytucji jest prowadzone na własny lub cudzy rachunek inwestowanie w akcje albo udziały innych przedsiębiorców, pod warunkiem, że odsprzedaż ta nastąpi przed upływem roku od dnia nabycia lub objęcia, oraz że: a) instytucja ta nie wykonuje praw z tych akcji albo udziałów, z



wyjątkiem prawa do dywidendy, lub b) wykonuje te prawa wyłącznie w celu przygotowania odsprzedaży całości lub części przedsiębiorstwa, jego majątku lub tych akcji albo udziałów;

- polegającej na czasowym nabyciu lub objęciu przez przedsiębiorcę akcji lub udziałów w celu zabezpieczenia wierzytelności, pod warunkiem, że nie będzie on wykonywał praw z tych akcji lub udziałów, z wyłączeniem prawa do ich sprzedaży;

- następującej w toku postępowania upadłościowego, z wyłączeniem przypadków, gdy zamierzający przejąć kontrolę lub nabywający część mienia jest konkurentem albo należy do grupy kapitałowej, do której należą konkurenci przedsiębiorcy przejmowanego lub którego część mienia jest nabywana;

- przedsiębiorców należących do tej samej grupy kapitałowej.

W przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorcy stosownie do treści art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* obowiązek zgłoszenia ciąży na wszystkich przedsiębiorcach uczestniczących w tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy.

Jak wskazano powyżej postanowieniem z 18 sierpnia 2016 r. organ antymonopolowy – po przedstawieniu zastrzeżeń z 19 lipca 2016 r. oraz wycofaniu 12 sierpnia 2016 r. zgłoszenia przez wnioskodawców - umorzył postępowanie w sprawie utworzenia przez PAO Gazprom, Uniper Global, ENGIE S.A., OMV Nord Stream 2, Shell i Wintershall Nederland wspólnego przedsiębiorcy. Należy w tym miejscu podkreślić, że w tej sytuacji umorzenie postępowania *de facto* miało analogiczne skutki, jak wydanie decyzji zakazującej dokonania koncentracji. Strony nie mogą bowiem zrealizować koncentracji do czasu, kiedy nie otrzymają na nią zgody Prezesa Urzędu. Stosownie bowiem do treści art. 97 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przedsiębiorcy, których zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, są obowiązani do wstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania przez Prezesa Urzędu decyzji lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana.

Z zebranego w tej sprawie materiału dowodowego wynika, że uczestnicy ww. koncentracji lub spółki z grup kapitałowych, do których należą uczestnicy ww. koncentracji, tj. Gazprom, Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall, pomimo braku zgody na utworzenie wspólnego przedsiębiorcy, zawarły w 2017 r. szereg umów dotyczących NS2, w szczególności **[tajemnica przedsiębiorstwa]**. Umowy te miały na celu sfinansowanie budowy NS2 a w efekcie miały umożliwić jego powstanie i rozpoczęcie przesyłu nim gazu ziemnego.



W ocenie Prezesa Urzędu działania te stanowią próbę obejścia przez niedoszłych wspólników Nord Stream 2 obowiązku uzyskania zgody Prezesa Urzędu na utworzenie spółki finansującej budowę NS2. W ocenie Prezesa UOKiK cel obu tych działań jest tożsamy. Zarówno bowiem utworzenie *joint venture*, jak i zawarcie późniejszych umów miało na celu głównie sfinansowanie budowy NS2.

Utworzenie wspólnego nowego przedsiębiorcy przez dwóch lub więcej przedsiębiorców (tzw. *joint venture*) stanowi szczególny przypadek koncentracji. Operacja taka oznacza *de facto* połączenie interesów gospodarczych przedsiębiorców tworzących nowego przedsiębiorcę²⁷. Zgodnie z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów, przy dokonywaniu tego rodzaju koncentracji, odmiennie niż w przypadku koncentracji na poziomie wspólnotowym, bez znaczenia pozostaje fakt, czy utworzenie wspólnego przedsiębiorcy w swym efekcie doprowadza do powstania nad nim wspólnej kontroli sprawowanej przez uczestników koncentracji²⁸. Istnieją jedynie dwa elementy (przesłanki) świadczące o tym, że doszło do koncentracji w przypadku, o którym mowa w art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów:

1. utworzenie nowego przedsiębiorcy oraz
2. dokonanie tego przez wielu przedsiębiorców (wspólnie), przy czym nie jest konieczne, aby podmioty sprawowały wspólną kontrolę nad nowym przedsiębiorcą.

Jeżeli chodzi o pierwszą przesłankę to w doktrynie wyróżnia się dwa szczególne przypadki zawiązania nowego przedsiębiorcy:

- zawiązanie nowego wspólnego przedsiębiorcy o charakterze koordynacyjnym lub
- zawiązanie nowego wspólnego przedsiębiorcy o charakterze koncentracyjnym.

Pierwszy typ charakteryzuje się, tym, że celem lub skutkiem takiej koncentracji jest koordynacja zachowań przedsiębiorców, które pozostają samodzielne. Jest to szczególnie przypadek koncentracji, który wykazuje wiele podobieństw do porozumienia antykonkurencyjnego, jako że zmierza do koordynacji zachowań przedsiębiorców. Natomiast

²⁷ K. Kohutek Konrad. Art. 13. W: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. LEX, 2014.

²⁸ Wierciński Andrzej. Art. 13. W: Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II. Wolters Kluwers 2016.



w drugim przypadku nowo powstały przedsiębiorca pełni w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego.

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów, inaczej niż Rozporządzenie Rady (WE) NR 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE L 24 z dnia 29 stycznia 2004 r., dalej: „EUMR”), nie przewiduje, że do koncentracji może dojść dopiero w sytuacji, w której doszło do powstania *joint venture* spełniającego wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego. W związku z tym należy przyjąć, że jej reżimowi podlegają również *joint venture* o charakterze koordynacyjnym²⁹. Inaczej mówiąc na podstawie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nawet, gdy utworzony wspólny przedsiębiorca nie spełnia przesłanki traktowania go jako trwale wykazującego wszystkie cechy samodzielności gospodarczej to i tak podlega on obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu zamiaru koncentracji, o ile działanie takie prowadzi do powstania nowego przedsiębiorcy w sensie prawnym. Przy czym należy podkreślić, że do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy uczestnicy koncentracji mogą wykorzystać również istniejącego już przedsiębiorcę³⁰, co miało miejsce w przedmiotowej sprawie - wspólny przedsiębiorca tj. Nord Stream 2 został utworzony na bazie spółki funkcjonującej w ramach grupy kapitałowej jednego z założycieli tj. Gazprom.

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że o nowym przedsiębiorcy można mówić w sytuacji, w której dochodzi do powstania przedsiębiorcy w rozumieniu art. 4 pkt 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W świetle powyższych wyjaśnień należy stwierdzić, że niewątpliwie jest spełnienie pierwszej przesłanki w odniesieniu do przedsiębiorcy pod firmą Nord Stream 2 - podmiotu, który jest osobą prawną oraz we własnym imieniu podejmuje i wykonuje działalność gospodarczą w sposób zorganizowany i ciągły.

Jeżeli chodzi o drugą przesłankę to należy wskazać, że mimo braku formalnego (*de iure*) udziału pięciu (tj. Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall) z sześciu założycieli w Nord Stream 2 (formalnie 100% akcji posiada Gazprom, **[tajemnica przedsiębiorstwa]**), należy uznać, że podmioty te *de facto* wspólnie dokonały zawiązania nowego przedsiębiorcy. W doktrynie wskazuje się, że operacja utworzenia nowego wspólnego przedsiębiorcy oznacza

²⁹ Kohutek Konrad. Art. 13. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. LEX, 2014.

³⁰ Wyjaśnienia w sprawie kryteriów i procedury zgłaszania zamiaru koncentracji Prezesowi UOKiK str. 20 https://www.uokik.gov.pl/wyjasnienia_w_sprawie_zglaszania_koncentracji.php



połączenie interesów gospodarczych przedsiębiorców tworzących nowego przedsiębiorcę³¹. Innymi słowy istotny element, który determinuje to, czy można powiedzieć o wspólnym zawiązaniu nowego przedsiębiorcy stanowi „połączenie interesów gospodarczych”.

Taka właśnie faktycznie sytuacja miała miejsce w przypadku założycieli Nord Stream 2. Podmioty te w sposób realny działają na rzecz osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego, co świadczy o tym, że druga przesłanka również została zrealizowana. Na poparcie tego twierdzenia należy wskazać na szereg faktów przedstawionych poniżej.

W momencie zgłoszenia pierwszego zamiaru koncentracji w grudniu 2015 r. przez uczestników koncentracji do Prezesa Urzędu doszło do skonkretyzowania „zamiaru koncentracji”. Następnie – po wycofaniu pierwotnego wniosku - doszło do formalnego przekształcenia formy partycypacji uczestników w przedsięwzięciu. W 2017 r. Gazprom podpisał z pięcioma zachodnioeuropejskimi koncernami energetycznymi - Engie, OMV, Shell, Uniper i Wintershall umowy dotyczące finansowania projektu budowy gazociągu NS2. Zgodnie z umowami finansującymi i oficjalnym komunikatem Nord Stream 2³² połowa kosztów związanych z budową gazociągu, którego łączna wartość szacowana jest na poziomie 9,5 mld euro, miała zostać sfinansowana przez Założycieli (po 950 mln euro każdy).

Należy podkreślić, iż zmienione w 2017 r. rozwiązania biznesowe zakładają *de facto* tożsamy model współpracy pomiędzy przedsiębiorcami w celu utworzenia nowego przedsiębiorcy. O zamiarze zrealizowania tego samego celu gospodarczego, który przyświecał stronom od 2015 r. świadczy przede wszystkim tożsamość korporacyjna wnioskodawców i podmiotów będących stronami umów finansujących. Analogiczny jest również poziom ich zaangażowania, co przedstawiono w poniższej tabeli:

Nazwa Spółki	Joint Venture Nord Stream 2 (udziały)	Nazwa Spółki	Finansowanie Nord Stream 2
---------------------	--	---------------------	---------------------------------------

³¹ K. Kohutek Konrad. Art. 13. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz. LEX, 2014.

³² <https://www.nord-stream2.com/media-info/news-events/nord-stream-2-ag-and-european-energy-companies-sign-financing-agreements-47> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].



PAO Gazprom	50%	PJSC Gazprom	50%
Uniper Global	10%	Uniper	10%
Wintershall Nederland	10%	Wintershall	10%
OMV Nord Stream II	10%	OMV	10%
Shell	10%	Shell	10%
ENGIE SA	10%	Engie	10%

Warto także zaznaczyć, że Nord Stream 2 jest wyjątkowym wspólnym przedsiębiorcą, powołanym wyłącznie w celu realizacji jednego projektu – a mianowicie budowy i eksploatacji gazociągu NS2. Wszyscy Założyciele posiadają silny, wspólny i jednolity interes w realizacji tego projektu. Ich oddanie i zaangażowanie w realizację projektu było wielokrotnie podkreślane wskazując tym samym, na wspólnotę interesów Założycieli³³.

Oczywistym elementem spajającym interes Założycieli jest dążenie do otrzymania dochodu w postaci odsetek od udzielonego finansowania w przypadku ukończenia projektu. Wskazać bowiem należy, że w miejsce pierwotnie zakładanej dywidendy wypłacanej formalnym udziałowcom *joint venture* Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall uzyskali oni inną formę dochodu w postaci odsetek za pożyczony kapitał.

Dodatkowo należy wskazać, że Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall podpisując umowy na finansowanie NS2 zapewniły sobie w tych umowach szereg uprawnień w stosunku do spółki Nord Stream 2.

W szczególności *[tajemnica przedsiębiorstwa]* stały się *de facto quasi* akcjonariuszami tej spółki (*[tajemnica przedsiębiorstwa]*).

Ponadto Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall zapewniły sobie w stosunku do Nord Stream 2 szereg uprawnień albo możliwości ingerowania w jej działalność, a mianowicie np.:

- *[tajemnica przedsiębiorstwa]*;

³³ <https://tass.com/economy/1058192> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].



- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa];
- [tajemnica przedsiębiorstwa].

Biorąc pod uwagę powyższe, należy stwierdzić, że Założyciele z góry szczegółowo ustalili zasady prowadzenia działalności przez Nord Stream 2 w taki sposób, że jest on *de facto* pozbawiony możliwości podejmowania decyzji kluczowych z punktu widzenia prowadzenia działalności gospodarczej i jakiegokolwiek jej modyfikowania bez zgody wszystkich Założycieli. Zatem sposób prowadzenia działalności przez Nord Stream 2 został ustalony/zatwierdzony przez wszystkich Założycieli.

Należy podkreślić, iż Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall wyrażają swoje wspólne dążenie do realizacji inwestycji na wiele sposobów. Założyciele są na bieżąco informowani o postępach związanych z budową gazociągu oraz działaniach mających na celu ograniczenie występujących ryzyk, w szczególności związanych z polityką sankcji prowadzoną przez Stany Zjednoczone³⁴. Założyciele również stale komentują rozwój projektu wyrażając zarówno obawy związane z istniejącymi zagrożeniami dla projektu³⁵, jak i przekonanie o jego powodzeniu i możliwości uzyskania korzyści z tego płynących³⁶. O utożsamianiu się Założycieli z Nord Stream 2 świadczą dobitnie słowa prezesa OMV, który używał słowa „my” omawiając potrzebę dyskusji nad alternatywną trasą „w ramach spółki Nord Stream 2”³⁷. Bieżący nadzór na projektem, wyrażanie jednolitego stanowiska w obliczu występujących zagrożeń czy wręcz

³⁴ <https://www.ft.com/content/208ff810-d62d-4487-9d03-12f9540571fa> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].

³⁵ <https://tass.com/economy/1183707> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].

³⁶ <https://www.spglobal.com/platts/en/market-insights/latest-news/natural-gas/081920-wintershall-dea-confident-nord-stream-2-to-be-commissioned-in-near-future-ceo> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].

³⁷ <https://www.reuters.com/article/us-gazprom-nord-stream-2-omv/omv-chief-says-no-need-to-discuss-alternative-route-for-nord-stream-2-idUSKBN1WI0QG> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].



utożsamianie się ze spółką Nord Stream 2 świadczą o silnej i jednolitej wspólnotie interesów i celów wszystkich Założycieli i pełnieniu przez nich roli *de facto* akcjonariuszy.

Ta wspólnota objawia się również w sile wspólnych dążeń Założycieli i ich możliwości wpływania na działalność NS2. Gdyby Założyciele postanowili wycofać się z udziału w projekcie, wówczas wspólny przedsiębiorca nie byłby w stanie finansować swojej działalności i można z dużą dozą prawdopodobieństwa stwierdzić, że byłby zmuszony do zakończenia swojej działalności w takiej formule. Znajduje to swoje potwierdzenie we wniosku o udzielenie spółce NS2 derogacji w postępowaniu prowadzonym przez niemieckiego regulatora (Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen). Z zawartych w nim twierdzeń NS2 można wnioskować, że bez zaangażowania finansowego wszystkich Założycieli projekt nie mógłby powstać³⁸.

Cechą świadczącą o tym, że dany podmiot jest założycielem wspólnego przedsiębiorcy stanowi również fakt ponoszenia ryzyka ekonomicznego związanego z danym przedsięwzięciem. Założyciele biorą udział w szeregu ryzyk związanych z funkcjonowaniem i powodzeniem działań NS2. Zgodnie z zawartymi umowami finansującymi Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall odpowiedzialne są za zapewnienie odpowiedniej - wynoszącej 950 milionów euro dla każdej ze spółek - części finansowania projektu Nord Stream 2. Samo zaangażowanie w finansowanie danej inwestycji nie przesądza o uzyskaniu statusu założyciela.

Warto przy tym również zaznaczyć, że podstawową działalnością żadnego z ww. podmiotów nie jest działalność w charakterze instytucji finansowej. Przede wszystkim Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall są klientami, a czasem także konkurentami na rynku tego samego szczebla z Gazprom. Fakt, że finansowanie wspólnego przedsiębiorcy jest dokonywane przez uczestników rynku gazu, a nie instytucje finansowe, tym bardziej świadczy o konieczności wystąpienia wspólnych interesów gospodarczych pomiędzy wszystkimi podmiotami. Należy także wskazać, że gdyby nie istniała potrzeba przejęcia ryzyka i odpowiedzialności za finansowanie projektu Nord Stream 2, Gazprom pozyskałby całość finansowania od odpowiednich instytucji finansowych. Zaangażowanie Uniper, Engie, OMV,

³⁸ Załącznik nr 32 do wniosku Nord Stream 2 AG o udzielenie derogacji dla niemieckiej części gazociągu Nord Stream 2 pt. Investment recovery of the Nord Stream 2 pipeline Nord Stream 2 AG, 7th January 2020, s. 11.



Shell oraz Wintershall świadczy zatem o ich znaczącej roli we wspólnym przedsięwzięciu, odmiennej od roli jedynie inwestora finansowego.

Należy także podkreślić fakt ponoszenia przez Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall istotnego ryzyka związanego z ewentualnym nieukończeniem budowy gazociągu NS 2. W obliczu takiego zagrożenia przedstawiciel Uniper wskazywał już na możliwość utraty wartości pożyczki³⁹. Podmiot ten wskazywał również, że nie jest wiadome czy w przypadku niepowodzenia Projektu, Założycielom udałoby się odzyskać kwoty udzielonego finansowania⁴⁰. Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall nie ryzykują jedynie utraty wartości pożyczek, ale również ponoszą ryzyko związane z utratą planowanych dochodów z odsetek. Ryzyko finansowe związane z projektem Nord Stream 2 kwalifikowane jest przez niektórych jako największe indywidualne ryzyko⁴¹,

Jak wskazuje Nord Stream 2 koszty finansowania budowy tego gazociągu są zbliżone do kosztów budowy Nord Stream, gdzie przyjęto model *joint venture* przy istnieniu identycznego wspólnego celu gospodarczego i modelu biznesowego funkcjonowania infrastruktury⁴².

Reasumując, należy uznać, że poprzez podpisanie i przystąpienie do wykonywania umów na finansowanie NS2 doszło do zrealizowania zamiaru koncentracji i utworzenia wspólnego przedsiębiorcy, którego założycielami są z jednej strony Gazprom a z drugiej Uniper, Engie, OMV, Shell oraz Wintershall. Wykazany historyczny zamiar współpracy, którego realizacja zmieniła jedynie formę w związku z zastrzeżeniami Prezesa Urzędu, przyjęcie znacznego stopnia ryzyka związanego z projektem, w tym w szczególności ryzyka finansowego oraz istnienie niewątpliwych wspólnych interesów gospodarczych pomiędzy Założycielami związanych z powstaniem gazociągu NS2, jednoznacznie wskazuje, że założyciele są przedsiębiorcami, którzy utworzyli nowego przedsiębiorcę. Fakt ten potwierdza nasuwający się z przedstawionych dokumentów i wypowiedzi wniosek, że bez udziału Założycieli Nord

³⁹<https://www.spglobal.com/platts/en/market-insights/latest-news/natural-gas/081920-wintershall-dea-confident-nord-stream-2-to-be-commissioned-in-near-future-ceo> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].

⁴⁰ <https://www.reuters.com/article/us-uniper-results-nordstream-2/uniper-may-have-to-write-down-nord-stream-2-loan-if-pipeline-fails-idUSKCN2570M2> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].

⁴¹ <https://www.icis.com/explore/resources/news/2020/08/11/10539803/nord-stream-2-gas-pipe-eu-investors-cry-foul-over-us-sanctions> [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].

⁴² załącznik nr 32 do wniosku Nord Stream 2 AG o udzielenie derogacji dla niemieckiej części gazociągu Nord Stream 2 pt. Investment recovery of the Nord Stream 2 pipeline Nord Stream 2 AG, 7th January 2020, s. 8-9.



Stream 2 nie byłby w stanie funkcjonować i prowadzić projektu budowy gazociągu, a zatem prawdopodobnie w ogóle by nie powstał.

W efekcie działań stron niniejszego postępowania cel *joint venture*, tj. wspólne sfinansowanie budowy NS2, został osiągnięty bez konieczności jego formalnego utworzenia. To z kolei musi prowadzić do wniosku, że w wyniku podpisania umów na finansowanie NS2 doszło do koncentracji. Naruszono zatem przepisy ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, w szczególności art. 13 ust. 1, który stanowi, że zamiar koncentracji spełniającej wskazane w tym przepisie progi podlega obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu. Obowiązek ten dotyczy m.in. utworzenia przez przedsiębiorców wspólnego przedsiębiorcy (art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*). W ocenie organu antymonopolowego, skutki rynkowe będą tożsame zarówno w przypadku utworzenia *joint venture*, jak i podpisania umów finansujących NS2. W związku z tym podpisanie umów na finansowanie NS2 może zostać uznane za o obejście obowiązku uzyskania zgody Prezesa Urzędu na utworzenie *joint venture* odpowiedzialnego za sfinansowanie budowy NS2.

Wszystkie powyższe okoliczności wskazują, że mamy do czynienia ze wspólnym przedsięwzięciem Gazprom, Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall. Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, iż pomimo że spółki z grup kapitałowych Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall nie objęły bezpośrednio udziałów w Nord Stream 2, to skutek ich działań był tożsamy z takim działaniem – tzn. tak jakby takie udziały objęły. Bez ich udziału budowa NS2 przez Gazprom nie byłaby realizowana. W wyniku tych działań doszło zatem do koncentracji, polegającej na utworzeniu wspólnego przedsiębiorcy przez Gazprom, Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall.

Należy zatem uznać, że działania stron wypełniały przesłanki z art. 13 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, tzn. stanowiły utworzenie wspólnego przedsiębiorcy.

Zamiar takiej koncentracji podlega obowiązkowi zgłoszenia Prezesowi Urzędu, jeżeli spełnione są przesłanki wskazane w art. 13 ust. pkt 1 i 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, tzn. łączny obrót przedsiębiorców uczestniczących w koncentracji przekracza 1 mld euro na świecie lub 50 mln euro w Polsce. W tym przypadku obie te przesłanki zostały spełnione. Łączny obrót uczestników koncentracji w roku 2016, tj. w roku poprzedzającym



dokonanie koncentracji znacznie przekroczył zarówno 1 mld euro na świecie jak i 50 mln euro na terytorium Polski.

Ponadto nie mogą zachodzić tzw. przesłanki wyłączające obowiązek zgłoszenia (egzoneracyjne) określone w art. 14 tej ustawy. W ocenie organu antymonopolowego żadna z nich nie znajduje zastosowania w przedmiotowej sprawie.

W przypadku utworzenia wspólnego przedsiębiorcy stosownie do treści art. 94 ust. 2 pkt 3 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* obowiązek zgłoszenia ciąży na wszystkich przedsiębiorcach uczestniczących w tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy. W związku z tym w przedmiotowej sprawie obowiązek ten ciążył na Gazprom, Uniper, ENGIE, OMV, Shell i Wintershall. Przedsiębiorcy zobowiązani do dokonania zgłoszenia zamiaru koncentracji nie dopełnili natomiast tego obowiązku.

Stosownie do treści art. 97 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przedsiębiorcy, których zamiar koncentracji podlega zgłoszeniu, są obowiązani do wstrzymania się od dokonania koncentracji do czasu wydania przez Prezesa Urzędu decyzji lub upływu terminu, w jakim decyzja powinna zostać wydana. W przedmiotowej sprawie koncentracja została dokonana z chwilą podpisania umów na finansowanie NS2. Przedsiębiorcy zaangażowani w finansowanie NS2 nie czekali na uzyskanie zgody przez Prezesa Urzędu.

Skutki rynkowe koncentracji

Wbrew twierdzeniom stron, w ocenie organu antymonopolowego zarówno w przypadku utworzenia *joint venture*, jak i podpisania umów finansujących NS2 doszło do tych samych zagrożeń dla konkurencji, jak opisane w zastrzeżeniach przedstawionych stronom *joint venture* w trakcie umorzonoego postępowania w sprawie koncentracji. W związku z tym należy uwzględnić argumenty podniesione w zastrzeżeniach dotyczące jej negatywnego wpływu na rynek gazu w Polsce. Zasadność uwzględnienia zagrożeń wskazanych na etapie wydawania zastrzeżeń do umorzonoego postępowania w sprawie koncentracji wynika również z faktu, że do zrealizowania tej koncentracji doszło niedługo po wydaniu zastrzeżeń. Były one zatem aktualne w chwili dokonywania koncentracji przez jej uczestników i w ocenie Prezesa Urzędu są również co do zasady aktualne w tej chwili. W zastrzeżeniach tych organ antymonopolowy wskazał na:



niewykorzystywanie w pełni istniejących zdolności przesyłowych przez Gazprom

Całkowite zdolności przesyłowe z Rosji do krajów Unii Europejskiej wynoszą ok. 7929,5 GWh/dzień tj. ok. 274 mld m³ rocznie (ok. 250 mld m³ wg stron). Grupa Gazprom dostarczyła do Europejskiego Obszaru Gospodarczego (EOG) ogółem 127,4 mld m³ gazu w 2014 roku, 152 mld m³ gazu w 2015 roku oraz 157 mld m³ w 2018 roku. Około połowa zdolności przesyłowych nie jest zatem wykorzystywana przez Gazprom. Oddanie do eksploatacji NS2 przyczyni się zatem do dalszego wzrostu nadpodaży mocy transportowych gazu z Rosji. Dodatkowo należy zauważyć, iż w chwili obecnej trwają prace na budowę gazociągu Turkish Stream/Balkan Stream, który zwiększy zdolności przesyłowe z Rosji do krajów Unii Europejskiej o ok. 15,75 mld m³.

znaczenie koncentracji dla wykorzystywania zdolności przesyłowych przez Gazprom

Planowana koncentracja będzie miała zasadnicze znaczenie dla funkcjonowania systemu dostaw gazu do EOG, w tym wykorzystania obecnych zdolności przesyłowych gazu z Rosji. Należy podkreślić, iż Gazprom jest głównym dostawcą gazu do Europy. Pozostałe podmioty uczestniczące w tworzeniu wspólnego przedsiębiorcy to z kolei główni uczestnicy szeroko rozumianego rynku gazu w Europie (działający na różnych szczeblach tego rynku). Współpraca tych podmiotów sprawi, że gazociąg Nord Stream 2 funkcjonował będzie na warunkach odmiennych niż pozostałe gazociągi, którymi sprowadzany jest gaz do EOG, oraz innych niż gdyby gazociąg ten był budowany samodzielnie przez Gazprom.

[tajemnica przedsiębiorstwa]. W takiej sytuacji Gazprom dążyć będzie do tego, by w jak największym stopniu wykorzystywać ten gazociąg. Jeśli - tak jak obecnie - istniały będą istotne nadwyżki mocy przesyłowych, Gazprom będzie przekierowywał strumienie gazu z gazociągów, na których może redukować koszty korzystania z nich. Planowana koncentracja prowadzić więc będzie do preferencyjnego traktowania NS2, a w sytuacji, gdy popyt na gaz nie zwiększy się w stopniu większym niż równy jego przepustowości, doprowadzi do zmniejszenia wykorzystania alternatywnych gazociągów służących do sprowadzania do EOG gazu z Rosji.

Dodatkowo uczestnictwo w projekcie podmiotów o znaczącej pozycji w europejskim rynku gazu jest istotne nie tylko z punktu widzenia finansowego. Zapewnia ono bowiem odbiór



gazu z NS2, gdyż domniemywać można, że nabywcy gazu będący uczestnikami *joint venture* mogą preferować nabywanie gazu dostarczanego NS2, kosztem gazu sprowadzanego innymi gazociągami. Bez ich udziału budowa NS2 przez Gazprom mogłaby być więc bardziej ryzykowna lub wręcz niemożliwa.

możliwość wstrzymania lub ograniczenia przez Gazprom dostaw gazu rurociągiem Jamał

Po wybudowaniu NS2 Gazprom będzie mógł wstrzymać lub ograniczyć dostawy gazu innymi gazociągami łączącymi Rosję z EOG, w tym rurociągiem Jamał (biegnie z Rosji, m.in. przez Polskę do Niemiec). Zarówno NS2 jak i Jamał umożliwiają przesył gazu z Rosji do Niemiec (przy czym Jamał przebiega przez Polskę, natomiast NS2 nie), zaś zdolności przesyłowe NS2 są większe niż Jamału, wobec czego możliwe będzie całkowite przekierowanie tranzytu z tego gazociągu na Nord Stream 2. **[tajemnica przedsiębiorstwa]**.

Skutki ograniczenia lub wyłączenia dostaw przez Polskę a nawet samego pojawienia się takiej możliwości mogą być bardzo istotne dla funkcjonowania rynku gazu w Polsce. Jak wskazano powyżej udział Gazprom w dostawach gazu do Polski znacznie przekracza 40% próg, z którym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej. Po dokonaniu koncentracji i realizacji założonego w niej projektu pozycja Gazpromu wobec nabywców gazu w Polsce jeszcze umocni się. Ponadto, nawet abstrahując od warunków ewentualnych zakupów gazu od Gazpromu, ograniczenie lub wyłączenie tranzytu przez Polskę z wykorzystaniem gazociągu Jamał może wpłynąć zarówno na wzrost cen gazu jak i na zahamowanie rozwoju konkurencji na krajowych rynkach obrotu niższego szczebla.

bezpośrednie skutki zaprzestania tranzytu gazu do Niemiec z wykorzystaniem gazociągu Jamał dla cen na rynku polskim

Samo wstrzymanie lub istotne ograniczenie dostaw gazu na rynek niemiecki przez gazociąg Jamał może bezpośrednio spowodować znaczący wzrost cen gazu na rynku polskim. Potencjalna rezygnacja z tranzytu gazu przez Gazprom do Niemiec przez terytorium Polski za pośrednictwem gazociągu Jamał spowoduje bowiem, że koszty utrzymania tego gazociągu będą w całości pokrywane przez podmioty prowadzące obrót gazem na rynku polskim. Koszty stałe utrzymania tego gazociągu będą musiały zostać pokryte przy mniejszej ilości



przesyłanego nim gazu. Z tego tylko tytułu może nastąpić wzrost kosztów zaopatrzenia rynku krajowego w paliwa gazowe na poziomie ok. 4%.

wpływ koncentracji na pozycję negocjacyjną Gazpromu wobec polskich nabywców gazu

Budowa gazociągu NS2 sprawi, że Gazprom - mogąc zrezygnować z tranzytu gazu ziemnego z wykorzystaniem gazociągu Jamał - uzyska jeszcze silniejszą niż obecnie pozycję negocjacyjną wobec odbiorców gazu w Polsce. Grupa Gazprom, posiadająca już obecnie pozycję dominującą na rynku dostaw gazu wysokiego szczebla, po zakończeniu tranzytu gazociągami Jamał uzyska bowiem dodatkowe możliwości ograniczania źródeł dostaw gazu do Polski.

Wstrzymanie dostaw gazu do Niemiec przez Polskę będzie skutkowało brakiem rewersu wirtualnego w punkcie Mallnow, dzięki któremu możliwe są aktualnie (wirtualne) dostawy do Polski gazu z Niemiec. W przypadku tego rewersu polski nabywca kupuje gaz od niemieckiego dostawcy, ale odbiera go w Polsce z części przesyłanej przez gazociąg Jamał tranzytem do Niemiec. Żeby zatem rewers wirtualny w takim kształcie funkcjonował musi istnieć tranzyt gazu rurociągiem Jamał. Wstrzymanie lub zmniejszenie tranzytu oznacza brak lub ograniczenie dostaw gazu do Polski w ramach rewersu wirtualnego. O tym natomiast, iż taka możliwość jest prawdopodobna świadczy fakt, że po otwarciu gazociągu Nord Stream 1 wolumen gazu przesyłanego przez Ukrainę do innych krajów europejskich zmniejszył się o ok. 40%.

Po drugie kolejną konsekwencją wybudowania i oddania do użytkowania NS2 będzie możliwość zablokowania przez Gazprom rewersu fizycznego (gaz jest fizycznie przesyłany z Niemiec do Polski) w punkcie Mallnow (roczne zdolności na poziomie ok. 5 mld m³). Stać się tak może, jeśli dostawy gazu do Niemiec nie będą realizowane gazociągami Jamał, a jednocześnie istniejąca po stronie niemieckiej infrastruktura zostanie zablokowana w wyniku przyznania priorytetowej alokacji przepustowości na gazociągu Jagal (współkontrolowanego przez Gazprom oraz Wintershall) dla przesyłu do magazynu gazu Katharina w Saksonii (również współkontrolowanego przez Gazprom). Korzystanie z tego gazociągu jest niezbędne dla realizacji fizycznego przesyłu gazu do Polski we wskazanym punkcie, zaś przyznanie priorytetu na nim magazynowi gazu istotnie zredukować będzie zdolności przesyłowe. Oba punkty będą więc konkurować o przepustowość gazociągu Jagal, zaś dodatkowo magazyn Katharina zwiększyć ma swoją pojemność magazynową od obecnych 110 mln m³ do poziomu



600 mln m³ w 2024 r. W takiej sytuacji zdolności przesyłowe w punkcie Mallnow, na połączeniu z siecią niemieckiego operatora Gascade Gastransport GmbH (dalej „Gascade”), w perspektywie najbliższych lat mogą przestać być dostępne do wykorzystania na potrzeby rynku polskiego. Nie bez znaczenia jest także fakt, że zarówno magazyn Katharina, jak i niemiecki operator Gascade, są kontrolowane przez spółki powiązane z Gazpromem.

Powyższe zależności wskazują, że istnieje ryzyko, iż planowana koncentracja i połączenie NS2 do systemu Gascade radykalnie obniży zdolności przesyłowe możliwe do wykorzystania przy zakupie gazu w Niemczech. W tej sytuacji pozycja Gazpromu jako dominującego dostawcy gazu na rynek polski i jedyne dostawcy z kierunku wschodniego ulegnie istotnemu wzmocnieniu, a jego jedyny obecnie kontrahent – PGNiG, chcąc prowadzić działalność w skali porównywaną do obecnej, będzie zmuszony kupować gaz u tego dostawcy. Umocnienie pozycji Gazpromu wobec PGNiG oraz ewentualnych innych polskich odbiorców skutkować może z kolei pogorszeniem się ich pozycji negocjacyjnej i w rezultacie pojawieniem się dodatkowego niebezpieczeństwa narzucania przez Gazprom niekorzystnych warunków umownych w tym wyższych cen gazu.

wpływ ograniczenia dostaw gazu do Polski w ramach rewersu wirtualnego i fizycznego na rozwój konkurencji na rynku polskim

Dla rozwoju konkurencji na polskim rynku gazu zasadnicze znaczenie ma przesył gazu z rynku niemieckiego. Zdolności przesyłowe na połączeniu z Niemcami umożliwiają przesył gazu na poziomie ok. 7 mld m³, co pokrywało ok. 50% krajowego zapotrzebowania w 2015 r. i ok. 40% w 2018 i obszar ten stanowi zasadniczo teoretyczną część rynku, o którą krajowy dominant – PGNiG mógłby rywalizować z alternatywnymi, faktycznymi lub potencjalnymi, dostawcami gazu. Jak jednak wskazano w poprzednim punkcie, uruchomienie NS2 może jednak istotnie ograniczyć dostawy gazu z tego kierunku i zlikwidować dostępność gazu w punkcie Mallnow na zasadach ciągłych zarówno na rewersie wirtualnym jak i fizycznym. Zablokowanie rewersu wirtualnego i fizycznego w punkcie Mallnow spowoduje istotne ograniczenie możliwości sprowadzania do Polski gazu przez konkurentów PGNiG na rynkach obrotu gazem ziemnego na terytorium Polski. Ograniczenie dostępności gazu w punkcie Mallnow może spowodować również wzrost cen gazu dla podmiotów importujących z kierunku zachodniego (wyższe ceny za dostęp do gazociągów, sprzedawcy mogą żądać premii za



gwarancję dostaw gazu). Proces tworzenia konkurencji na rynku polskim zostanie w ten sposób zahamowany, a korzyści wynikające z jej funkcjonowania, w tym niższe ceny dla odbiorców końcowych, nie tylko nie pojawią się, ale znikną dotychczasowe bodźce skłaniające PGNiG do konkurencji cenowej, czyli *ceteris paribus* wzrosną ceny dla ostatecznego odbiorcy gazu.

Należy również zwrócić uwagę, iż pozycja dominująca, którą Gazprom posiada na rynku dostaw wysokiego szczebla gazu w Polsce nie budzi żadnych wątpliwości. Udział Gazpromu w dostawach gazu ziemnego do Polski ciągle znacznie przekracza, 40% z którym ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów wiąże domniemanie posiadania pozycji dominującej (dostaw Gazpromu zaspokajają ok. 50% konsumpcji gazu w Polsce). Takie stanowisko – odnośnie do posiadania pozycji dominującej przez Gazprom - potwierdziła również Komisja Europejska w decyzji z dnia 24 maja 2018 r., dotyczącej postępowania na mocy art. 102 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej („TFUE”) oraz art. 54 Porozumienia o Europejskim Obszarze Gospodarczym („EOG”) w sprawie AT.39816 - Dostawy gazu na rynki wyższego szczebla w Europie Środkowo-Wschodniej („Postępowanie AT.39816”); kończącej Postępowanie AT.39816⁴³. Budowa NS2, istotnie zwiększającego możliwości przesyłu rosyjskiego gazu do krajów Unii Europejskiej, jak wskazano powyżej z pewnością wzmocni tą pozycję.

Reasumując, z informacji zebranych w toku prowadzonego postępowania antymonopolowego w sprawie przedmiotowej koncentracji wynika, że wskutek transakcji dojdzie do istotnego ograniczenia konkurencji w powyżej wskazany sposób.

Sankcje z tytułu dokonania koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu

Zgodnie z treścią art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów sankcją za naruszenie zakazu dokonania koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu może być nałożenie na przedsiębiorcę kary w wysokości do 10% obrotu za rok poprzedzający

⁴³ https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39816/39816_10148_3.pdf str. 10 [dostęp w dniu 28 września 2020 r.].



rok, w którym kara jest nakładana. Kara ta ma charakter fakultatywny i o celowości jej nałożenia oraz wysokości decyduje Prezes Urzędu. Wydając decyzję o nałożeniu kary pieniężnej organ antymonopolowy działa zatem w ramach uznania administracyjnego, co oczywiście nie jest równoznaczne z dowolnością.

Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Sądu Najwyższego nałożenie przez Prezesa Urzędu na przedsiębiorcę kary pieniężnej za niezgłoszenie zamiaru łączenia przedsiębiorców ma charakter uznaniowy i nie jest uzależnione od oceny skutków wpływu łączenia przedsiębiorców na konkurencję⁴⁴. Ponadto jak wskazuje Sąd Antymonopolowy kara pieniężna powinna być na tyle dolegliwa, aby czyniła nieopłacalne ewentualne próby uchylania się w przyszłości przedsiębiorców od poddania się antymonopolowej kontroli połączeń z ich udziałem⁴⁵.

W piśmiennictwie antymonopolowym zwraca się również uwagę, iż Prezes Urzędu nakłada karę pieniężną określoną m.in. w art. 106 ust. 1 ww. ustawy w razie spełnienia wszystkich ustawowych przesłanek zawartych w tym przepisie, włącznie z przesłankami podmiotowymi, tj. w przypadku stwierdzenia, że określone w ww. przepisie naruszenie obejmowało co najmniej nieumyślność⁴⁶.

W ocenie Prezesa Urzędu, zasadnym jest w niniejszej sprawie wymierzenie kary pieniężnej z uwagi na cele prewencji indywidualnej i ogólnej, jak również cel represyjny. Najistotniejsza w tej sprawie jest okoliczność, że Strony nie dokonały notyfikacji Prezesowi Urzędu zamiaru koncentracji, pomimo ciężącego na nich ustawowego obowiązku. Strony, jako profesjonalni uczestnicy obrotu rynkowego, posiadają wiedzę umożliwiającą rozpoznanie swoich działań jako naruszających nakaz ustanowiony w art. 13 ustawy antymonopolowej. W ramach działań zmierzających do utworzenia wspólnego przedsiębiorcy powinny były zatem uwzględniać obowiązek notyfikacyjny, o którym mowa w art. 94 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy.

Zgodnie z art. 111 ust. 1 ustawy antymonopolowej, wysokość nakładanej kary pieniężnej ustalana jest z uwzględnieniem w szczególności okoliczności naruszenia przepisów tej ustawy oraz uprzedniego jej naruszenia, przy czym przy ustalając karę na podstawie m.in.

⁴⁴ Postanowienie SN z dnia 7 lipca 1999 r., I CKN 184/99 (OSNC 2000/2/33) oraz z dnia 22 marca 2001 r. I CKN 1127/98. Wyrok Sądu antymonopolowego z dnia 4 lutego 1998 r., XVII Ama 66/97.

⁴⁵ Wyrok Sądu Antymonopolowego z dnia 4 lutego 1998 r., XVII Ama 66/97.

⁴⁶ M. Król – Bogomilska, *Kary pieniężne w prawie antymonopolowym*, Warszawa 2001, s. 88.



art. 106 ust. 1 Prezes Urzędu bierze pod uwagę okres, stopień oraz skutki rynkowe naruszenia przepisów ustawy, przy czym stopień naruszenia Prezes Urzędu ocenia biorąc pod uwagę okoliczności dotyczące natury naruszenia, działalności przedsiębiorcy, która stanowiła przedmiot naruszenia oraz specyfiki rynku, na którym doszło do naruszenia.

Skutki rynkowe naruszenia przepisów zostały wskazane i opisane powyżej. Koncentracja wywrze negatywny wpływ na konkurencję na szeroko rozumiany rynek gazu ziemnego w Polsce, który odgrywa istotną rolę dla całej gospodarki. Ponadto okoliczności sprawy wskazują, że strony celowo dokonały tej koncentracji bez zgody Prezesa Urzędu. Co więcej zrobiły to, pomimo wydanych wcześniej zastrzeżeń Prezesa Urzędu wobec tej koncentracji. Okoliczności te w ocenie organu antymonopolowego przemawiają zatem za nałożeniem wysokiej kary.

Ponadto stosownie do treści art. 111 ust. 2 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*, ustalając wysokość kar pieniężnych Prezes Urzędu bierze pod uwagę okoliczności łagodzące lub obciążające, które wystąpiły w sprawie.

Okoliczności łagodzące określa art. 111. ust. 3 pkt 4) ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Są nimi w szczególności poinformowanie Prezesa Urzędu o dokonaniu koncentracji oraz współpraca z Prezesem Urzędu w toku postępowania, w szczególności przyczynienie się do szybkiego i sprawnego przeprowadzenia postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe należy wskazać, iż żaden z uczestników koncentracji nie poinformował Prezesa Urzędu o dokonaniu koncentracji. Wiedzę tę organ antymonopolowy pozyskał z innych źródeł (medialnych). Współpraca w toku postępowania nie wykraczała natomiast poza normalne ramy, przy czym dwóch przedsiębiorców, tj. Engie oraz Gazprom, odmówiło przekazania żądanych przez Prezesa Urzędu informacji.

Wobec powyższego należy stwierdzić, iż wobec niewystępowania okoliczności łagodzących brak jest podstaw do zmniejszenia wysokości kary.

Z kolei okolicznościami obciążającymi stosownie do treści art. 111. ust. 4 pkt 4) ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* są w przypadku niezgłoszenia zamiaru koncentracji dokonanie uprzednio podobnego naruszenia oraz umyślność naruszenia.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że żaden z uczestników koncentracji nie został uprzednio ukarany przez Prezesa Urzędu za podobne naruszenie to jest za dokonanie



koncentracji bez uzyskania zgody Prezesa Urzędu. Tym samym ta przesłanka nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie.

Odnosząc się natomiast do kwestii umyślności naruszenia należy wskazać, że z umyślnością mamy do czynienia w sytuacji, kiedy naruszcyciel ma zamiar popełnić zabroniony czyn, tzn. chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi. W przedmiotowej sprawie strony koncentracji miały pełną świadomość, że nie otrzymały zgody Prezesa Urzędu na jej dokonanie, a pomimo to ją zrealizowały. Co więcej, uczyniły to pomimo otrzymanych wcześniej zastrzeżeń Prezesa Urzędu (wskazujących szczegółowo na negatywne skutki tej koncentracji na polski rynek szeroko rozumianego gazu ziemnego) - w stosunku do tej koncentracji. Należy zatem uznać, iż naruszenie przepisów ustawy w tym zakresie miało charakter umyślny.

Strony mając obowiązek przestrzegania przepisów prawa powszechnie obowiązującego zaniechały dokonania obowiązkowej notyfikacji. Co więcej, powody braku notyfikacji leżą całkowicie po stronie Stron. To wyłącznie na nich ciążył obowiązek notyfikacji i tylko od nich zależało jego wypełnienie. Strony mogły dokonać zgłoszenia zamiaru koncentracji, ale samodzielnie i bez udziału osób trzecich zaniechały wypełnienia tego obowiązku. Brak notyfikacji zamiaru koncentracji przez Strony godził także w podstawy systemu antymonopolowej kontroli koncentracji i uniemożliwił Prezesowi Urzędu wykonanie jego ustawowego obowiązku w postaci oceny zamierzonej koncentracji z przepisami ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*.

Istotne znaczenie ma również fakt, że strony pierwotnie zgłosiły zamiar koncentracji. Po otrzymaniu zastrzeżeń postanowiły go jednak wycofać. Nie zrezygnowały jednak z zamiaru dokonania koncentracji i zamiar ten zrealizowały w innej formie. Świadczy to o tym, że strony doskonale zdawały sobie sprawę z istnienia przepisów dotyczących obowiązku zgłoszenia zamiaru koncentracji.

Oceniając z kolei stopień naruszenia przepisów ustawy należy uznać, że był on istotny. Już samo niezgłoszenie zamiaru koncentracji jest istotnym naruszeniem przepisów ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów*. Obowiązek zgłaszania przez przedsiębiorców zamiaru koncentracji Prezesowi Urzędu ma mu pozwolić na ich ocenę *ex ante* i zapobiegać antykonkurencyjnym koncentracjom, których skutkiem byłoby doprowadzenie do istotnego ograniczenia konkurencji na rynku. Obowiązek ten chroni zatem przed powstawaniem



niekorzystnych struktur rynkowych, wpływających negatywnie na konkurentów i kontrahentów uczestników transakcji, a także konsumentów. W toku postępowania stwierdzono natomiast, że dokonana koncentracja doprowadzi do istotnego ograniczenia konkurencji na szeroko rozumianym rynku gazu w Polsce. Podkreślić należy, że szeroko rozumiany rynek gazu w Polsce stanowi bardzo ważny sektor gospodarki i jest szczególnie istotny, w szczególności z punktu widzenia odbiorców końcowych gazu jak również bezpieczeństwa państwa.

Mając na uwadze powyższe Prezes Urzędu uznał, że waga i okoliczności naruszenia ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* przesądzają o zasadności nałożenia na Gazprom kary pieniężnej w wysokości **29 075 726 808 zł** (słownie: dwadzieścia dziewięć miliardów siedemdziesiąt pięć milionów siedemset dwadzieścia sześć tysięcy osiemset osiem złotych). Obroty spółki w roku 2019 r. wyniosły 68 276 921 000 Euro, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógł nałożyć na tę Spółkę wynosi **29 075 726 808 zł**.

Podobnie te same okoliczności przemawiają za nałożeniem na Uniper kary pieniężnej w wysokości **29 913 407 zł** (słownie: dwadzieścia dziewięć milionów dziewięćset trzysta tysięcy czterysta siedem złotych). Obroty spółki w roku 2019 r. wyniosły *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógł nałożyć na tę Spółkę wynosi **29 913 407 zł**.

Podobnie te same okoliczności przemawiają za nałożeniem na Engie kary pieniężnej w wysokości **55 513 793 zł** (słownie: pięćdziesiąt pięć milionów pięćset trzysta tysięcy siedemset dziewięćdziesiąt trzy złote). Obrót tej spółki w roku 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógł nałożyć na tę spółkę wynosi **55 513 793 zł**.

Podobnie te same okoliczności przemawiają za nałożeniem na OMV kary pieniężnej w wysokości **87 748 906 zł** (słownie: osiemdziesiąt siedem milionów siedemset czterdzieści osiem tysięcy dziewięćset sześć złotych). Obrót tej spółki w roku 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógł nałożyć na tę spółkę wynosi **87 748 906 zł**.

Podobnie te same okoliczności przemawiają za nałożeniem na Shell kary pieniężnej w wysokości **30 220 135 zł** (słownie: trzydzieści milionów dwieście dwadzieścia tysięcy sto



trzydzieści pięć złotych). Obrót tej spółki w roku 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógł nałożyć na tę spółkę wynosi **30 220 135 zł**.

Podobnie te same okoliczności przemawiają za nałożeniem na Wintershall kary pieniężnej w wysokości **30 785 804 zł** (słownie: trzydzieści milionów siedemset osiemdziesiąt pięć tysięcy osiemset cztery złote). Obrót tej spółki w roku 2019 r. wyniósł *[tajemnica przedsiębiorstwa]*, zatem kara maksymalna, którą Prezes Urzędu mógł nałożyć na tę spółkę wynosi **30 785 804 zł**.

Nałożone przez Prezesa Urzędu na Wspólników kary pieniężne, stanowiące 10% obrotu osiągniętego przez każdego z nich w roku rozliczeniowym poprzedzającym rok nałożenia kary i 100% maksymalnej wysokości kary przewidzianej w art. 106 ust. 1 pkt 3 ustawy o ochronie konkurencji mają charakter represyjny i prewencyjny. Mają nakłonić zarówno strony do realizowania zobowiązań wobec Prezesa Urzędu, wynikających z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów w przyszłości jak i zniechęcić w przyszłości inne podmioty do podobnych zachowań.

Mając na uwadze powyżej wskazane okoliczności Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt I sentencji decyzji.

W przypadku niezgłoszenia zamiaru koncentracji, Prezes Urzędu – oprócz sankcji *stricte* finansowych - może zastosować również sankcje przewidziane w art. 21 ust. 2 ustawy antymonopolowej, dające możliwość przywrócenia stanu sprzed dokonania koncentracji.

Prezes Urzędu – biorąc pod uwagę negatywne skutki tej koncentracji na szeroko rozumianym rynku gazu w Polsce - postanowił wykorzystać uprawnienia przewidziane w art. 21 ust. 2 ustawy antymonopolowej. Stosownie do treści tego przepisu, jeżeli, koncentracja została już dokonana, a przywrócenie konkurencji na rynku nie jest możliwe w inny sposób, Prezes Urzędu może, w drodze decyzji, określając termin jej wykonania na warunkach określonych w decyzji, nakazać w szczególności:

- podział połączonego przedsiębiorcy na warunkach określonych w decyzji;
- zbycie całości lub części majątku przedsiębiorcy;



- zbycie udziałów lub akcji zapewniających kontrolę nad przedsiębiorcą lub przedsiębiorcami lub rozwiązanie spółki, nad którą przedsiębiorcy sprawują wspólną kontrolę.

Powyższe środki Prezes Urzędu może zastosować zarówno w przypadku, kiedy decyzje Prezesa Urzędu w sprawach koncentracji zostały oparte na niezetelnych informacjach, za które są odpowiedzialni przedsiębiorcy uczestniczący w koncentracji, lub jeżeli przedsiębiorcy nie spełniają warunków nałożonych przez Prezesa na podstawie art. 19 ust. 2 i 3 (art. 21 ust. 1 ustawy antymonopolowej), jak również w przypadku niezgłoszenia zamiaru koncentracji (art. 21 ust. 4 ustawy antymonopolowej) z czym mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie.

Należy zwrócić również uwagę, że rozwiązania wskazane w ww. art. 21 ust. 2 ustawy antymonopolowej są jedynie przykładowe, na co wskazuje zwrot w szczególności. W związku z tym Prezes Urzędu może również zastosować inne środki, w zależności od charakteru danej sprawy, które doprowadzą do przywrócenie konkurencji na rynku.

W niniejszej sprawie Prezes Urzędu postanowił nakazać stronom rozwiązanie umów zawartych na finansowanie NS2. W ocenie Prezesa Urzędu pozwoli to na przywrócenie stanu sprzed dokonania koncentracji. Zdaniem Prezesa Urzędu, biorąc pod uwagę jej negatywny wpływ na szeroko rozumiany rynek gazu w Polsce, specyfikę sprawy i fakt, że do dokonania koncentracji doszło w wyniku zawarcia umów na finansowanie NS2, przywrócenie konkurencji możliwe jest wyłącznie poprzez nakazanie stronom rozwiązania tych umów. Jednocześnie Prezes Urzędu postanowił dać stronom 30 dni od dnia doręczenia niniejszej decyzji na realizację nałożonego obowiązku. W ocenie Prezesa Urzędu jest to wystarczający termin, żeby rozwiązać ww. umowy.

Mając na uwadze powyżej wskazane okoliczności faktyczne i prawne Prezes Urzędu orzekł, jak w pkt II sentencji decyzji.

Zgodnie z art. 112 ust. 3 ustawy antymonopolowej karę pieniężną należy uiścić w terminie 14 dni od dnia uprawomocnienia się decyzji na konto Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – NBP O/O Warszawa 51 1010 1010 0078 7822 3100 0000.

Pouczenie:

Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
pl. Powstańców Warszawy 1 < 00-950 Warszawa



tel. 22 55 60 122 < faks 22 827 97 23
dtk@uokik.gov.pl < www.uokik.gov.pl

Zgodnie z art. 81 ust. 1 ustawy *o ochronie konkurencji i konsumentów* w związku z art. 479²⁸ § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (j.t. Dz. U. z 2019 r., poz. 1460 ze zm.) – od niniejszej decyzji przysługuje odwołanie do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów – za pośrednictwem Prezesa Urzędu w terminie miesiąca od dnia jej doręczenia.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 9 w związku z art. 32 ust. 1 ustawy z dnia 28 lipca 2005 r. o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (j.t. Dz. U. z 2020 r., poz. 755), odwołanie od decyzji Prezesa Urzędu podlega opłacie stałej w kwocie 1000 zł.

Zgodnie z art. 103 ust. 1 i 2 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych sąd może przyznać zwolnienie od kosztów sądowych osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej niebędącej osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, jeżeli wykazała, że nie ma dostatecznych środków na ich uiszczenie, spółka handlowa powinna wykazać także, że jej wspólnicy albo akcjonariusze nie mają dostatecznych środków na zwiększenie majątku spółki lub udzielenie spółce pożyczki.

Zgodnie z art. 105 ust. 1 zd.1 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych, wniosek o przyznanie zwolnienia od kosztów sądowych należy zgłosić na piśmie lub ustnie do protokołu w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

Stosownie do treści art. 117 § 1, § 3 i § 4 Kodeksu postępowania cywilnego strona zwolniona przez sąd od kosztów sądowych w całości lub części, może domagać się ustanowienia adwokata lub radcy prawnego. Osoba prawna lub inna jednostka organizacyjna, której ustawa przyznaje zdolność sądową, niezwolniona przez sąd od kosztów sądowych, może się domagać ustanowienia adwokata lub radcy prawnego, jeżeli wykaże, że nie ma dostatecznych środków na poniesienie kosztów wynagrodzenia adwokata lub radcy prawnego. Wniosek o ustanowienie adwokata lub radcy prawnego strona zgłasza wraz z wnioskiem o zwolnienie od kosztów sądowych lub osobno, na piśmie lub ustnie do protokołu, w sądzie, w którym sprawa ma być wytoczona lub już się toczy.

PREZES
URZĘDU
OCHRONY KONKURENCJI I KONSUMENTÓW
Tomasz Chróstny



Otrzymują:

1. **PJSC Gazprom**, Federacja Rosyjska
2. **Uniper Gas Transportation & Finance B.V.**, Holandia
3. **Engie Energy Management Holding Switzerland AG**, Szwajcaria
4. **OMV Gas Marketing Trading & Finance B.V.**, Holandia
5. **Wintershall Dea Nederland Transport and Trading B.V.**, Holandia
6. **Shell Exploration and production (LXXI) B.V.**, Holandia
7. a/a

