

Dr Marek Jaśkowski

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie

ORCID: 0000-0001-6598-810X

e-mail: m.jaskowski@uksw.edu.pl

Implikacje art. 3 rozporządzenia UE 2019/452 dla prawa polskiego¹

Consequences of Article 3 of EU Regulation 2019/452 for Polish Law

Streszczenie

Warunki, jakim mają odpowiadać mechanizmy filtrowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych stosowane przez państwa członkowskie UE, zostały określone w art. 3 rozporządzenia UE 2019/452 ustanawiającego ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii. Celem artykułu jest przeanalizowanie konsekwencji tego przepisu dla prawa polskiego ze szczególnym uwzględnieniem ewentualnej konieczności interwencji ustawodawcy w celu zapewnienia pełnej jego skuteczności. Analizie zostały poddane następujące wymogi: zakaz dyskryminacji, przejrzystość, odpowiednie ramy czasowe, ochrona informacji poufnych, zapewnienie prawa do odwołania oraz przeciwdziałanie obchodzeniu mechanizmu monitorowania. Przeprowadzona ocena prowadzi do wniosku, że wejście w życie art. 3 rozporządzenia nie pociąga za sobą konieczności zmian w ustawodawstwie polskim.

Słowa kluczowe: monitorowanie bezpośrednich inwestycji zagranicznych, rozporządzenie UE 2019/452, ustawa o kontroli niektórych inwestycji, ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa

Abstract

The conditions for mechanisms of screening of foreign direct investments employed by EU Member States are set out in Article 3 of EU Regulation 2019/452 establishing a framework for the screening of foreign direct investments into the Union. The purpose of the article is to assess the consequences of this provision for Polish law, with particular emphasis on the possible need for legislative intervention to ensure its full effectiveness. The following requirements have been taken into consideration: non-discrimination, transparency, appropriate timeframes, protection of confidential information, ensuring the right of recourse, preventing circumvention of the screening mechanism. The analysis leads to a conclusion that the entry into force of Article 3 of Regulation 2019/452 does not require Polish legislation to be amended.

Keywords: foreign direct investment screening, EU Regulation 2019/452, Law on control of certain investments, protection of business secrets

JEL: F210, F520, K330

Wprowadzenie

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z 19.03.2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii² (zwane w dalszej części opracowania „rozporządzeniem”) stanowi m.in., że państwa członkowskie mogą utrzymywać, zmieniać lub przyjmować mechanizmy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych (dalej jako BIZ) (art. 3 ust. 1 rozporządzenia). Określa również ramy monitorowania przez państwa członkowskie BIZ w Unii ze względów bezpieczeństwa lub porządku publicznego, a także mechanizmy współpracy w tym zakresie pomiędzy państwami członkowskimi

oraz pomiędzy państwami członkowskimi a Komisją Europejską. Szczegółowe warunki, jakim mają odpowiadać mechanizmy monitorowania w państwach członkowskich, zostały określone w art. 3 rozporządzenia i są stosowane od 11.10.2020 r. Przedmiotem niniejszego artykułu są implikacje tego przepisu dla prawa polskiego w zakresie przeprowadzania kontroli inwestycji. Poza zakresem zainteresowania pozostaje natomiast spór co do tego, w jakim zakresie uprawnienia państw członkowskich do filtrowania inwestycji z państw trzecich wynikają z samych traktatów unijnych i czy przyjęcie rozporządzenia rzeczywiście miało w tym zakresie tak przełomowy charakter. Artykuł nie obejmuje również analizy ewentualnych konsekwencji wynikających z innych, poza art. 3, przepisów rozporządzenia.

W uzasadnieniu projektu rozporządzenia³ Komisja podkreśliła, że „dopilnowała, by było ono zgodne z najlepszymi praktykami OECD zawartymi w wytycznych tej organizacji dotyczących polityki inwestycyjnej państwa przyjmującego w zakresie bezpieczeństwa narodowego”. Należy uznać, że chodzi tu przede wszystkim o zalecenie Rady OECD z 25.05.2009 r. zawierające wytyczne dotyczące polityki kontroli inwestycji przez państwa docelowe z uwagi na wymogi bezpieczeństwa narodowego⁴, zwane dalej „wytycznymi OECD”. Zalecenie przewiduje przede wszystkim, że przy wprowadzaniu polityk inwestycyjnych (w tym środków) mających na celu ochronę bezpieczeństwa narodowego rządy powinny kierować się zasadami niedyskryminacji, przejrzystości polityk i przewidywalności rezultatów, proporcjonalności środków i kontroli (*accountability*) organów wdrażających, zgodnie z załączonymi do zalecenia wytycznymi. Zakres przedmiotowy art. 3 w znacznym stopniu pokrywa się z zakresem wytycznych, toteż ich treść należy uwzględnić przy jego interpretacji.

Ponadto, dokonując oceny konsekwencji wynikających z art. 3 rozporządzenia, należy mieć świadomość, że przepis ten stosuje się bez uszczerbku dla ostatniego zdania art. 4 ust. 2 TUE (bezpieczeństwo narodowe pozostaje w zakresie wyłącznej odpowiedzialności każdego państwa członkowskiego) oraz art. 346 TFUE (ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa), co znajduje potwierdzenie w art. 1 ust. 2 rozporządzenia.

Niniejszy artykuł w znacznym stopniu odwołuje się do treści ustawy z 24.07.2015 r. o kontroli niektórych inwestycji⁵ (dalej jako u.k.n.i.). Obejmuje ona transakcje skutkujące nabyciem lub osiągnięciem istotnego uczestnictwa albo nabyciem dominacji nad spółką będącą podmiotem podlegającym ochronie. Przez to ostatnie pojęcie rozumie się podmiot umieszczony w wykazie sporządzonym przez Radę Ministrów na podstawie art. 4 ust. 2 u.k.n.i. Obecnie wykaz obejmuje 9 podmiotów i jest zawarty w rozporządzeniu Rady Ministrów z 23.12.2019 r. w sprawie wykazu podmiotów podlegających ochronie oraz właściwych dla nich organów kontroli⁶. Określone w ten sposób transakcje mogą zostać dokonane pod warunkiem braku zgłoszenia sprzeciwu przez właściwy organ, którym jest — w zależności od zakresu przedmiotowego działalności podmiotu podlegającego ochronie — minister właściwy do spraw aktywów państwowych, Minister Obrony Narodowej lub minister właściwy do spraw gospodarki morskiej.

Analiza wymogów wynikających z art. 3 rozporządzenia 2019/452 i ich implikacji dla prawa polskiego

Zakaz dyskryminacji

Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia przewiduje m.in., że przepisy i procedury dotyczące mechanizmów monitorowania nie mogą wprowadzać dyskryminacji między państwami trzecimi. U.k.n.i. spełnia ten wymóg, ponieważ nie różnicuje statu-

su inwestorów pod kątem państwa ich pochodzenia. Nie oznacza to natomiast — i nie należy w ten sposób interpretować art. 3 ust. 2 rozporządzenia — że pochodzenie inwestycji z określonego państwa nie może być brane pod uwagę jako jeden z elementów przesądzających o tym, że inwestycja może zostać uznana za zagrożenie dla bezpieczeństwa (obok innych okoliczności, takich jak polityka prowadzona przez państwo pochodzenia inwestora, jego ewentualna zależność od władz państwowych, finansowanie przez państwo pochodzenia lub uczestniczenie w realizowaniu polityki tego państwa).

Źródeł zakazu dyskryminacyjnego traktowania możemy doszukiwać się w międzynarodowych porozumieniach wiążących UE i/lub państwa członkowskie, w szczególności w (1) Układzie ogólnym w sprawie handlu usługami (dalej jako GATS) i w (2) Kodeksie liberalizacji przepływów kapitałowych OECD (dalej jako „Kodeks”), z uwzględnieniem wytycznych OECD z 2009 r. Ponadto wymóg równego traktowania wynika z (3) samego prawa UE, z jego zasad ogólnych i z unijnych regulacji dotyczących swobody przepływu kapitału. Każde z tych źródeł dopuszcza odmienne traktowanie, jeżeli jest ono uzasadnione koniecznością ochrony bezpieczeństwa.

Ad (1). Jak wskazano w motywie 35 rozporządzenia, musi ono być wdrażane zgodnie ze zobowiązaniami UE i państw członkowskich podjętymi na podstawie umów handlowych i inwestycyjnych, których stronami są Unia lub państwa członkowskie. W szczególności motyw 35 rozporządzenia wskazuje na artykuły XIV lit. a i art. XIV bis GATS. Należy tu zwrócić uwagę, że — zgodnie z art. XXVIII GATS — środki stosowane przez państwo-członka oddziałujące na handel usługami obejmują środki odnoszące się m.in. do obecności obejmującej obecność handlową osób z jednego państwa-członka w celu świadczenia usługi na terytorium innego państwa-członka. Obecność handlowa obejmuje natomiast jakiegokolwiek rodzaj działalności gospodarczej lub profesjonalnej, włączając w to zarówno ustanowienie, nabycie lub utrzymywanie osoby prawnej, jak i tworzenie lub utrzymywanie oddziału albo przedstawicielstwa w celu świadczenia usługi na terytorium państwa-członka. W tym zakresie postanowienia GATS dotyczą więc również możliwości dokonywania BIZ.

Artykuł XIV GATS dopuszcza przyjmowanie i wdrażanie środków koniecznych m.in. ze względu na ochronę porządku publicznego. Należy jednak zaznaczyć, że — jak wynika z przypisu 5 GATS — powołanie się na tę klauzulę jest dopuszczalne tylko w sytuacji, w której istnieje rzeczywiste i wystarczająco poważne zagrożenie dla jednego z podstawowych interesów społecznych. Stosowanie tego rodzaju środków przez państwo członkowskie nie może stanowić działania o charakterze „arbitralnej” lub „nieuzasadnionej” dyskryminacji między państwami, w których panują podobne warunki. Przepis ten dopuszcza więc odmienne traktowanie niektórych państw, jeżeli z punktu widzenia wprowadzonych ograniczeń takie odmienne traktowanie nie ma charakteru „arbitralnego” ani „nieuzasadnionej”⁷. Tym bardziej podejście takie byłoby dopuszczalne na podstawie artykułu XIV bis ust. 1 lit. b GATS. Przepis ten przewiduje, że żadne

z postanowień GATS nie stoi na przeszkodzie podejmowaniu przez państwa członkowskie m.in. działań, które uzna ono za niezbędne dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa w zakresie wskazanym w tym przepisie.

Ad (2). Artykuł 9 Kodeksu zakazuje dyskryminacji innych państw członkowskich w zakresie upoważniania do zawarcia i wykonania transakcji określonych w załączniku A (w tym inwestycji bezpośrednich), które zostały poddane liberalizacji. Jednocześnie art. 3 Kodeksu przewiduje, że żadne z jego postanowień nie uniemożliwia państwom członkowskim podejmowania działań niezbędnych m.in. z uwagi na utrzymanie porządku publicznego, ochronę bezpieczeństwa publicznego (ang. *public safety*) oraz podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

Punkt 1 wytycznych OECD zasadniczo wymaga stosowania aktów o charakterze generalnym, które przewidują podobne traktowanie inwestorów znajdujących się w podobnych sytuacjach. Dopuszcza się jednak podejmowanie szczególnych środków wobec konkretnych inwestycji, jeżeli byłoby to konieczne z uwagi na towarzyszące im szczególne okoliczności stwarzające ryzyko dla bezpieczeństwa narodowego.

Ad (3). Jeżeli chodzi o prawo UE, w uzasadnieniu rozporządzenia Komisja Europejska zaznaczyła, że BIZ stanowią przepływ kapitału w rozumieniu art. 63 TFUE, oraz że wymóg niedyskryminacji (w tym przypadku — między inwestycjami z różnych państw spoza UE) wynika z zasad ogólnych prawa UE. Jednocześnie Komisja zauważyła, że ograniczenia w swobodnym przepływie kapitału mogą być uzasadnione, jeśli są proporcjonalne i konieczne do osiągnięcia celów określonych w Traktacie, w tym ze względów bezpieczeństwa publicznego i porządku publicznego (art. 65 TFUE) lub są motywowane nadrzędnymi względami interesu ogólnego. Dotyczy to również odstępstwa od wymogu równego traktowania, które może zostać uznane za zgodne z postanowieniami TFUE w kwestii swobodnego przepływu kapitału jedynie wtedy, gdy odnosi się ono do sytuacji, które nie są obiektywnie porównywalne, lub gdy jest ono uzasadnione nadrzędnymi względami interesu ogólnego⁸. Jeżeli więc nawet zgodzimy się z Komisją Europejską, że do BIZ należy stosować przepisy dotyczące swobodnego przepływu kapitału⁹, to w uzasadnionych przypadkach nie uniemożliwiają one odmiennego traktowania inwestycji z niektórych państw pozajunijnych.

Przejrzystość

Artykuł 3 ust. 2 rozporządzenia wymaga również, aby mechanizmy monitorowania w państwach członkowskich były „przejrzyste”. W szczególności państwa członkowskie mają określić okoliczności powodujące wszczęcie monitorowania, przyczyny monitorowania oraz mające zastosowanie szczegółowe zasady proceduralne.

U.k.n.i. wraz z rozporządzeniem Rady Ministrów w sprawie wykazu podmiotów podlegających ochronie oraz właściwych dla nich organów kontroli określają podmioty podlegające ochronie (rozporządzenie), transakcje podlegające kontroli (art. 1 pkt 1 u.k.n.i.), cel kontroli (art. 2 u.k.n.i.), materialne

podstawy zgłoszenia sprzeciwu (art. 11 ust. 1 pkt 2 u.k.n.i.), a także procedurę. Wskazane tu wymogi wynikające z unijnego rozporządzenia są więc spełnione (aczkolwiek określenie „przejrzystość” nie jest pierwszym skojarzeniem, które pojawia się przy lekturze wyjaśnienia pojęć nabycia lub osiągnięcia istotnego uczestnictwa (art. 3 ust. 4 do 8 u.k.n.i.)).

Ramy czasowe

Zgodnie z art. 3 ust. 2 rozporządzenia krajowe przepisy dotyczące monitorowania BIZ powinny określać ramy czasowe procedur monitorowania. Ponadto, zgodnie z art. 3 ust. 3 rozporządzenia, terminy powinny być określone w taki sposób, aby umożliwić uwzględnienie uwag zgłoszonych w odniesieniu do monitorowanej inwestycji przez pozostałe państwa członkowskie, a także opinii Komisji. W artykule 6 rozporządzenia wskazuje okresy, jakimi dysponują te podmioty na dokonanie powyższych czynności. W podstawowym wariancie jest to 35 dni (kalendarzowych), przy czym termin biegnie od otrzymania przez inne państwa członkowskie lub Komisję informacji o objęciu danej BIZ monitorowaniem. Natomiast w przypadku, w którym państwa członkowskie lub Komisja wystąpiły do monitorującego państwa członkowskiego o przedstawienie dodatkowych informacji (na co mają 15 dni), termin na złożenie przez nie uwag/opinii upływa po 20 dniach kalendarzowych od otrzymania dodatkowych informacji (lub powiadomienia o tym, że państwo monitorujące nie jest w stanie przedstawić żądanych informacji). Dodatkowo, jeżeli Komisja zamierza wydać opinię w następstwie uwag przedstawionych przez pozostałe państwa członkowskie, może to zrobić nie później niż w ciągu 5 dni kalendarzowych po upływie wskazanych wyżej terminów.

Zważywszy na treść art. 6 ust. 9 jak również art. 8 ust. 2 lit. c rozporządzenia należy uznać, że decyzja państwa monitorującego nie może w zasadzie zostać podjęta przed upłynięciem wskazanych wyżej terminów, o ile państwa członkowskie (Komisja) zgłosiły zamiar przekazania uwag (opinii) zgodnie z art. 6 ust. 6 rozporządzenia. Podjęcie przez państwo członkowskie decyzji w sprawie monitorowanej inwestycji może wyjątkowo nastąpić przed upływem tych terminów, jednak natychmiastowe działanie musi być uzasadnione koniecznością ochrony bezpieczeństwa lub porządku publicznego. W takim przypadku państwo członkowskie powinno powiadomić o swoim zamiarze pozostałe państwa członkowskie i Komisję, które dokładają starań, by bezzwłocznie przedstawić uwagi lub wydać opinię (art. 6 ust. 8 rozporządzenia).

W świetle regulacji zawartych w art. 6 rozporządzenia trudno jednoznacznie określić, ile dni ostatecznie może zająć cała procedura przedłożenia uwag/opinii. W przypadku zwrócenia się o dodatkowe informacje w trybie art. 6 ust. 6 rozporządzenia niewiadomą pozostaje bowiem okres, w jakim monitorujące państwo członkowskie udzieli odpowiedzi. Jeżeli będzie ono w posiadaniu żądanych informacji, będzie mogło przesłać je bezzwłocznie. W przeciwnym jednak przypadku państwo członkowskie powinno zwrócić się zgodnie z art. 9 ust. 4 rozporządzenia do inwestora zagranicznego lub

przedsiębiorstwa, którego inwestycja dotyczy. Podmioty te powinny udzielić informacji „bez zbędnej zwłoki”.

Jak w świetle powyższych ustaleń należy ocenić regulację zawartą w u.k.n.i.? Stosownie do jej art. 9 ust. 5 decyzja w sprawie wszczętej zgodnie z ust. 1 jest wydawana nie później niż w terminie 90 dni od dnia otrzymania zawiadomienia albo wszczęcia postępowania z urzędu. Należy uznać, że jest to termin, który umożliwia uwzględnienie uwag/opinii, o których mowa w rozporządzeniu, przedłożonych w określonych tam ramach czasowych. Jeżeli chodzi ewentualną konieczność zwrócenia się przez właściwy polski organ z wnioskiem o udzielenie informacji zgodnie art. 9 ust. 4 rozporządzenia, należy zauważyć, że bieg 90-dniowego terminu określonego w art. 9 ust. 5 u.k.n.i. ulega zawieszeniu w okresie przeznaczonym na uzupełnienie informacji przez zainteresowany podmiot w trybie art. 9 ust. 2 lub ust. 3 u.k.n.i. Jednocześnie porównanie zakresu informacji wymaganych na podstawie u.k.n.i. i na podstawie rozporządzenia prowadzi do wniosku, że organ, który dysponuje informacjami wymaganymi zgodnie z art. 6 ust. 1 u.k.n.i., będzie w stanie udzielić informacji zgodnie z art. 9 ust. 2 rozporządzenia. W konsekwencji należy uznać, że przepisy u.k.n.i. czynią zadość wymogowi określonemu w art. 3 ust. 3 rozporządzenia.

Ochrona informacji poufnych

Artykuł 3 ust. 4 rozporządzenia wymaga, aby informacje poufne, w tym „szczególnie chronione” informacje handlowe (*commercially-sensitive information*), udostępnione państwu członkowskiemu prowadzącemu monitorowanie, podlegały ochronie. Inne artykuły rozporządzenia zawierają regulacje dotyczące informacji poufnych/tajnych (art. 10) oraz danych osobowych (art. 14). Te przepisy nie stanowią jednak przedmiotu analizy w niniejszej publikacji.

Ochrona na podstawie Kodeksu postępowania administracyjnego. U.k.n.i. nie zawiera przepisów dotyczących ochrony informacji handlowych stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. W szczególności w ustawie tej nie zastosowano rozwiązania znanego m.in. z art. 207 ust. 1 ustawy — Prawo telekomunikacyjne, zgodnie z którym „w postępowaniach prowadzonych na podstawie ustawy Prezes UKE, w drodze postanowienia, może ograniczyć pozostałym stronom prawo wglądu do materiału dowodowego, jeżeli udostępnienie tego materiału grozi ujawnieniem tajemnicy przedsiębiorstwa lub innych tajemnic prawnie chronionych”. Należy w związku z tym sprawdzić, czy ochrona tego rodzaju informacji nie wynika z przepisów ogólnych regulujących postępowanie, tj. Kodeksu postępowania administracyjnego (dalej k.p.a.).

Zgodnie z art. 73 k.p.a. regułą jest, że strona ma prawo wglądu w akta sprawy, sporządzania z nich notatek, kopii lub odpisów, również po zakończeniu postępowania. W tym trybie potencjalnie byłoby więc możliwe uzyskanie dostępu do tajemnic handlowych przedsiębiorstwa przez inny podmiot, działający w charakterze strony lub na prawach strony. Jednocześnie nie wydaje się, aby k.p.a. przewidywał możliwość ograniczenia tego uprawnienia z uwagi na konieczność

ochrony tajemnic handlowych. Artykuł 74 § 1 k.p.a. wyłącza co prawda stosowanie reguły z art. 73 k.p.a. w niektórych sprawach, jednak wyłączenie to ogranicza się do spraw zawierających informacje niejawne o klauzuli tajności „tajne” lub „ściśle tajne”, a także do innych akt, które organ administracji publicznej wyłączy ze względu na ważny interes państwowy. Tajemnice handlowe przedsiębiorstwa jako takie nie należą do żadnej z tych kategorii, pomijając oczywiście przypadki, w których stosowna klauzula została nadana, lub w których organ administracji dokonał wyłączenia z uwagi na ważny interes państwowy. Do nałożenia takich klauzul muszą jednak zajść przesłanki określone w art. 5 ust. 1 lub ust. 2 ustawy z 5.08.2010 r. o ochronie informacji niejawnych, wśród których nie wymienia się ochrony tajemnic handlowych przedsiębiorstwa. Nie można co prawda wykluczyć, że w szczególnym przypadku ujawnienie tajemnicy handlowej wypełniłoby jednocześnie którąś z hipotez wskazanych w tych przepisach. W takim przypadku podstawą opatrzenia informacji odpowiednią klauzulą byłoby jednak zagrożenie wystąpieniem (wyjątkowo) poważnej szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej ze względów wskazanych w art. 5 ust. 1 lub ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, nie zaś ujawnienie tajemnicy handlowej jako takiej.

Podobnie wyłączenie ze względu na ważny interes państwowy nie może nastąpić w celu ochrony interesu prywatnego, tj. tajemnic handlowych inwestora czy innych przedsiębiorstw. Uzasadnienie wyłączenia powinno określać „ważny interes państwowy” sprzeciwiający się umożliwieniu dostępu do akt sprawy. Należy zgodzić się z G. Łaszczycą, że „nie chodzi tu o jakikolwiek interes, lecz o interes »państwowy« (odnoszący się do państwa, symbolizujący państwo, wyznaczany, ustalany przez państwo), a nadto tylko interes państwowy »ważny« (czyli mający dużą wagę, duże znaczenie, wiele znaczący, doniosły, istotny) [...]». »Ważny interes państwowy« w żaden sposób nie może być utożsamiany z interesem indywidualnym (jednostkowym), w tym z »intereseśm strony«, także wówczas, gdy chodzi o »ważny« bądź »szczególnie ważny« interes strony” (Łaszczyca, 2014). Podobnie G. Sibiga stwierdza (aczkolwiek z ubolewaniem), że art. 74 ust. 1 k.p.a. „nie zapewnia ochrony interesu indywidualnego, ponieważ odnosi się jedynie do interesu państwowego” (Sibiga, 2009). Stworzenie precyzyjnej i uniwersalnej definicji omawianego terminu nie jest zapewne możliwe, a w każdym razie nie jest w tym miejscu konieczne. Dla potrzeb niniejszego opracowania wystarczająca jest bowiem konstatacja, że klauzula ważnego interesu państwowego nie stanowi właściwej podstawy dla ochrony interesu indywidualnego, w tym przypadku tajemnicy przedsiębiorstwa (podobnie Zimna, 2013).

Należy też pamiętać, że zbyt szerokie rozumienie tego pojęcia może w istotnym stopniu ograniczyć jawność wewnętrzną postępowań administracyjnych. Nie podzielam więc poglądu, jakoby art. 74 § 1 k.p.a. z mocy prawa uniemożliwił organowi ujawnienie każdej prawnie chronionej tajemnicy (Taradejna, Taradejna, 2003, s. 114; podobnie Małanowski, 2020). Stanowisko takie nie znajduje bowiem oparcia w brzmieniu przepisu, który wyraźnie wskazuje przypadki, w jakich jawność postępowania („wewnętrzna”) podlega ograniczeniom.

Zagadnienie ograniczenia dostępu do akt postępowania w interesującym nas zakresie stanowiło również przedmiot orzecznictwa NSA. Przykładowo, w sprawie II GSK 67/17¹⁰ NSA uznał m.in., że:

1) „przepisy tej ustawy [ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji — przyp. aut.] ustanawiają prawo do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa i zawierają legalną definicję tego pojęcia, która jest wspólna dla całego systemu prawa, mogą one zatem stanowić podstawę ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa także w toku postępowania administracyjnego w danej sprawie”, a ujawnienie chronionych informacji przez organ innym podmiotom „mogłoby stanowić naruszenie przepisu art. 11 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”;

2) „nakaz ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa mieści się w pojęciu ważnego interesu państwowego, choć oczywiście wymaga on konkretyzacji w ramach danej sprawy administracyjnej”.

NSA zaaprobował stanowisko sądu I instancji, zgodnie z którym „brak bezpośredniego nakazu ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa w przepisach ustawy o transporcie kolejowym nie oznacza, że Prezes UTK nie ma obowiązku stosowania innych przepisów, tj. Konstytucji RP, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i k.p.a.” oraz „organy administracji prawidłowo zastosowały w tej sprawie przepisy, które dają podstawę do ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, tj. art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, art. 11 ust. 4 u.z.n.k., art. 74 § 1 k.p.a. w zw. z art. 14 ust. 4 u.t.k., i dokonały ich właściwej wykładni”. W konsekwencji NSA uznał, że „istnieje norma prawna nakazująca ochronę tajemnicy przedsiębiorstwa w postępowaniu przed Prezesem UTK, pomimo braku takiej regulacji w przepisach ustawy o transporcie kolejowym”.

Wskazane wyżej argumenty NSA budzą następujące wątpliwości:

Ad 1) Przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (dalej jako u.z.n.k.) dotyczą czynów nieuczciwej konkurencji, które są tam zdefiniowane jako działania sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagrażają lub naruszają interes *innego* przedsiębiorcy lub klienta (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.). Można więc argumentować, że czyn nieuczciwej konkurencji może zostać popełniony przez podmiot biorący udział w obrocie gospodarczym. W literaturze wskazuje się m.in., że choć w art. 3 ust. 1 u.z.n.k. brak wskazania, że dotyczy on czynów popełnionych w obrocie gospodarczym (działalności gospodarczej), to jednak wynika to z art. 1 i 2 u.z.n.k. oraz art. 10bis ust. 2 i 3 Konwencji paryskiej. „Przeciwnie stanowisko prowadziłoby do nadmiernego rozszerzenia sfery zastosowania ustawy”, co byłoby „niezgodne z zasadami legistacji o zapobieganiu i zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”. (Szwaja, Jasińska, 2019, sekc. 43).

Jako jeden czynów nieuczciwej konkurencji u.z.n.k. wymienia naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa (art. 3 ust. 2 u.z.n.k.). Nakazuje to wątpić, czy czyn ten może zostać popełniony przez podmiot pozostający poza wskazanym wyżej zakresem podmiotowym wynikającym z art. 3 ust. 1 u.z.n.k.. Tak rozumiem pogląd P. Bogdalskiego, według którego „uznanie naruszenia tajemnicy przedsiębiorstwa za delikt nieuczciwej konkurencji jest możliwe bowiem jedynie wów-

czas, gdy naruszenia dokonuje nieuprawniony przedsiębiorca wyłącznie poprzez bezprawne przekazanie, ujawnienie lub wykorzystanie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa innego przedsiębiorcy lub poprzez ich nabycie od osoby nieuprawnionej (art. 11 ust. 1 w zw. z art. 3 ust. 1 ZNKU)” (Bogdalski, 1997). Należy jednak podkreślić, że w literaturze spotyka się również pogląd przeciwny, zgodnie z którym „omawiany delikt może być popełniony także przez osoby, które nie mają przymiotu przedsiębiorcy” (Nowińska, Szczepanowska-Kozłowska, 2018, komentarz do art. 11). Szczegółowe roztrząsanie tego zagadnienia wykracza poza granice przyjęte dla niniejszego opracowania. Istotne jest natomiast to, że ten filar konstrukcji, na której oparł się NSA w przywołanych sprawach, jest dość chybliwy.

Ad 2) Spośród wskazanych wyżej kilku orzeczeń NSA dotyczących analizowanej problematyki jedno (II GSK 842/16) poświęca więcej miejsca rozumieniu pojęcia „ważnego interesu państwowego”. NSA zauważa tam m.in., że „jako ważny interes państwowy wskazuje się w doktrynie m.in. na potrzebę ochrony podstawowych interesów państwowych związanych ze sferą bezpieczeństwa wewnętrznego i zewnętrznego, ochrony interesów gospodarczych, porządku, ładu i spokoju publicznego”. Z tym fragmentem uzasadnienia należy się zgodzić. Niestety, w dalszej kolejności NSA podejmuje próbę (moim zdaniem nieudaną) objęcia indywidualnego interesu przedsiębiorcy zakresem pojęcia „ważnego interesu państwowego” w sposób następujący: „dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, a posiadających wartość gospodarczą w toku postępowania administracyjnego, gdy nie są one należycie chronione, niewątpliwie narusza standardy uczciwej konkurencji. Z kolei ochrona uczciwych warunków konkurowania na wolnym rynku leży w interesie państwa”.

W dalszej części wyводу NSA — w ślad za organem (Prezesem UTK) — wskazuje, że „tajemnica przedsiębiorstwa wynika z podstawowych zasad konstytucyjnych (zasady społecznej gospodarki rynkowej oraz zasady demokratycznego państwa prawnego), zgodnie z którymi zapobieganie nieuczciwej konkurencji leży w interesie publicznym. Organ uważa, że konieczność ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa należy tłumaczyć względami szeroko rozumianego interesu państwowego, o którym mowa jest w przepisie art. 74 k.p.a.”.

Z powodów wskazanych wyżej stanowisko NSA, jakoby nakaz ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa jako takiej mieścił się w pojęciu ważnego interesu państwowego, prowadzi do zatarcia granicy między interesem prywatnym a interesem państwowym i nie zasługuje na aprobatę.

Jak wynika z powyższej analizy, u.k.n.i. nie zawiera gwarancji ochrony tajemnicy przedsiębiorstwa, natomiast przyjęta w orzecznictwie NSA konstrukcja oparta na art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, art. 11 ust. 4 u.z.n.k. i art. 74 § 1 k.p.a. jest co najmniej dyskusyjna. Nawet gdyby uznać ją za dopuszczalną (z czym się nie zgadzam), to trudno byłoby traktować tak ekwilibrystyczne rozwiązanie za prawidłową realizację obowiązku wynikającego z art. 3 ust. 4 rozporządzenia.

Czy prowadzi to do wniosku, że jedynym rozwiązaniem byłoby przyjęcie przez polskiego ustawodawcę przepisów gwarantujących ochronę informacji, o których mowa w tym prze-

pisie (nie ograniczających się, notabene, do tajemnicy przedsiębiorstwa, a obejmujących też inne informacje poufne)? Niekoniecznie. Jeżeli bowiem przyjąć (co prawda niezbyt oczywistą) interpretację art. 74 § 2 k.p.a., zgodnie z którą „przepis art. 74 § 2 odnosi się do wszystkich przypadków odmowy realizacji żądań strony przewidzianych w art. 73, a nie tylko ze względu na przepis art. 74 § 1, na co mogłaby wskazywać systematyka wewnętrzna komentowanego przepisu” (Wróbel, 2019, tak samo NSA, przykładowo w sprawach II GSK 842/16, II GSK 67/17, II GSK 380/17), możliwe jest również inne rozwiązanie. Polegałoby ono na odmowie realizacji żądania zgodnie z art. 74 § 2 k.p.a., natomiast materialnoprawną podstawę odmowy stanowiłby art. 3 ust. 4 rozporządzenia.

Zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP, jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, mając pierwszeństwo w przypadku kolizji z ustawami. Z kolei w świetle art. 288 TFUE, rozporządzenia UE są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Art. 3 ust. 4 rozporządzenia ma też charakter bezwarunkowy i wystarczająco precyzyjny, aby można było określić uprawnienia podlegające ochronie i podmiot, na którym spoczywa obowiązek ochrony. W przeciwieństwie do niektórych innych przepisów tego rozporządzenia¹¹ nie jest sformułowany w sposób charakterystyczny dla dyrektywy i może być stosowany bez interwencji ustawodawcy.

Ochrona na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej. Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej (dalej u.d.i.p.) każdemu przysługuje, z zastrzeżeniem art. 5, prawo dostępu do informacji publicznej, tj. każdej informacji o sprawach publicznych. Zagadnienie, czy i w jakim zakresie prawo do informacji publicznej obejmuje dostęp do informacji zgromadzonych w aktach postępowania administracyjnego, stanowi przedmiot kontrowersji (zob. np. Kamińska, Rozbicka-Ostrowska, 2016; Kruśzakin, Teżyk, 2015; Łaszczyca, 2014). Szczegółowa analiza argumentów podnoszonych w tym sporze wykracza poza granice przyjęte dla niniejszego artykułu. Idąc natomiast nieco na skróty i nawet dopuszczając interpretację, jakoby odpowiedź na to pytanie była twierdząca, z uwagi na omawiany problem należy wskazać, że — zgodnie z art. 5 ust. 2 u.d.i.p. — prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu m.in. ze względu na tajemnicę przedsiębiorcy. Nie stanowi to jednak w pełni zabezpieczenia interesu chronionego na mocy art. 3 ust. 4 rozporządzenia, ponieważ obejmuje on nie tylko tajemnicę przedsiębiorstwa, ale również inne „informacje poufne” udostępnione państwu członkowskiemu prowadzącym monitorowanie. Rozwiązanie tego problemu znajduje się w art. 1 ust. 2 u.d.i.p., zgodnie z którym jej przepisy nie naruszają przepisów innych ustaw określających odmienne zasady i tryb dostępu do informacji. W tej sytuacji ewentualna odmowa dostępu do informacji chronionych na mocy art. 3 ust. 4 rozporządzenia powinna nastąpić na podstawie treści tego właśnie przepisu, w każdym razie w zakresie, w jakim okaże się on nie do pogodzenia z u.d.i.p. Znajduje to uzasadnienie

w możliwości bezpośredniego stosowania rozporządzeń UE, o czym była mowa wcześniej.

Zaskarżalność decyzji dotyczących monitorowania

Czego wymaga rozporządzenie? Zgodnie z art. 3 ust. 5 rozporządzenia zainteresowani inwestorzy zagraniczni i zainteresowane przedsiębiorstwa mają możliwość odwołania się (ang. *to seek recourse*, fr. *former un recours*) od decyzji dotyczących monitorowania wydanych przez organy krajowe. Nie jest jednak całkowicie jasne, (1) o jakiego rodzaju środek ochrony prawnej chodzi, (2) kto ma możliwość skorzystania z niego i (3) jakie decyzje miałyby podlegać kontroli. Odpowiedzi na te wszystkie pytania poniekąd się splatają.

Na pierwszy rzut oka widać pewne podobieństwo między art. 3 ust. 5 rozporządzenia a jednym z zaleceń OECD z 2009 r. Wśród postulatów odnoszących się do kontroli (ang. *accountability*) wskazuje się tam bowiem, że sprzyja jej możliwość poddania przez inwestorów zagranicznych decyzji ograniczających inwestycje zagraniczne kontroli w toku procedury administracyjnej lub przed sądem, w tym również administracyjnym („Recourse for foreign investors”, punkt 4, tiret 3). Między obydwoma normami są jednak istotne różnice, o czym niżej.

Jeżeli chodzi o charakter ochrony wynikający z art. 3 ust. 5 rozporządzenia, warto zauważyć, że w projekcie przepis ten przewidywał możliwość odwołania się od decyzji dotyczących monitorowania wydanych przez organy krajowe do sądu (ang. *to seek judicial redress*, fr. *former un recours juridictionnel*). Jak widać, z ostatecznej wersji aktu usunięto odniesienie do sądowego charakteru ochrony. Jakiego rodzaju to konsekwencje? Zagadnienie charakteru ochrony prawnej na podstawie art. 3 ust. 5 rozporządzenia nie doczekało się dotychczas szerszego omówienia. Wynika to zapewne z tego, że w ogóle publikacji na temat rozporządzenia jest jak dotąd niewiele, natomiast te, które dotyczą projektu rozporządzenia, są tu o tyle nieprzydatne, że — jak wskazano wyżej — w interesującym nas zakresie treść rozporządzenia różni się od treści projektu. Wśród tych niewielu publikacji wspominających o art. 3 ust. 5 rozporządzenia niektóre wskazują na wymóg sądowego charakteru ochrony (Amory i in., 2019, sekc. 75; Dimitropoulos, 2019, s. 24). Niestety, są to jedynie wzmianki poczynione niemal mimochodem, bez pobieżnej choćby analizy. Odmienne stanowisko zajmują J. Bourgeois i E. Malathouni, zdaniem których zastąpienie określenia *judicial redress* terminem *recourse* należy rozumieć jako rezygnację z wymogu sądowego charakteru ochrony (Bourgeois, Malathouni, 2020, sekc. 12.04). Podobny pogląd, aczkolwiek mniej zdecydowanym tonem, wyrazili W. Zwartkruis i B.J. de Jong (Zwartkruis, Jong, 2019, s. 18).

Moim zdaniem obecne brzmienie analizowanego przepisu należy interpretować jako przyznanie państwom członkowskim marginesu uznania w tym zakresie. Takie rozumienie omawianego przepisu byłoby zgodne z wytycznymi OECD, które zalecają poddanie decyzji kontroli w toku procedury

administracyjnej *lub* przed sądem (w tym również administracyjnym).

Na marginesie należy zauważyć, że aktualne brzmienie art. 3 ust. 5 rozporządzenia budzi wątpliwości co do zgodności z wymogiem skutecznej ochrony sądowej uprawnień wynikających z prawa UE, na co trafnie wskazuje się w literaturze (Bourgeois, Malathouni, 2020, sekc. 12.04; Snell, 2019, s. 138). W ocenie TSUE z art. 19 ust. 1 akapit 2 TUE (a także z wcześniejszego orzecznictwa Trybunału¹²) wynika bowiem, że „do państw członkowskich należy ustanowienie systemu środków odwoławczych i procedur zapewniających skuteczną kontrolę sądową”, a wymóg ten „dotyczy» dziedzin objętych prawem Unii«”¹³. Niewykluczone więc, że — niezależnie od treści omawianego przepisu rozporządzenia — z ogólnych reguł prawa UE wynikać będzie dla państw członkowskich obowiązek zapewnienia ochrony sądowej. Szczegółowa analiza tego zagadnienia wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania, ponieważ ogranicza się ono do implikacji art. 3 rozporządzenia.

Jeżeli chodzi o zakres podmiotowy legitymacji czynnej, to przysługuje ona „zainteresowanym inwestorom zagranicznym” i „zainteresowanym przedsiębiorstwom”. Pojęcie „inwestora zagranicznego” w rozumieniu rozporządzenia zostało wyjaśnione w art. 2 tego aktu — oznacza osobę fizyczną z państwa trzeciego lub przedsiębiorstwo z państwa trzeciego, które zamierza dokonać lub dokonali bezpośredniej inwestycji zagranicznej. Słowniczek pojęć używanych w rozporządzeniu nie precyzuje, co kryje się za określeniem „zainteresowane przedsiębiorstwo”, zawiera natomiast definicję terminu „bezpośrednia inwestycja zagraniczna”, w której pojawia się pojęcie przedsiębiorcy. Zgodnie z tą definicją, BIZ oznacza „wszelkiego rodzaju inwestycje inwestora zagranicznego dokonane w celu ustanowienia lub utrzymania trwałych i bezpośrednich powiązań między tym inwestorem zagranicznym a przedsiębiorcą lub przedsiębiorstwem, któremu udostępniany jest kapitał w celu prowadzenia działalności gospodarczej w danym państwie członkowskim, w tym inwestycje, które umożliwiają skuteczne uczestnictwo w zarządzaniu spółką prowadzącą działalność gospodarczą lub w jej kontrolowaniu”. W świetle tego przepisu można uznać, że „zainteresowane przedsiębiorstwo” to m.in. przedsiębiorca, przedsiębiorstwo, spółka, o których jest w nim mowa. Nie wydaje się jednak, żeby wyczerpywało to zakres podmiotowy tego terminu. Art. 3 ust. 5 rozporządzenia możemy bowiem interpretować również w ten sposób, że za „zainteresowane przedsiębiorstwo” należy uznać także podmiot, który dokonał lub zamierzał dokonać zbycia przedsiębiorstwa na rzecz inwestora zagranicznego, jeżeli wywodzi z przepisów unijnego prawa materialnego jakieś uprawnienia.

Artykuł 3 ust. 5 rozporządzenia dotyczy możliwości odwołania od „decyzji dotyczącej monitorowania”. Zgodnie ze słowniczkiem termin ten oznacza „środek przyjęty w ramach stosowania mechanizmu monitorowania”. Warto podkreślić, że rozporządzenie nie ogranicza więc, przynajmniej nie wprost, prawa do odwołania tylko od decyzji negatywnych z punktu widzenia planowanej transakcji. Odróżnia to więc

rozporządzenie od wytycznych OECD z 2009 r., w których jest mowa o kontroli „decyzji ograniczających inwestycje zagraniczne” (*decisions to restrict foreign investments*). Czy trafne więc byłoby interpretowanie tego przepisu w ten sposób, że przewiduje on również możliwość wniesienia skargi na decyzję w pełni dopuszczającą dokonanie inwestycji? Niełatwo wyobrazić sobie sytuację, w której przedsiębiorstwo stanowiące przedmiot wrogiego przejęcia byłoby zainteresowane wykorzystaniem mechanizmów monitorowania w celu zablokowania transakcji. Wydaje się jednak, że przyznanie w ten sposób prawa do obrony interesu indywidualnego przejmowanemu przedsiębiorstwu byłoby trudne do pogodzenia z celem rozporządzenia, które dopuszcza możliwość zablokowania transakcji, lecz ze względu na ochronę interesu ogólnego (bezpieczeństwo, porządek publiczny).

Ponadto, również przy założeniu, że środek ochrony prawnej ma służyć ochronie uprawnień, które wynikają dla danych podmiotów z prawa UE (zob. wyżej na temat wymogu skutecznej ochrony sądowej), spółka stanowiąca przedmiot transakcji nie byłaby uprawniona do wniesienia odwołania. Pomijając bowiem sam art. 3 ust. 5 rozporządzenia, ani rozporządzenie, ani traktatowe przepisy ustanawiające swobodę przepływu kapitału w relacjach z państwami trzecimi nie przyznają przejmowanemu przedsiębiorcy uprawnień, które wymagałyby ochrony prawnej. Art. 3 ust. 5 należy więc rozumieć w ten sposób, że nie wymaga on umożliwienia wniesienia odwołania na decyzję pozytywną przejmowanemu przedsiębiorstwu. Z kolei pozycja inwestora i zainteresowanego przedsiębiorstwa, w interesie którego leży uznanie transakcji za dopuszczalną, nie wymaga ochrony w przypadku decyzji całkowicie pozytywnej, ponieważ nie doznaje ona uszczerbku (wniosek zostaje w pełni uwzględniony)¹⁴.

Dalsza część opracowania opiera się na powyższym wniosku, w związku z czym scenariusz alternatywny, uwzględniający konieczność zapewnienia ochrony prawnej również w przypadku wydania decyzji pozytywnej (lub milczącej zgody), nie będzie tu przedmiotem rozważań. Wątek ten został natomiast w pewnym stopniu uwzględniony w innej publikacji (Jaśkowski, Pawłowski, 2020).

Stan prawa polskiego. U.k.n.i. przewiduje, że sprzeciw wobec transakcji ma mieć formę decyzji (art. 11 ust. 1 u.k.n.i.). Również decyzji wymaga się w przypadku odmowy wszczęcia postępowania, jeżeli czynność objęta zawiadomieniem nie podlega ustawie (art. 9 ust. 4 u.k.n.i.). Poza tym u.k.n.i. wymaga formy decyzji w innych przypadkach. W szczególności, również w drodze decyzji, organ orzeka w określonych w ustawie przypadkach, w przedmiocie (nie)dopuszczalności wykonywania praw z udziałów albo akcji (art. 11 ust. 2 i 3 u.k.n.i.) oraz obowiązku zbycia udziałów albo akcji (art. 12 ust. 6 u.k.n.i.) spółki będącej podmiotem podlegającym ochronie.

Zasady wnoszenia odwołań i skarg na decyzje wydawane na podstawie u.k.n.i. nie są uregulowane w samej ustawie¹⁵. Znajdują tu więc zastosowanie reguły ogólne dotyczące wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy i wniesienia skargi do sądu administracyjnego. Ochrona prawna będzie zatem przysługiwać — zgodnie z art. 28 k.p.a. i art. 50 § 1 ustawy —

Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi — podmiotom legitymującym się interesem prawnym, przy czym oceny istnienia interesu prawnego należy dokonać z uwzględnieniem prawa UE, w tym rozporządzenia 2019/452.

Przeciwdziałanie przypadkom obchodzenia mechanizmów monitorowania

Artykuł 3 ust. 6 rozporządzenia wymaga, aby państwa członkowskie, które dysponują mechanizmem monitorowania, utrzymały lub przyjęły środki niezbędne do rozpoznawania przypadków obchodzenia mechanizmów monitorowania i decyzji dotyczących monitorowania oraz do zapobiegania takim przypadkom. Zgodnie z motywem 10 preambuły mechanizmy przeciwdziałania obejściu prawa powinny mieć zastosowanie do inwestycji dokonywanych z obszaru Unii za pomocą pozornych uzgodnień, które nie odzwierciedlają rzeczywistości gospodarczej i obchodzą mechanizmy monitorowania oraz decyzje dotyczące monitorowania, w przypadku których inwestor jest faktycznie własnością osoby fizycznej lub przedsiębiorstwa z państwa trzeciego lub jest przez nie kontrolowany. Preambuła (podobnie jak uzasadnienie projektu rozporządzenia) kładzie więc nacisk na ryzyko, jakie wiąże się z możliwością wykorzystania swobód rynku wewnętrznego (przepływ kapitału, przedsiębiorczość) w celu obejścia mechanizmów monitorowania. Ryzyko to jest realne, zważywszy na restrykcyjne podejście TSUE do środków podejmowanych przez państwa członkowskie, mających na celu przeciwdziałanie obchodzeniu prawa¹⁶.

Odnosząc powyższy wymóg do u.k.n.i., należy zauważyć, że przewidziane tam działania kontrolne mają dotyczyć inwestycji niezależnie od miejsca pochodzenia inwestora. Nie ma tu ograniczenia kontroli tylko do inwestycji unijnych czy pozaunijnych. W związku z powyższym nie zachodzi ryzyko, że inwestycja uniknie mechanizmu kontroli tylko dzięki manewrowi polegającemu na wykorzystaniu przez inwestora z państwa trzeciego kontrolowanej przez niego spółki unijnej.

Jeżeli chodzi o inne mechanizmy obejścia mechanizmu monitorowania, kreatywność inwestorów może być duża i trudno w tym artykule ten wątek rozwinąć. W każdym razie lektura art. 3 ust. 4 do ust. 8 u.k.n.i. dowodzi, że ustawodawca wziął pod uwagę różne scenariusze, w ramach których może dojść do nabycia dominacji lub istotnego uczestnictwa. Ponadto artykuły 6 i 10 ust. 1 pkt 2 u.k.n.i. umożliwiają właściwemu organowi uzyskanie informacji, które powinny umożliwić wykrycie ewentualnych prób obejścia mechanizmu kontroli w inny sposób.

Przypisy/Notes

¹ Opracowanie częściowo wykorzystuje ustalenia tego samego autora ze sprawozdania Foreign Investment Screening in Poland, Lithuania and Latvia, przedstawionego na konferencji A Common European Law on Investment Screening — Foreign Investment in Times of Change, Goteborg, 7–8.03.2019 r., którego publikacja miała miejsce w 2020 r. w YSEC Yearbook of Socio-Economic Constitutions.

² Dz. Urz. UE L 79I, 21.3.2019, s. 1.

³ Zob. COM (2017) 487 final.

⁴ Guidelines for recipient country investment policies relating to national security. Recommendation adopted by the OECD Council on 25 May 2009.

Podsumowanie

Wejście w życie art. 3 rozporządzenia 2019/452 nie pociąga za sobą konieczności nowelizacji ustawy o kontroli niektórych inwestycji. Zawarty w tym przepisie zakaz dyskryminowania inwestorów pochodzących z różnych państw trzecich nie doznaje uszczerbku w świetle przepisów u.k.n.i. Zakazu tego nie należy jednak rozumieć w ten sposób, że uniemożliwia on uwzględnianie pochodzenia inwestycji z określonego państwa trzeciego jako jednego z elementów przesądzających o tym, że inwestycja zostałaby uznana za zagrożenie dla bezpieczeństwa (obok innych okoliczności, takich jak polityka prowadzona przez państwo pochodzenia inwestora, jego ewentualna zależność od władz państwowych, finansowanie przez państwo pochodzenia lub uczestniczenie w realizowaniu polityki tego państwa). Regulacje zawarte w u.k.n.i. oraz w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie wykazu podmiotów podlegających ochronie oraz właściwych dla nich organów kontroli z 23.12.2019 r. czynią zadość wymogowi przejrzystości wynikającemu z art. 3 ust. 2 rozporządzenia 2019/452. Ramy czasowe określone w u.k.n.i. są wystarczające w świetle wymogów wynikających z rozporządzenia, w szczególności umożliwiając uwzględnienie uwag zgłoszonych w odniesieniu do monitorowanej inwestycji przez pozostałe państwa członkowskie, a także opinii Komisji, czego wymaga art. 3 ust. 3 rozporządzenia. Ochrona informacji poufnych, o których mowa w art. 3 ust. 4 rozporządzenia, będzie zapewniona dzięki możliwości bezpośredniego stosowania tego przepisu przez organy zarówno w postępowaniach z zakresu kontroli inwestycji, jak i — ewentualnie — w sprawach dotyczących dostępu do informacji publicznej. Artykuł art. 3 ust. 5 rozporządzenia, przewidujący prawo odwołania się od decyzji dotyczących monitorowania wydanych przez organy krajowe, pozostawia państwom członkowskim wybór, czy będzie to ochrona realizowana w postępowaniu administracyjnym, czy sądowym. Ochrona prawna będzie przysługiwać, zgodnie z art. 28 k.p.a. i art. 50 § 1 ustawy — Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, podmiotom legitymującym się interesem prawnym, przy czym oceny istnienia interesu prawnego należy dokonać z uwzględnieniem prawa UE, w tym — rozporządzenia 2019/452. Jeżeli chodzi o wymóg utrzymania lub przyjęcia środków niezbędnych do rozpoznawania przypadków obchodzenia mechanizmów monitorowania i decyzji dotyczących monitorowania oraz do zapobiegania takim przypadkom (art. 3 ust. 6 rozporządzenia), istotny jest fakt, że przewidziane w u.k.n.i. działania kontrolne mają dotyczyć inwestycji niezależnie od miejsca pochodzenia inwestora. W związku z tym nie zachodzi ryzyko, że inwestycja uniknie mechanizmu kontroli tylko dzięki manewrowi polegającemu na wykorzystaniu przez inwestora z państwa trzeciego kontrolowanej przez niego spółki unijnej.

⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 117, ze zmianami.

⁶ Dz.U. z 2019 r. poz. 2501.

⁷ Sprawozdanie panelu z 10.08.2018 r. w sprawie EU — Energy Package, pkt 7.1244.

⁸ Zob. np. wyrok w sprawie C-446/04, ECLI:EU:C:2006:774, pkt 167.

⁹ W świetle orzecznictwa TSUE dotyczącego relacji między swobodą przepływu kapitału a swobodą przedsiębiorczości nie jest to oczywiste. Wymagałoby to jednak szerszej analizy w świetle aktualnego orzecznictwa, co wykraczałoby poza granice niniejszego opracowania. Fundamentalnym dziełem w tym zakresie pozostaje *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law* (Hindelang, 2009).

¹⁰ Wyrok NSA z 6.03.2019 r.; zob. podobnie wyroki w sprawach II GSK 842/16, II GSK 967/16, II GSK 380/17.

¹¹ Jak np. art. 3 ust. 6 w zakresie, w jakim wymaga zmiany lub przyjęcia środków niezbędnych do rozpoznawania przypadków obchodzenia mechanizmów monitorowania i decyzji dotyczących monitorowania oraz do zapobiegania takim przypadkom.

¹² Zob. w szczególności wyrok w sprawie 222/86 Heylens ECLI:EU:C:1987: 442, pkt. 14–15.

¹³ Wyrok w sprawach C-558/18 i C-563/18 Miasto Łowicz, ECLI:EU:C:2020:234, pkt. 32–33.

¹⁴ Zob. wyrok Sądu w sprawie T-471/11 Éditions Odile Jacob, ECLI:EU:T:2014:739, pkt 39, gdzie Sąd orzekł, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, koniecznym warunkiem wniesienia skargi do sądu jest posiadanie interesu w jej wniesieniu. Pogląd ten został co prawda wyrażony w ramach rozważania dopuszczalności wniesienia skargi do Sądu, jednak można mu nadać ogólniejszy walor.

¹⁵ Poza art. 9 ust. 4 zdanie drugie u.k.n.i., zgodnie z którym na decyzję organu kontroli o odmowie wszczęcia postępowania wniosek o ponowne rozpatrzenie sprawy oraz skarga do sądu administracyjnego przysługuje także spółce będącej podmiotem podlegającym ochronie, której dotyczy zawiadomienie.

¹⁶ W głośnie sprawie Centros Trybunał uznał m.in., że „fakt, iż spółka nie prowadzi żadnej działalności w państwie członkowskim, w którym znajduje się jej siedziba, a prowadzi działalność wyłącznie w państwie członkowskim, w którym zlokalizowany jest jej oddział, nie jest wystarczający, aby wykazać istnienie zachowania stanowiącego nadużycie lub oszustwo, pozwalające temu ostatniemu państwu członkowskiemu na odmowę spółce możliwości zastosowania przepisów wspólnotowych odnoszących się do prawa przedsiębiorczości” (C-212/97, ECLI:EU:C:1999:126, pkt 29).

Bibliografia/References

- Amory, B., Barre, H. de la, Navacelle, C. de (2019). Beyond Alstom-Siemens: Is there a need to revise competition law goals? EU policy after Siemens/Alstom: A look into the right tools to preserve the EU industry's competitiveness at global level. *Concurrences*, (4).
- Bogdalski, P. (1997). Tajemnica przedsiębiorstwa — zagadnienia konstrukcyjne. *Monitor Prawniczy*, (6).
- Bourgeois, J. H. J., Malathouni, E. (2020). The EU Regulation on Screening Foreign Direct Investment: Another Piece of the Puzzle. W: J. H. J. Bourgeois (red.), *EU framework for foreign direct investment control*. Wolters Kluwer.
- Dimitropoulos, G. (2019). National Security: The Role of Investment Screening Mechanisms. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3538735>
- Hindelang, S. (2009). *The Free Movement of Capital and Foreign Direct Investment. The Scope of Protection in EU Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Jaśkowski, M., Pawłowski, S. (2020). Country report (Poland, Lithuania, Latvia). W: S. Hindelang, A. Moberg (red.), *A Common European Law on Investment Screening (CELIS)*. Springer (w druku).
- Kamińska, I., Rozbicka-Ostrowska, M. (2016). *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Kruszakin, M., Teżyk, J. (2015). Praktyczne problemy stosowania ustawy o dostępie do informacji publicznej — Przyczynek do dyskusji. W: B. Dolnicki (red.), *Jawność w samorządzie terytorialnym*. Warszawa: Wolters Kluwer Business.
- Łaszczyca, G. (2014). Akta sprawy w ogólnym postępowaniu administracyjnym. LEX.
- Małanowski, J. (2020). Artykuł 74. W: R. Hauser, M. Wierzbowski (red.), *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Nowińska, E., Szczepanowska-Kozłowska, K. (2018). *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Sibiga, G. (2009). Obowiązek tajemnicy informacji i jego konsekwencje dla wykonywania zadań administracji publicznej. W: D. Kijowski, P. J. Suwaj (red.), *Patologie w administracji publicznej*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Snell, J. (2019). EU Foreign Direct Investment Screening: Europe qui protege? *European Law Review*, (2), 137–138.
- Szwaja, J., Jasińska, K. (2019). Artykuł 3. W: J. Szwaja, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
- Taradejna, M., Taradejna, R. (2003). *Dostęp do informacji publicznej, a prawna ochrona informacji dotyczących działalności gospodarczej, społecznej i zawodowej oraz życia prywatnego*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.
- Wróbel, A. (2019). Artykuł 74. W: M. Jaśkowska, M. Wilbrandt-Gotowicz, A. Wróbel (red.), *Komentarz aktualizowany do Kodeksu postępowania administracyjnego*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Zimna, T. (2013). Dostęp do oferty konkurencyjnej w postępowaniu odwoławczym przed NFZ. Glosa do wyroku NSA z dnia 16 marca 2011 r., II GSK 264/10. *Gdańskie Studia Prawnicze — Przegląd Orzecznictwa*, (3).
- Zwartkruis, W., Jong, B. J. de (2019). The EU Regulation on Screening of Foreign Direct Investment: A Game Changer? *Social Science Research Network*. <https://papers.ssrn.com/abstract=3428247>

Dr Marek Jaśkowski

Adiunkt na Uniwersytecie Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (Katedra Prawa Międzynarodowego i Europejskiego) oraz specjalista ds. legislacji w Biurze Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu. Jego obecne zainteresowania badawcze koncentrują się na prawie rynku wewnętrznego UE, klauzulach bezpieczeństwa publicznego i pokrewnych, prawnych aspektach działalności przedsiębiorstw publicznych i inwestycji zagranicznych.

Dr Marek Jaśkowski

Assistant Professor at the Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw (Faculty of Law and Administration) and a legislation specialist in the Bureau of Research of the Chancellery of the Sejm (Lower House of Polish parliament). His current research interests focus on EU internal market law, public security, state-owned enterprises and foreign investment law.