

AMERYKAŃSKA USTAWA
O INWESTYCJACH
ZAGRANICZNYCH
I BEZPIECZEŃSTWIE
NARODOWYM A PODOBNE
UREGULOWANIA W UNII
EUROPEJSKIEJ, ROSJI
I CHINACH

Bartosz Cichocki

Anna

Konarzewska

Łukasz

Niewiadomski

Przemysław

Pacula

24 PAŹDZIERNIKA 2007 R. W USA WESZŁA W ŻYCIĘ USTAWA O INWESTYCJACH ZAGRANICZNYCH I BEZPIECZEŃSTWIE NARODOWYM 2007 (*FOREIGN INVESTMENT AND NATIONAL SECURITY ACT, FINSA*)¹. UMOŻLIWIA ONA ZAWIESZENIE LUB ZAKAZ DOKONANIA NABYCIA, FUZJI BĄDŹ PRZEJĘCIA AMERYKAŃSKIEGO PRZEDSIĘBIORSTWA PRZEZ FIRME ZAGRANICZNĄ, JEŚLI MOGŁOBY TO ZAGRAŻAĆ BEZPIECZEŃSTWU NARODOWEMU USA (TZW. USTAWODAWSTWO EXON-FLORIO). GŁÓWNYM CELEM TEJ REGULACJI JEST STWORZENIE PODSTAW PRAWNYCH DO OCHRONY AMERYKAŃSKIEGO BEZPIECZEŃSTWA NARODOWEGO W KONTEKŚCIE INWESTYCJI ZAGRANICZNYCH (FDI²). JAK PODKREŚLA DEPARTAMENT SKARBU, USA PROWADZĄ LIBERALNĄ POLITYKĘ W KWESTII FDI, MIMO TO KONIECZNE JEST WPROWADZENIE MECHANIZMU KONTROLI INWESTYCJI, KTÓRE MOGŁYBY STANOWIĆ ZAGROŻENIE DLA BEZPIECZEŃSTWA KRAJU.

1) *Foreign Investment and National Security Act of 2007*,
<http://banking.senate.gov/_files/cfius_ar.pdf.>

2) Foreign Direct Investment.

Ustawodawstwo Exon-Florio uprawnia prezydenta USA do otrzymywania zgłoszeń transakcji polegających na nabyciu, połączeniu lub przejściu amerykańskiej firmy przez podmiot zagraniczny. Ustawa z 24 października 2007 r. zezwala również na podejmowanie procedury sprawdzenia, nawet jeśli nie została złożona pisemna informacja o transakcji.

GŁÓWNE ZAPISY USTAWY FINSA

Prezydent za pośrednictwem Komisji ds. Inwestycji Zagranicznych w Stanach Zjednoczonych (CFIUS³) powinien wszcząć procedurę sprawdzającą w celu ustalenia wpływu transakcji na bezpieczeństwo USA po otrzymaniu pisemnego powiadomienia na temat dokonanej transakcji. Prezydent lub CFIUS mogą też rozpocząć jednostronną procedurę wobec każdej transakcji, nawet jeśli była ona już sprawdzana. Dotyczy to przypadków, gdy któraś ze stron transakcji zataiła ważne informacje, które mogłyby wpłynąć na decyzję CFIUS. Czas sprawdzania nie może być dłuższy niż 30 dni.

Działając poprzez CFIUS, prezydent powinien niezwłocznie podjąć procedurę śledztwa, jeżeli:

- transakcja zagraża bezpieczeństwu USA, nawet jeśli nie zostało to stwierdzone w toku przeglądu pod kątem bezpieczeństwa narodowego;
- stroną transakcji jest obca firma państwowa lub kontrolowana przez zagraniczny rząd;
- transakcja doprowadzi do przejęcia elementu lub elementów infrastruktury krytycznej dla Stanów Zjednoczonych.

Postępowanie takie trwa 45 dni. W ciągu sześciu miesięcy od wejścia w życie FINSA przewodniczący Komisji powinien opublikować wykaz rodzajów transakcji, zbadanych lub zakwestionowanych przez CFIUS, w Rejestrze Federalnym⁴.

Wśród przesłanek oceny skutków transakcji dla bezpieczeństwa narodowego ustawa wymienia:

- produkcję krajową potrzebną do zaspokojenia potrzeb obrotu narodowej;
- zdolność krajowego przemysłu do zaspokojenia potrzeb obrony narodowej pod kątem zasobów ludzkich, produktów, materiałów i technologii;
- kontrolę krajowego przemysłu i handlu przez obcokrajowców oraz jej wpływ na ich zdolność do zaspokojenia potrzeb obrotu narodowej;

- potencjalny wpływ transakcji na sprzedaż artykułów obronnych, technologii i wyposażenia do krajów wspierających terroryzm i proliferujących broń masowego rażenia (BMR);
- potencjalny wpływ transakcji na „przywództwo technologiczne” USA w dziedzinach mogących zagrozić bezpieczeństwu narodowemu.

Oba rodzaje postępowań kończą się sporządzeniem dokumentu podsumowującego procedurę. Musi on zawierać opis akcji CFIUS oraz przesłanek uwzględnionych przy ocenie transakcji. Dokument musi zostać podpisany przez przewodniczącego CFIUS oraz szefa resortu związanej merytorycznie z transakcją i stwierdzać jednoznacznie, że nie ma żadnych wątpliwości co do zagrożenia dla bezpieczeństwa narodowego USA.

Następnie dokument jest przekazywany liderom większości i mniejszości w Senacie, przewodniczącemu oraz ważnemu człon-

kowi Komisji ds. Bankowości, Gospodarki Mieszkaniowej i Miejskiej Senatu, przewodniczącemu oraz ważnemu członkowi innych Komisji Senatu sprawujących merytoryczny nadzór nad odpowiednim departamentem, marszałkowi i liderowi większości w Izbie Reprezentantów, przewodniczącemu i ważnemu członkowi Komisji ds. Usług Finansowych Izby Reprezentantów oraz innych komisji sprawujących merytoryczny nadzór nad odpowiednim departamentem. Poza tym marszałek lub lider większości w Izbie Reprezentantów oraz liderzy w Senacie mogą zdecydować o przekazaniu dokumentu kongresmanom ze stanów, w których znajduje się na przykład krytyczna infrastruktura, mogąca być przedmiotem transakcji.

CFIUS powinna także przekazać zainteresowanym stronom transakcji wynik postępowania. Przewodniczący CFIUS jest także zobowiązany do przedstawiania (do 31 lipca każdego roku) rocznego raportu z działań Komisji.

3) Committee on Foreign Investments in the United States.

4) Funkcjonujący od 1936 r. rodzaj dziennika ustaw w USA, w którym publikowane są prawa, zasady, zarządzenia oraz inne ogłoszenia instytucji federalnych.

Dyrektor Wywiadu Narodowego (DNI⁵) ma obowiązek w ciągu 20 dni przeprowadzić analizę zagrożeń dla bezpieczeństwa narodowego, jakie niesie za sobą określona transakcja. DNI jest z urzędu członkiem CFIUS i powinien być informowany o wszelkich pisemnych powiadomieniach o transakcjach. Jednocześnie jego rola w CFIUS ogranicza się wyłącznie do przekazania analizy na temat poszczególnych spraw.

UPRAWNIENIA KOMISJI I PREZYDENTA

W skład komisji CFIUS wchodzi sekretarze, lub ich przedstawiciele z następujących resortów: skarbu, *Homeland Security*, handlu, obrony, stanu, energii, pracy oraz DNI i prokurator generalny. Prezydent może także desygnować szefów innych agencji i biur, jeśli uzna to za stosowne, na stałe lub do konkretnego przypadku. Przewodniczącym CFIUS jest sekretarz skarbu.

CFIUS lub odpowiednia agencja w jej imieniu ma prawo negocjować, zmienić, nakazać lub wymusić wszelkie zmiany w umowie lub jej warunkach, jeśli wymaga tego bezpieczeństwo USA. Działanie takie musi odbywać się na podstawie analizy ryzyka dla bezpieczeń-

stwa narodowego, przeprowadzonej przez Komisję dla danej transakcji.

Prezydent USA ma prawo do zawieszenia lub zakazania zawarcia transakcji w dowolnym czasie, jeśli uzna, że zagraża ona bezpieczeństwu narodowemu USA. Prezydent powinien ogłosić swoją decyzję w ciągu 15 dni od zakończenia postępowania sprawdzającego. Decyzje prezydenta podjęte na podstawie tej ustawy nie podlegają zażaleniu ani ponownemu rozpatrzeniu przez sąd.

Prezydent może podjąć takie działanie wyłącznie w przypadku, jeśli uzna, że istnieje wiarygodny dowód na to, iż transakcja zagraża bezpieczeństwu narodowemu USA, oraz gdy postanowienia prawa inne niż zawarte w tej ustawie oraz *Ustawie o władzy ekonomicznej w nadzwyczajnych sytuacjach międzynarodowych (IEEPA⁶)* nie dają środków i gwarancji odpowiedniego działania.

PRAWO UNII EUROPEJSKIEJ W ZAKRESIE OGRANICZANIA SWOBODY DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

W Unii Europejskiej nie istnieją obecnie regulacje zbliżone do postanowienia Exon-Florio w Stanach Zjednoczonych. Jedyne ograniczenia

dotyczą wyłączenia przemysłów zbrojeniowych członków UE i zamówień publicznych obejmujących wyposażenie wojskowe spod ogólnych reguł konkurencji obowiązujących na wspólnym rynku europejskim.

Zgodnie z zapisami art. 296 Traktatu o Wspólnocie Europejskiej (TWE) przemysł obronne członków UE i zamówienia dotyczące wyposażenia wojskowego nie podlegają ogólnym regułom konkurencji i pomocy państwowej, obowiązującym na wspólnym rynku UE. Istnieje możliwość ich wyłączenia jako podlegających „podstawowym interesom bezpieczeństwa”. Wyłączenia obejmują produkty zbrojeniowe znajdujące się na liście ustalonej przez Radę Ministrów Wspólnot Europejskich w kwietniu 1958 r. Oceny konieczności skorzystania z wyłączeń dokonuje samodzielnie państwo członkowskie

UE. Może ono samo podejmować działania niezbędne do ochrony jego żywotnych interesów, a także bezpośrednio dotyczące produkcji broni, amunicji i sprzętu wojskowego lub handlu tymi produktami. Działania te nie mogą jednak pogorszyć warunków konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów o przeznaczeniu wyłącznie militarnym.

W praktyce państwa członkowskie UE wykorzystują art. 296 TWE do wyeliminowania zagranicznych przedsiębiorstw zbrojeniowych z narodowego rynku zbrojeniowego i ubiegania się o realizację zamówień sektora obronnego, przyznając wiodącą rolę firmom narodowym.

We wrześniu 2004 r. Komisja Europejska opublikowała *Zieloną Księgę na temat zamówień obronnych (Green Paper on Defence*

5) *Director of National Intelligence* – funkcja utworzona w 2004 r. na mocy *Ustawy o reformie wywiadu i zapobiegania terroryzmowi*. Dyrektor ten jest głównym doradcą prezydenta, Rady Bezpieczeństwa Narodowego oraz Rady *Homeland Security* ds. wywiadu. Jednocześnie jest przewodniczącym *Intelligence Community* – federacji 16 agencji wywiadowczych i kontrwywiadowczych. Od 21 kwietnia 2005 r. do 13 lutego 2007 r. funkcję DNI pełnił John Negroponte. Obecnie jest nim John Michael McConnel.

6) *International Emergency Economic Powers Act* – ustawa z 1977 r. zezwalająca prezydentowi na ogłoszenie nadzwyczajnej sytuacji zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa. Na mocy tej ustawy prezydentowi wolno zablokować wszelkie transakcje, zamrozić aktywa lub nawet skonfiskować mienie prywatne związane z tym zagrożeniem.

Procurement), w której wezwano do liberalizacji pewnych sektorów rynku zamówień zbrojeniowych. Zamówienia m.in. na dostawy żywności, budowę koszar, szycie i pranie mundurów czy przewozy cywilne miałyby zostać otwarte na konkurencję na wspólnym rynku europejskim, co doprowadziłoby do utworzenia europejskiego rynku wyposażenia wojskowego (*European Defence Equipment Market*, EDEM). W dokumencie zaproponowano dwustopniowe działania:

- Po pierwsze, przyjęcie Komunikatu interpretacyjnego, precyzującego obowiązujące w Unii przepisy prawne na temat wyposażenia wojskowego. Komunikat został przyjęty w grudniu 2006 r. i zawiera jednolite, zawężające wymagania dotyczące zastosowania art. 296 TWE przez każde państwo członkowskie Unii, oparte na dotychczasowym orzecznictwie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS).
- Po drugie, przyjęcie wiążącej *Dyrektywy ustanawiającej zasady zamówień w sektorze obronnym* (*Defence Procurement Directive*). Ma ona uszczegółowić obowiązujące w całej Unii Europejskiej prawo dotyczące

zamówień publicznych w sektorze zbrojeniowym i wprowadzić bardziej elastyczne zasady wyboru kontraktów niepodlegających zwolnieniom (kontrakty te byłyby wybierane na podstawie dyrektyw dotyczących zaopatrzenia cywilnego). Dyrektywa, której przedstawienie planowano początkowo na październik 2007 r., ma wprowadzić scentralizowany system publikowania pełnej informacji o zawieranych kontraktach zbrojeniowych, umożliwić konsultowanie i negocjowanie warunków kontraktów z wybranymi przedsiębiorstwami w czasie prowadzenia procedury zamówienia oraz ustanowić specyficzne kryteria selekcji ofert, oparte m.in. na zaufaniu i bezpieczeństwie dostaw.

Celem proponowanej dyrektywy jest utworzenie europejskiego rynku wyposażenia wojskowego ze wspólnymi zasadami, odnoszącymi się do wszystkich członków Unii Europejskiej, ale uwzględniającymi szczególną naturę tego sektora gospodarki. Przyczyni się ona do zwiększenia konkurencji na rynku europejskim, wzmocnienia konkurencyjności europejskiego przemysłu obronnego oraz racjonalizacji wydatków publicznych w dziedzinie zbrojeń (podział kosztów i wspólne

ponoszenie kosztów prac nad nowoczesnymi technologiami obronnymi przez firmy zbrojeniowe).

Inicjatywa Komisji Europejskiej może też ułatwić kontakty z przedsiębiorstwami amerykańskimi. Można przypuszczać, że zwiększona konkurencja między europejskimi przedsiębiorstwami zbrojeniowymi, będąca następstwem częściowego otwarcia europejskiego rynku uzbrojenia, zmusi je do zacieśnienia współpracy z firmami z USA, co w konsekwencji przyczyni się do podziału kosztów i wspólnego ponoszenia wydatków związanych z pracami nad nowoczesnymi technologiami obronnymi.

Jednocześnie w listopadzie 2005 r. podjęto decyzję o przyjęciu dobrowolnego *Kodeksu postępowania w sprawie sprzedaży sprzętu wojskowego*, który ma przyczynić się do zwiększenia konkurencji na europejskim rynku obronnym. Dokument ten jest pierwszym krokiem do opracowania wspólnych zasad przetargów zbrojeniowych w miejsce regulacji narodowych poszczególnych członków Wspólnoty. Kodeks zaczął obowiązywać w lipcu 2006 r. Nie przystąpiły do niego Dania, która nie należy do Europejskiej Agencji Obronnej (EDA) i nie uczestniczy w Europejskiej Polityce Bezpieczeństwa i Obrony (ESDP),

oraz Hiszpania i Węgry. Państwa, które przyjęły kodeks, są zobowiązane do publikowania każdego przetargu w internecie oraz równoprawnego traktowania wszystkich uczestników wszystkich przetargów, które będą monitorowane przez EDA i ministerstwa obrony członków UE. Kodeks obejmuje kontrakty zbrojeniowe o wartości ponad 1 mln euro, z wyłączeniem substancji chemicznych, broni atomowej, sprzętu kryptograficznego oraz sprzętu związanego ze sferą wąsko pojętego bezpieczeństwa narodowego państw UE (np. z infrastrukturą informatyczną służącą do tworzenia bezpiecznego podpisu elektronicznego dla wojska).

W czasie prezydencji niemieckiej (styczeń – czerwiec 2007 r.) kanclerz Angela Merkel wezwała do przyjęcia wspólnotowych regulacji protekcyjnych, odnoszących się do niektórych typów bezpośrednich inwestycji zagranicznych w UE, na wzór amerykańskiego postanowienia Exon-Florio. Komisarz ds. gospodarki i polityki monetarnej Joaquín Almunia także zwrócił uwagę na niebezpieczeństwo przejęcia strategicznych sektorów gospodarczych UE przez firmy z państw trzecich, głównie fundusze majątku narodowego (*sovereign wealth funds*, SWF). Jego zdaniem przedsiębiorstwa te powinny deklarować, w jakie sektory gospodarze

chęcią inwestować, na podstawie jakich kryteriów będą prowadziły inwestycje oraz jakie są ich dotychczasowe inwestycje. W przypadku powstania zagrożenia dla interesów strategicznych UE powinna mieć ona możliwość zablokowania realizacji takiej inwestycji.

Regulacja Exon-Florio dotyczy, oprócz zagadnień z dziedziny polityki bezpieczeństwa, także polityki konkurencji, która w Unii Europejskiej została uwspólniona i nie podlega wyłącznej kompetencji państw członkowskich organizacji. Tytuł II Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską zakazuje wprowadzania jakichkolwiek ograniczeń ilościowych w handlu między państwami członkowskimi Wspólnoty (rozdział 2). Podobne zapisy można znaleźć w tytule III TWE (swobodny przepływ pracowników, usługi i kapitału) oraz w tytule IV TWE (wizy, azyl, migracje, swobodny przepływ osób). Wymienione części TWE dotyczą również napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych na teren państw członkowskich UE.

Jednocześnie każde państwo członkowskie UE może powołać się na klauzulę zawartą w TWE, zgodnie z którą możliwe jest stosowanie „zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzy-

towych, uzasadnionych względami moralności publicznej, porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego, ochrony zdrowia i życia ludzi i zwierząt lub ochrony roślin, ochrony narodowych dóbr kultury o wartości artystycznej, historycznej lub archeologicznej, bądź ochrony własności przemysłowej i handlowej”. Zakazy te nie powinny jednak „stanowić środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń” w wymianie handlowej między członkami organizacji (art. 30 TWE). Podobne zapisy znajdują się w tytule III i IV TWE.

W międzynarodowych stosunkach gospodarczych występują liczne obostrzenia dotyczące swobodnego przepływu kapitału (m.in. w ramach OECD). Państwa obawiają się pełnej liberalizacji przepływów kapitałowych ze względu na zagrożenie dla suwerenności narodowej i możliwość naruszenia pozycji ekonomicznej danego państwa. W Unii Europejskiej swobodny przepływ kapitału wprowadzono pod koniec lat 80., choć do dnia dzisiejszego nie można mówić o całkowitej liberalizacji tego sektora gospodarki.

Największe restrykcje dotyczące napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych państwa członkowskie UE nakładają na sektor energii elektrycznej, transport

(powietrzny, morski i drogowy), telekomunikację i usługi finansowe. Obejmują one m.in. ograniczenie możliwości zasiadania obcokrajowców w radach nadzorczych przedsiębiorstw ubezpieczeniowych, ograniczenia związane z dozwoloną wielkością kabotażu w transporcie morskim oraz praktyki regulacyjne w telekomunikacji. W Hiszpanii szczególne regulacje prawne dotyczą inwestycji zagranicznych w sektorze energetycznym. Wśród państw członkowskich UE najmniej restrykcji obowiązuje w Wielkiej Brytanii, Irlandii, Holandii, Niemczech i Danii, a największe występują w Austrii i Finlandii. Z kolei Belgia, Holandia i Austria nie wyodrębniają przemysłu zbrojeniowego jako szczególnego sektora gospodarki narodowej.

W prawie brytyjskim nie występują żadne sformalizowane restrykcje dotyczące napływu inwestycji zagranicznych do państwa. Rząd brytyjski ma jednak prawo zablokowania realizacji tych inwestycji (a także fuzji i przejęć) z uwagi na interes publiczny i kwestie bezpieczeństwa.

Ustawa o przemyśle (Industry Act) z 1975 r. przewiduje możliwość interwencji rządu, jeśli przejęcie „ważnych brytyjskich przedsiębiorstw przemysłowych” może być sprzeczne z interesem naro-

dowym. Prawo nie definiuje jednak pojęcia „ważnych brytyjskich przedsiębiorstw przemysłowych”. Na podstawie *Standard Industrial Classification Order* do grupy przedsiębiorstw przemysłowych należą też firmy zbrojeniowe.

Natomiast *Prawo o uczciwym handlu (Fair Trading Act) z 1973 r.* zapewnia przegląd zarówno krajowych, jak i zagranicznych przejęć i fuzji pod względem zachowania konkurencyjności. Dyrektor generalny ds. uczciwego handlu przekazuje zalecenia do ministra ds. handlu i przemysłu w sprawie śledztw podejmowanych przez Komisję ds. Monopoli i Fuzji (*UK Monopolies and Mergers Commission*). Dokonuje ona oceny danej transakcji/inwestycji z zagranicy pod kątem jej znaczenia dla szeroko pojętego interesu narodowego – wpływu na konkurencję w Wielkiej Brytanii, interesów konsumentów, rozwoju nowych produktów, zrównoważenia produkcji i zatrudnienia oraz promocji brytyjskich przedsiębiorstw za granicą. Komisja ma prawo do rozszerzenia definicji „interesu narodowego” poza wymienione elementy. Minister ds. handlu i przemysłu ma sześć miesięcy na zlecenie Komisji przeprowadzenia śledztwa. Tyle samo ma Komisja na przeprowadzenie badań, a w szczególnych przypadkach minister ds. handlu

i przemysłu może przedłużyć czas jej działania o kolejne trzy miesiące. W sprawach dotyczących zagadnień przemysłu zbrojeniowego konsultowane jest ministerstwo obrony.

Wielka Brytania utrzymuje restrykcje w sprawie realizacji inwestycji zagranicznych, wynikające z członkostwa w OECD. Na podstawie *Kodeksu OECD w sprawie liberalizacji przepływów kapitałowych (OECD Code of Liberalization of Capital Movements)* istnieje możliwość zablokowania realizacji inwestycji zagranicznych w transporcie lotniczym i morskim oraz emisji programów radiowych i telewizyjnych. Dodatkowo Wielka Brytania utrzymuje wyjątki w realizacji *Instrumentu traktowania narodowego OECD (OECD National Treatment Instrument)* z 2005 r., opierające się na konieczności zachowania porządku publicznego i na podstawowych kwestiach bezpieczeństwa w dziedzinie inwestycji w przestrzeni kosmicznej, transporcie morskim i przemyśle zbrojeniowym.

W Niemczech rząd ma prawo do nałożenia restrykcji na inwestycje zagraniczne w sektorach gospodarczych mających związek z bezpieczeństwem narodowym. Na podstawie *Prawa o handlu zagranicznym* istnieje możliwość ograniczenia re-

alizacji inwestycji zagranicznych ze względu na wymogi bezpieczeństwa narodowego i porządku publicznego, celów polityki zagranicznej i zachowania konkurencyjności na rynkach światowych. W 2004 r. wprowadzono nakaz notyfikacji realizacji inwestycji zagranicznej przez kapitał zagraniczny w przemyśle zbrojeniowym i kryptograficznym (oraz nakaz notyfikacji płatności związanych z przemysłem zbrojeniowym – na podstawie *Regulacji dotyczącej handlu zagranicznego i płatności*), jeśli zakup przekracza 25 proc. udziałów, ze względu na szeroko pojęty interes narodowy. Notyfikacja powinna zostać przedstawiona ministerstwu gospodarki i pracy. Czas przewidziany na wydanie decyzji przez ministerstwo wynosi jeden miesiąc⁷.

Możliwość zablokowania danego przejęcia lub fuzji firmy niemieckiej (w tym przez firmę zagraniczną) ze względu na ochronę miejsc pracy, ochronę środowiska oraz zachowanie konkurencyjności na rynkach światowych daje też *prawo antymonopolowe*. Czynności tych dokonuje Federalne Biuro Antymonopolowe, choć ministerstwo gospodarki może anulować podjętą przez Biuro decyzję.

Warto zwrócić uwagę, że w niemieckim prawodawstwie istnieje zapis dotyczący ochrony firmy

produkującej samochody Volkswagen (tzw. *Volkswagen-Gesetz* z 1960 r.). W myśl tego zapisu indywidualni inwestorzy nie mogą posiadać więcej niż 20 proc. akcji przedsiębiorstwa, a w sprawie decyzji odnoszących się do przyszłości firmy konieczna jest zgoda inwestorów posiadających minimum 80 proc. akcji przedsiębiorstwa⁸.

Niemcy utrzymują restrykcje w sprawie realizacji inwestycji zagranicznych na podstawie *Kodeksu OECD w sprawie liberalizacji przepływów kapitałowych*, dotyczą one transportu lotniczego i morskiego oraz emisji programów radiowych i telewizyjnych. Natomiast wyjątki w realizacji *Instrumentu traktowania narodowego OECD* dotyczą transportu lotniczego i morskiego.

W związku ze zwiększeniem napływu funduszy majątku narodowego – głównie z Arabii Saudyjskiej, Zjednoczonych Emiratów Arabskich, Rosji i Chin – Niemcy planują przyjęcie regulacji prawnych zabezpieczających przed przejściem strategicznych

sektorów przemysłowych. Prawo mogłoby też dotyczyć funduszy zabezpieczających przed ryzykiem kursowym i przedsiębiorstw holdingowych z państw spoza UE (np. Gazpromu). Projekt stosownej ustawy został przedstawiony kanclerz Angeli Merkel 30 października 2007 r. Obecnie trwają konsultacje w tej sprawie.

We Francji istnieje konieczność wcześniejszego informowania o realizacji inwestycji zagranicznych w sektorach gospodarki narodowej, mających wpływ na interes publiczny, porządek publiczny, zdrowie, bezpieczeństwo i przemysł zbrojeniowy (badania, produkcja i handel bronią amunicją, substancjami wybuchowymi i innymi substancjami o przeznaczeniu wojskowym oraz wyposażeniem wojskowym). Organem władczym w sprawie zablokowania realizacji inwestycji zagranicznej jest ministerstwo gospodarki i finansów, które konsultuje się z ministerstwem przemysłu (w każdym przypadku) oraz ministerstwem obrony (w sprawach związanych z bezpieczeństwem i przemysłem zbrojeniowym).

7) W 2005 r. nakazem notyfikacji objęto również produkcję czołgów, transporterów opancerzonych oraz innych wozów bojowych.

8) W 2004 r. Komisja Europejska zaskarżyła to prawo do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości – obecnie toczy się proces w tej sprawie.

Ministerstwo gospodarki i finansów może wstrzymać realizację tych inwestycji zagranicznych, które nie otrzymały odpowiedniego zezwolenia. Zazwyczaj decyzja w sprawie realizacji inwestycji zagranicznej wydawana jest w ciągu dwóch miesięcy. O wydanie zgody muszą ubiegać się zarówno firmy z Unii Europejskiej, jak i z państw trzecich. Nowe przepisy w sprawie inwestycji zagranicznych zostały przyjęte w grudniu 2004 r. (tzw. *Reform Law – Loi 2004-1343*).

Na podstawie tych regulacji w grudniu 2005 r. rząd francuski opublikował dekret (*Ordinance 2005-1739*) zawierający listę 11 sektorów gospodarki francuskiej, w których własność kapitału zagranicznego została ograniczona ze względu na zachowanie bezpieczeństwa narodowego (było to wynik dążeń PepsiCo do przejęcia części akcji firmy Danone). Obostrzenia obejmują: 1) przedsiębiorstwa zajmujące się hazardem – ze względu na niebezpieczeństwo prania brudnych pieniędzy; 2) prywatne firmy ochroniarskie; 3) badania, rozwój lub produkcję środków do walki z nielegalnym użyciem patogenów lub innych substancji toksycznych; 4) systemy podsłuchowe i przechwytyjące; 5) audyt i wydawanie certyfikatów dla przedsiębiorstw związanych z bezpieczeństwem technologii

informatycznych; 6) bezpieczeństwo systemów informatycznych firm zarządzających infrastrukturą krytyczną; 7) przedsiębiorstwa związane z produkcją cywilnych i wojskowych towarów podwójnego przeznaczenia; 8) przemysł kryptograficzny; 9) sektory przemysłu, w których występują informacje niejawne; 10) broń, amunicja i substancje wybuchowe do celów militarnych; 11) kontrakty zbrojeniowe realizowane na zamówienie ministerstwa obrony. Dekret różni też inwestorów z UE i spoza UE w odniesieniu do siedmiu pierwszych sektorów, przyznając inwestorom z UE więcej swobody lub zawężając przyjętą definicję. Cztery ostatnie sektory uważane są za „bardzo wrażliwe”, dlatego zarówno inwestorzy z UE, jak i spoza niej są traktowani tak samo ostro. Jednocześnie dekret zawiera nową definicję „inwestycji zagranicznej”, zgodnie z którą inwestorzy spoza UE muszą występować o zezwolenie do ministerstwa gospodarki i finansów, jeśli następuje: nabycie pakietu kontrolnego przedsiębiorstwa zarejestrowanego we Francji; pośrednie lub bezpośrednie nabycie linii produkcyjnej przedsiębiorstwa zarejestrowanego we Francji; pośrednie lub bezpośrednie nabycie więcej niż 33,3 proc. udziałów lub prawa do głosowania w przedsiębiorstwie zarejestrowanym we Francji. Działania te nie dotyczą

inwestorów z UE (ale tylko w przypadku pierwszych siedmiu sektorów strategicznych z listy).

Jeśli kapitał zagraniczny chce nabyć więcej niż 5 proc. udziałów w przedsiębiorstwie realizującym kontrakty dla ministerstwa obrony lub w skład rady nadzorczej takiego przedsiębiorstwa ma wejść więcej niż trzech przedstawicieli obcego kapitału, to zgodę na to musi wydać prezydent.

Na podstawie *ustawy prywatyzacyjnej z 1993 r.* obowiązuje zakaz sprzedaży powyżej 20 proc. akcji przedsiębiorstw francuskich firmom spoza Unii Europejskiej podczas pierwszej emisji akcji. Na kolejnym etapie prywatni inwestorzy mogą sprzedać posiadane akcje przedsiębiorstwom spoza UE.

Francja utrzymuje też restrykcje w sprawie realizacji inwestycji zagranicznych, wynikające z członkostwa w OECD. Na podstawie *Kodeksu OECD w sprawie liberalizacji przepływów kapitałowych* przewiduje się możliwość zablokowania realizacji inwestycji zagranicznych w transporcie lotniczym i morskim oraz ubezpieczeniach. Dodatkowo Francja utrzymuje wyjątki w realizacji *Instrumentu traktowania narodowego OECD*, dotyczące rolnictwa, transportu lotniczego, morskiego i drogowego,

ubezpieczeń, emisji programów radiowych i telewizyjnych, działalności wydawniczej, przemysłu lotniczego, energii atomowej, usług bankowych, finansowych i księgowych, telekomunikacji oraz turystyki.

FEDERACJA ROSYJSKA

Obowiązujące w Rosji prawodawstwo, ustanawiające ograniczenia w udziale inwestorów zagranicznych w kapitale spółek rosyjskich, można umownie podzielić na dwie kategorie.

Pierwsza z nich dotyczy spółek z wyłącznym udziałem skarbu państwa, które nie podlegają prywatyzacji (a więc także sprzedaży zagranicznym inwestorom). Druga kategoria to ustawy odnoszące się do przedsiębiorstw przemysłu lotniczego i sektora ubezpieczeniowego. Udział zagranicznych inwestorów w kapitale tych spółek nie może przekraczać 25 proc. (49 proc. w przypadku lotniczych spółek transportowych), chyba że odmienną decyzję wyda prezydent FR.

Zasady udziału inwestorów zagranicznych w przedsiębiorstwach o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa narodowego nie zostały dotychczas w Rosji uregulowane w sposób systemowy, jednak odnośny proces legislacyjny

znajduje się na zaawansowanym etapie. Bezpośrednim bodźcem do podjęcia prac ustawodawczych była długotrwała, ale ostatecznie udana próba przejścia przez niemiecki Siemens pakietu akcji rosyjskiego koncernu elektromaszynowego „Siłowyje maszyny”. Pod wpływem tych doświadczeń prezydent Władimir Putin wezwał deputowanych w orędziu do Zgromadzenia Federalnego w kwietniu 2005 r. do uporządkowania prawodawstwa w omawianej kwestii. Jednak dopiero 14 września 2007 r. Duma Państwowa zatwierdziła w pierwszym czytaniu projekt ustawy *O zasadach realizacji w Federacji Rosyjskiej zagranicznych inwestycji w organizacjach komercyjnych, posiadających strategiczne znaczenie dla bezpieczeństwa narodowego FR.*

W projekcie określono 39 sfer działalności gospodarczej (m.in. hydrometeorologia, wykorzystanie materiałów jądrowych i substancji promieniotwórczych, uzbrojenie i sprzęt wojskowy, sprzęt lotniczy, produkcja środków szyfrujących), w których inwestorzy zagraniczni na określonych zasadach mogą objąć pakiety akcji.

Projekt przewiduje, że władze będą kontrolowały wszystkie umowy dające zagranicznym przedsiębiorstwom kontrolę nad firmami rosyjskimi. Do zawarcia takiej

umowy nieodzowne będzie pozwolenie komisji rządowej pod przewodnictwem premiera. Gdyby okazało się, że przejmowana spółka jest w posiadaniu tajemnic państwowych, na inwestora nałożone będą dodatkowe zobowiązania. Swoje weto do umowy będzie mogła złożyć Federalna Służba Bezpieczeństwa, jeśli w procesie śledczym okaże się, że zagrożone jest bezpieczeństwo narodowe.

W trakcie posiedzenia komisji Dumy ds. przemysłu, budownictwa i technologii naukowych, które odbyło się 15 października 2007 r., deputowani i przedstawiciele poszczególnych resortów zgłosili liczne propozycje poprawek, mających na celu przede wszystkim doprecyzowanie pojęcia działalności o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa narodowego FR. O zablokowanie dostępu zagranicznych inwestorów do eksploatacji określonych złóż ropy i gazu zabiegali przedstawiciele Ministerstwa Zasobów Naturalnych, a Ministerstwo Technologii Informacyjnych i Łączności wniosło o przyjęcie listy 20 największych operatorów, w których przypadku zakup akcji przez inwestorów zagranicznych byłby utrudniony. Z kolei kierownictwo koncernu elektroenergetycznego RAO JES postulowało o wyłączenie spod ustawy lokalnych, niskowoltowych

sieci. Drugie czytanie wspomnianego projektu ustawy zaplanowane zostało na marzec 2008 r.

Na obecnym etapie nie sposób szczegółowo ocenić zasięg ograniczeń i skutki wprowadzenia ustawy w życie. Nie jest pewne, czy zdoła ona osiągnąć cel, wyznaczony przez Władimira Putina, jakim jest wprowadzenie jasnych i stabilnych zasad dla inwestorów zagranicznych na rosyjskim rynku. Wiele wskazuje na to, że stworzy ona raczej szerokie pole do ingerencji państwa w obecność zagranicznego kapitału w Rosji. Warto zauważyć, że rosyjscy urzędnicy, odpowiadając na tak formułowane zarzuty, niejednokrotnie powoływali się na rozwiązania obowiązujące w UE i USA (ustawodawstwo Exon-Florio).

POLITYKA CHIN WOBEC KAPITAŁU ZAGRANICZNEGO

Chińska Republika Ludowa od 1978 r. prowadzi politykę otwierania się na świat, co niesie za sobą znoszenie regulacji dotyczących kapitału zagranicznego. Przepisy chińskie odnoszące się do podmiotów zagranicznych można zakwalifikować do dwóch kategorii.

Pierwsza to przepisy preferencyjne, stosowane przez rząd chiński

wobec przedsiębiorstw zagranicznych, które wnoszą zasadniczy wkład w rozwój Chin (nowoczesne technologie, systemy zarządzania, kapitał). Drugą kategorią są przepisy ograniczające działalność podmiotów zagranicznych w celu ochrony gałęzi przemysłu ważnych ze względu na szeroko pojęte bezpieczeństwo państwa.

Działalność firm zagranicznych w Chinach jest ograniczana przez *Regulacje dotyczące fuzji i zakupów firm krajowych przez podmioty zagraniczne (Regulations for Merger with and Acquisition of Domestic Enterprises by Foreign Investors)* z 17 października 2006 r. W świetle tej regulacji podmiot zagraniczny musi wystąpić o specjalną zgodę do Ministerstwa Handlu ChRL lub odpowiednich organów prowincjonalnych w przypadku zakupu więcej niż 25 proc. udziałów w firmie chińskiej, która:

- jest zaliczana do „kluczowych gałęzi przemysłu”;
- posiada prawa do „popularnej marki” albo historycznego chińskiego znaku handlowego, a transakcja skutkuje transferem tych praw do przedsiębiorstwa zagranicznego;
- jest ważna dla bezpieczeństwa ekonomicznego Chin.

Prawo antymonopolowe, które zostało przyjęte 30 sierpnia 2007 r. i wejdzie w życie 30 sierpnia 2008 r., w podobny sposób reguluje działalność podmiotów zagranicznych w ChRL. Szczególnie art. 31 stanowi, że w przypadku, gdy podmiot zagraniczny przejmuje podmiot chiński, to oprócz procedury antymonopolowej należy zbadać transakcję pod względem bezpieczeństwa państwa.

Chińska ustawa nie wyjaśnia terminów „kluczowa gałąź przemysłu”⁹, „historyczna lub popularna marka” albo „bezpieczeństwo ekonomiczne”. Takie sformułowania zostawiają duże pole manewru dla decydentów chińskich. Z jednej strony, w świetle tych przepisów prawie każde przejście chińskiego przedsiębiorstwa przez kapitał zagraniczny może być zablokowane. Z drugiej zaś prawo to nie wyklucza – w określonej sytuacji politycznej – przejścia chińskiego przedsiębiorstwa na przykład z sektora stalowego albo telekomunikacyjnego przez podmiot zagraniczny.

Sytuację tę potwierdza praktyka. W październiku 2005 r. amerykańska firma Carlyla podjęła próbę zakupu 85 proc. udziałów w chińskiej firmie budowlanej Xugong Construction Machinery. Transakcja tę zablokowano, gdyż chińska firma została uznana przez

Ministerstwo Handlu za ważną dla bezpieczeństwa ekonomicznego ChRL. Tymczasem w listopadzie 2007 r. chińskie władze dały „zielone światło” dla firmy z Luksemburga ArcelorMittal na przejście kontroli nad przedsiębiorstwem stalowym China Oriental Group.

Prawo ChRL dotyczące fuzji i przejęć firm krajowych przez podmioty zagraniczne charakteryzuje się więc brakiem szczegółowych rozwiązań, dokładnych definicji oraz procedur. Taka sytuacja skutkuje tym, że przejście przez podmioty zagraniczne podmiotów chińskich zależy w większym stopniu od uwarunkowań politycznych niż formalnoprawnych.

Z POLSKIEJ PERSPEKTYWY

Porównując rozwiązania stosowane w różnych krajach, można zauważyć ogólną tendencję do zaostrzenia polityki w dziedzinie ochrony bezpieczeństwa narodowego. Rozszerzeniu ulegają jego definicje oraz liczba sektorów gospodarki, które są uznawane za szczególnie wrażliwe. Rządy państw w coraz większym zakresie rezerwują sobie prawo do blokowania całkowitego lub częściowego przejęcia firm, które zostaną uznane za strategiczne dla interesu

narodowego. Główną branżą podlegającą ochronie pozostaje oczywiście przemysł zbrojeniowy, ale coraz częściej dotyczy to również sektora energetycznego, informatycznego oraz firm posiadających nowoczesne technologie (niekiedy mające zastosowanie militarne). Jest to związane ze zmianami, jakie zachodzą w percepcji współczesnych zagrożeń dla bezpieczeństwa narodowego. Znacznie większe znaczenie przypisuje się obecnie zagrożeniom asymetrycznym (terroryzm, bezpieczeństwo energetyczne, proliferacja BMR, cyberterroryzm), co znajduje odzwierciedlenie w ustawodawstwie dotyczącym bezpieczeństwa narodowego.

Jeśli chodzi o model kontroli transakcji inwestycyjnych, to możemy wyróżnić dwa główne podejścia: ustawowe (systemowe) oraz uznaniowe. Pierwsze z nich reprezentuje na przykład Francja, w której wprowadzono bardzo szczegółowe ustawodawstwo regulujące procedury kontroli wraz z dokładnym wyszczególnieniem sektorów gospodarki podlegających ochronie. Lista

ta jest bardzo obszerna, a w niektórych przypadkach (np. rozszerzenie ochrony na takie dziedziny, jak rolnictwo czy transport) przyjęte rozwiązania można uznać raczej za protekcyjnistyczne niż dotyczące *stricto* bezpieczeństwa narodowego.

Inaczej kwestię tę rozwiązano w Stanach Zjednoczonych. Ochrona narodowego interesu nie jest w *Ustawie o inwestycjach zagranicznych i bezpieczeństwie narodowym* zdefiniowana tak dokładnie jak w przypadku Francji. Prezydent USA, który działa poprzez specjalną komisję, może uznaniowo zablokować dowolną transakcję, jeśli takie wnioski zostaną sformułowane w trakcie postępowania sprawdzającego.

Warto również podkreślić, że o ile w przypadku krajów UE i NATO ustawodawstwo tego typu służy w znacznym stopniu rzeczywistej ochronie bezpieczeństwa narodowego, to kraje, które nie są liberalnymi demokracjami (np. Chiny czy Rosja), wykorzystują je raczej jako pretekst do protekcyjnistycznej polityki gospodarczej.

9) Pewną wskazówką w tym względzie może być lista przygotowana przez Komisję Administracji i Nadzoru nad Majątkiem Państwa (*Assets Supervision and Administration Commission*), która uznała, że rząd chiński powinien zachować kontrolę nad sektorami: zbrojeniowym, przesyłu i produkcji energii, naftowym, chemicznym, telekomunikacyjnym, węglowym, lotniczym oraz stoczniowym.

Z całą pewnością potrzebne jest stworzenie podobnego kompleksowego ustawodawstwa dotyczącego ochrony bezpieczeństwa narodowego RP. Obowiązująca obecnie *Ustawa o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego* z 3 czerwca 2005 r. nie jest wystarczająca. Bazuje ona na tzw. zasadzie „złotej akcji”, czyli rozwiązaniu, które zezwala ministrowi właściwemu dla Skarbu Państwa na sprzeciw wobec działań władz spółek związanych przede wszystkim z sektorem energetycznym, transportowym i telekomunikacyjnym. W rozporządzeniu do tej ustawy z 4 września 2007 r. wymieniono konkretne przedsiębiorstwa, których dotyczą szczególnie uprawnienia władz państwowych¹⁰.

Mankamentem obecnych rozwiązań jest nie tylko to, że obejmują one tylko część zagadnień związanych z bezpieczeństwem narodowym, ale także potencjalna niezgodność z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Ostatnia decyzja w sprawie niemieckiego Volkswagena sugeruje, że rozwiązania oparte na zasadzie „złotej akcji” mogą być w przyszłości kwestionowane. ETS, stojąc na gruncie

priorytetu prawa do swobodnego przepływu kapitału, może stać się potencjalną instancją odwoławczą, gdyby przepisy polskiej ustawy zostały zastosowane. Pretekstem może być na przykład uznawana przez ETS zasada, że państwo może ingerować jedynie w decyzje spółek dysponujących tzw. infrastrukturą krytyczną dla ochrony bezpieczeństwa narodowego. Tymczasem polskie rozporządzenie do ustawy obejmuje przedsiębiorstwa, które nie spełniają tego kryterium.

Wydaje się więc zasadne, aby ustawodawstwo polskie w tej dziedzinie wzorowało się raczej na modelu francuskim niż amerykańskim, ale z uwzględnieniem prawodawstwa unijnego. Dodatkowym argumentem „za” jest fakt, że w systemie USA bardzo silna pozycja prezydenta (jedynego przedstawiciela władzy wykonawczej) pozwala na takie rozwiązanie, które w ustrojowym modelu Polski nie byłoby odpowiednie. Wprowadzenie ustawowych definicji, zakresu ochraniających sektorów oraz możliwie szczegółowych procedur uniezależniłoby proces decyzyjny od bieżących rozgrywek politycznych, sporów kompetencyjnych w obrębie władzy wykonawczej (premier-prezydent) oraz wpływów lobbystycznych. Dobrym wzorcem z ustawy

amerykańskiej jest z kolei specjalna komisja, zajmująca się oceną i monitoringiem transakcji pod kątem ich wpływu na bezpieczeństwo narodowe. Szeroki skład

(warto zwrócić uwagę na udział Dyrektora Wywiadu Narodowego) daje gwarancję przeprowadzenia kompleksowej i rozważnej analizy danej transakcji.

10) Znalazły się na niej przede wszystkim przedsiębiorstwa związane z energetyką (m.in. PGNiG, Orlen, BOT, Lotos, PSE), ale także z transportem (PKP) oraz telekomunikacją (TP SA, Polkomtel).