

USTAWA O KONTROLI NIEKTÓRYCH INWESTYCJI

Komentarz

redakcja naukowa Maciej Mataczyński

Ewelina Kochowska, Adam Krzywoń
Maciej Mataczyński, Maksymilian Saczywko
Robert Zawłocki

KOMENTARZE PRAKTYCZNE



Wolters Kluwer

USTAWA O KONTROLI NIEKTÓRYCH INWESTYCJI

Komentarz

redakcja naukowa Maciej Mataczyński

Ewelina Kochowska, Adam Krzywoń
Maciej Mataczyński, Maksymilian Saczywko
Robert Zawłocki

KOMENTARZE PRAKTYCZNE

Publikacja została sfinansowana ze środków Narodowego Centrum Nauki
przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2013/09/B/HS5/00068

Stan prawny na 1 września 2016 r.

Recenzent

Dr hab. Andrzej Herbet, prof. KUL

Wydawca

Monika Pawłowska

Redaktor prowadzący

Adam Choiński

Opracowanie redakcyjne

Szymon Makuch

Łamanie

JustLuk

Komentarze do poszczególnych artykułów napisali:

Ewelina Kochowska – art. 1 pkt VII i VIII, art. 2, art. 4 (z wyjątkiem pkt IV), art. 7–10, 17, 18

Adam Krzywoń – art. 1 pkt V, art. 4 pkt IV (z wyjątkiem nb 22)

Maciej Mataczyński – art. 1 pkt I–III, art. 19

Maksymilian Saczywko – art. 1 pkt IV, art. 3, art. 4 pkt IV nb 22, art. 5, 6, 12–14

Robert Zawłocki – art. 15 i 16

Maciej Mataczyński, Maksymilian Saczywko – art. 1 pkt VI

Maciej Mataczyński, Ewelina Kochowska – art. 11

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących
im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej
w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło.
A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.

prawolubni

SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ

Więcej na www.legalnakultura.pl

POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by Wolters Kluwer SA, 2016

ISBN: 978-83-8092-827-5

Dział Praw Autorskich

01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33

tel. 22 535 82 19

e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl

www.wolterskluwer.pl

księgarnia internetowa www.profinfo.pl

Spis treści

Wykaz skrótów	7
Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 980)	11
Art. 1. [Zakres przedmiotowy]	13
Art. 2. [Kontrola]	69
Art. 3. [Objaśnienie pojęć]	72
Art. 4. [Podmiot objęty ochroną, wykaz podmiotów]	91
Art. 5. [Zawiadomienie o zamiarze nabycia]	106
Art. 6. [Treść zawiadomienia]	114
Art. 7. [Tłumaczenie dokumentów]	120
Art. 8. [Pełnomocnik do doręczeń]	132
Art. 9. [Wszczęcie postępowania]	138
Art. 10. [Rekomendacje, dodatkowe wyjaśnienia]	146
Art. 11. [Sprzeciw wobec nabycia udziałów albo akcji lub praw z udziałów albo akcji]	155
Art. 12. [Nieważność czynności]	170
Art. 13. [Komitet Konsultacyjny]	179
Art. 14. [Kierowanie pracami Komitetu Konsultacyjnego]	183
Art. 15. [Przestępstwo nieuprawnionego nabycia dominacji] ...	185
Art. 16. [Przestępstwa niezłożenia zawiadomienia oraz wykonywania praw bez złożenia zawiadomienia]	193
Art. 17. [Zmiany w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej]	203

Art. 18. [Zmiany w ustawie – Prawo geologiczne i górnicze] . . .	206
Art. 19. [Wejście w życie]	207
Literatura	209
Autorzy	211

Wykaz skrótów

Akty prawne

- | | |
|-------|---|
| AußWG | – austriacka ustawa z dnia 30 sierpnia 2011 r. o stosunkach gospodarczych z zagranicą – Außenwirtschaftsgesetz (BGBl. I Nr 26/2011) |
| AWG | – niemiecka ustawa z dnia 6 czerwca 2013 r. o stosunkach gospodarczych z zagranicą – Außenwirtschaftsgesetz (BGBl. I S. 1482) |
| AWV | – niemieckie rozporządzenie z dnia 2 sierpnia 2013 r. o stosunkach gospodarczych z zagranicą – Außenwirtschaftsverordnung (BGBl. I S. 2865) |
| GATS | – Układ ogólny w sprawie handlu usługami (General Agreement on Trade in Services), z dnia 15 kwietnia 1994 r., stanowiący załącznik 1B do Obwieszczenia Ministra Spraw Zagranicznych z dnia 23 lutego 1998 r. w sprawie ogłoszenia załączników do Porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu (WTO) (Dz. U. z 1998 r. Nr 34, poz. 195 z późn. zm.) |
| k.c. | – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 380 z późn. zm.) |

- k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137)
- Konstytucja RP – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.)
- Konwencja haska – konwencja znosząca wymóg legalizacji zagranicznych dokumentów urzędowych, sporządzona w Hadze dnia 5 października 1961 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 112, poz. 938)
- k.p.a. – ustawa z dnia 14 czerwca 1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 23 z późn. zm.)
- k.p.c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (tekst jedn.: Dz. U. z 2014 r. poz. 101 z późn. zm.)
- k.s.h. – ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 z późn. zm.)
- nowelizacja z dnia 29 stycznia 2016 r. – ustawa z dnia 29 stycznia 2016 r. o zmianie ustawy o kontroli niektórych inwestycji (Dz. U. poz. 149)
- pr. bank. – ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 128 z późn. zm.)
- TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47)
- TWE – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 321E z 29.12.2006, s. 37)

u.o.p.	– ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1382 z późn. zm.)
ustawa	– ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 980)
ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r.	– ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. Nr 132, poz. 1108 z późn. zm.)
ustawa z dnia 18 marca 2010 r.	– ustawa z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (Dz. U. Nr 65, poz. 404 z późn. zm.)

Czasopisma i publikatory

Dz. U.	– Dziennik Ustaw
Dz. Urz. UE/WE	– Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej/ Wspólnot Europejskich
OSNC	– Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna
OTK	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
OTK-A	– Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego. Zbiór Urzędowy, Seria A

Inne

BIT	– dwustronna umowa w zakresie popierania i ochrony inwestycji (ang. <i>bilateral investment treaty</i>)
EOG	– Europejski Obszar Gospodarczy
KE	– Komisja Europejska
OECD	– Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. <i>Organisation for Economic Co-operation and Development</i>)
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej ETS – Europejski Trybunał Sprawiedliwości)
uzasadnienie projektu ustawy	– uzasadnienie projektu ustawy o kontroli niektórych inwestycji (druk nr 3454 Sejmu VII kadencji)
WTO	– Światowa Organizacja Handlu (ang. <i>World Trade Organization</i>)

USTAWA

z dnia 24 lipca 2015 r.

o kontroli niektórych inwestycji

(tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 980)

Art. 1. [Zakres przedmiotowy]

Ustawa określa:

- 1) zasady i tryb kontroli niektórych inwestycji polegających na nabywaniu:**
 - a) udziałów albo akcji,**
 - b) ogółu praw i obowiązków wspólnika, mającego prawo prowadzenia spraw spółki lub prawo reprezentacji spółki osobowej,**
 - c) przedsiębiorstwa lub jego zorganizowanej części**
– skutkującym nabyciem lub osiągnięciem istotnego uczestnictwa albo nabyciem dominacji nad spółką, będącą podmiotem podlegającym ochronie;
- 2) sankcje za naruszenie obowiązków wynikających z ustawy.**

I. Uwagi ogólne

- 1.** Władztwo Skarbu Państwa w spółkach prawa handlowego opiera się na posiadaniu określonego udziału w ogólnej liczbie głosów na walnym zgromadzeniu. Przeważająca większość spółek prowadzących działalność gospodarczą w obszarach uznawanych za strategiczne kontynuuje po 1989 r. w nowej formie prawnej działalność dawnych przedsiębiorstw państwowych. Podmioty te zostały skomercjalizowane, tj. przekształcone w spółki prawa handlowego, a następnie podlegały – w mniejszym lub większym stopniu – procesowi prywatyzacji.

2. W odniesieniu do znacznej grupy spółek podjęto decyzję o dyskontynuacji procesu prywatyzacji. Są to spółki działające w sektorze wytwarzania, przesyłu i dystrybucji energii elektrycznej (PGE Polska Grupa Energetyczna S.A., Enea S.A., TAURON Polska Energia S.A., Energa S.A.), wydobywania, przetwarzania, przesyłu i sprzedaży paliw węglowodorowych (Polskie Górnictwo Naftowe i Gazownictwo S.A., Polski Koncern Naftowy Orlen S.A., Grupa Lotos S.A., Operator Gazociągów Przesyłowych Gaz-System S.A., Przedsiębiorstwo Eksploatacji Rurociągów Naftowych „Przyjaźń” S.A., Przedsiębiorstwo Przeładunku Paliw Płynnych Naftoport sp. z o.o.), wydobywania miedzi i srebra (KGHM Polska Miedź S.A.), wydobywania węgla kamiennego (Kompania Węglowa S.A.), ubezpieczeń (Powszechny Zakład Ubezpieczeń S.A.) i bankowości (Powszechna Kasa Oszczędności Bank Polski S.A.).
3. W myśl doktryny polityczno-ekonomicznej tzw. narodowych czempionów doświadczenia kryzysu finansowego z 2009 r. pokazują, że państwo powinno pozostać akcjonariuszem kontrolującym strategiczne branże gospodarki (banki, ubezpieczenia, wydobywanie i przetwarzanie ropy naftowej i gazu, produkcję i przesył energii elektrycznej, porty, wydobywanie metali szlachetnych). Decyzja o dyskontynuacji prywatyzacji została podjęta jednak wobec wielu z wymienionych spółek wówczas, gdy Skarb Państwa był już jedynie ich akcjonariuszem mniejszościowym¹. Równocześnie Skarb Państwa nie miał ani środków, ani podstawy prawnej do zwiększenia zaangażowania kapitałowego. Status akcjonariusza formalnie mniejszościowego nie uniemożliwiał sprawowania faktycznej kontroli w tych spółkach. Pakiet akcji posiadany przez Skarb Państwa pozwalał – w sytuacji znacznego rozproszenia akcjonariatu – na uzyskiwanie stabilnej większości głosów na walnym zgromadzeniu tych spółek. Jednakże taki stan rodzi ryzyko utraty kontroli w wyniku tzw. wrogiego przejęcia, tj. nabycia takiej liczby akcji, która pozwoli na wybór większości członków rady nadzorczej i powo-

¹ Na przykład w PKN Orlen S.A. ma 27,52% ogólnej liczby głosów; w KGHM Polska Miedź S.A. – 31,79%; w PZU S.A. – 34,19%. Ostatnie znaczące pakiety akcji Skarbu Państwa w spółkach strategicznych minister właściwy do spraw Skarbu Państwa zbywał jeszcze w 2012 r.

łanie zarządu kontrolowanego przez nowego akcjonariusza. Ryzyko w szczególności dotyka spółek publicznych, których akcje są przedmiotem obrotu na giełdzie papierów wartościowych. Aby zapobiec takiemu stanowi rzeczy, polski ustawodawca podejmował próby ustawowej regulacji, a zainteresowane spółki same wprowadzały w swoich regulacjach wewnętrznych postanowienia mające chronić je przed wrogiem przejęciem.

II. Ochrona na podstawie ustaw szczególnych

4. Ustawa z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji (tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 980) jest kolejną inicjatywą polskiego ustawodawcy zmierzającą do zapewnienia kontroli nad spółkami uznawanymi za strategiczne. Pierwszym aktem prawnym tego typu była ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. o szczególnych uprawnieniach Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w spółkach kapitałowych o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. Nr 132, poz. 1108)². Oparta była na mechanizmie wyrażania przez organ administracji (ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa) sprzeciwu wobec określonych w ustawie czynności organów spółek (np. rozwiązanie spółki, przeniesienie siedziby spółki za granicę, zbycie mienia o strategicznym znaczeniu). Ustawa z dnia 3 czerwca 2005 r. w art. 8 wskazywała obszary działalności spółek uznawanych za strategiczne. Na podstawie delegacji zawartej w art. 8 ust. 2 Rada Ministrów wydała rozporządzenie z dnia 30 września 2008 r. w sprawie listy spółek o istotnym znaczeniu dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego (Dz. U. Nr 192, poz. 1184) zawierające wykaz 13 spółek podlegających zakresowi zastosowania ustawy. W związku z wszczęciem przez Komisję Europejską przeciwko Polsce procedury w trybie art. 258 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana: Dz. Urz. UE C 202 z 7.06.2016, s. 47) o naruszenie zobowiązań traktatowych polski ustawodawca uchylił przed-

² Por. M. Mataczyński, *Swoboda przepływu kapitału a złota akcja Skarbu Państwa*, Warszawa 2007, s. 185–237.

miotową ustawę w całości³. Komisja Europejska przedstawiła wiele zarzutów wobec ustawy. Podstawowym było zakwalifikowanie jej jako niedopuszczalnego ograniczenia swobody przepływu kapitału w rozumieniu art. 63 ust. 1 TFUE. Według Komisji nietrafne były przywoływane przez polski rząd argumenty wskazujące, że jakkolwiek ustawa stanowi ograniczenie swobody, mieści się jednak w zakresie dopuszczalnych ograniczeń przewidzianych w art. 65 ust. 1 lit. b *in fine* TFUE. Polski rząd podnosił, że jest to środek, którego celem jest ochrona porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego, w szczególności bezpieczeństwa energetycznego. Władze polskie powoływały się na korzystne judykaty Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, zwłaszcza sprawę C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*⁴, i sprawę 72/83 *Campus Oil*⁵. Zdaniem Komisji Europejskiej zaskarżony akt był jednak nieproporcjonalnym ograniczeniem swobody, a ponadto regulował obszary całkowicie niezwiązane z bezpieczeństwem energetycznym państwa, jak np. wydobywanie miedzi.

5. Z omawianą tematyką związana była też ustawa z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa oraz ich wykonywaniu w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych (Dz. U. Nr 65, poz. 404). Celem tej ustawy jest objęcie ochroną infrastruktury krytycznej znajdującej się we władaniu spółek prawa handlowego, z jednoczesnym uwzględnieniem zastrzeżeń Komisji Europejskiej sformułowanych w postępowaniu, o którym mowa wyżej. Mechanizm kontroli wprowadzony przez ustawę z dnia 18 marca 2010 r. nie jest adresowany do spółek prawa handlowego (aspekt podmiotowy), lecz dotyczy poszczególnych składników mienia nale-

³ Na podstawie art. 9 ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r.

⁴ Wyrok TSUE z dnia 4 czerwca 2002 r. w sprawie C-503/99 *Komisja Europejska v. Belgia*, EU:C:2002:328.

⁵ Wyrok TSUE z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie 72/83 *Campus Oil Limited i inni v. Ministre pour l'Industrie i l'Energie i inni*, EU:C:1984:256.

żącego do tych spółek (aspekt przedmiotowy). W myśl art. 1 ust. 2 tej ustawy mienie to obejmuje:

- 1) w sektorze energii elektrycznej – infrastrukturę służącą do wytwarzania albo przesyłania energii elektrycznej;
- 2) w sektorze ropy naftowej – infrastrukturę służącą do wydobycia, rafinacji, przetwarzania ropy naftowej oraz magazynowania i przesyłania rurociągami ropy naftowej oraz produktów ropopochodnych, jak również terminale portowe do przeładunku tych produktów i ropy naftowej;
- 3) w sektorze paliw gazowych – infrastrukturę służącą do produkcji, wydobycia, rafinacji, przetwarzania, magazynowania, przesyłania paliw gazowych gazociągami oraz terminale skroplonego gazu ziemnego (LNG).

6. Na podstawie przepisów ustawy doszło do sporządzenia wykazu infrastruktury krytycznej. Działania władcze ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, przede wszystkim sprzeciw wobec zbycia (art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 18 marca 2010 r.), mogą dotyczyć jedynie poszczególnych, indywidualnych składników majątku znajdujących się we wspomnianym wykazie. Ustawa z dnia 18 marca 2010 r. weszła w życie 1 kwietnia 2010 r. (por. art. 10 ustawy). Faktyczne jednak rozpoczęcie obowiązywania jej postanowień nastąpiło znacznie później, gdyż ponad rok opracowywano wykaz infrastruktury krytycznej, bez którego postanowienia ustawy nie mogły być stosowane. Ustawa z dnia 18 marca 2010 r. obowiązuje nadal.

III. Ochrona na podstawie postanowień statutowych

7. Postanowienia statutowe mające na celu zabezpieczenie spółek kontrolowanych przez Skarb Państwa przed wrogim przejęciem opierają się zasadniczo na postanowieniach ustawy z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 z późn. zm.), w szczególności art. 411 § 3–4. Poniżej omówione zostaną pokrótce rozwiązania przyjęte w statucie Polskiego Koncernu Naftowego Orlen S.A., gdyż zostały one powielone w statutach wielu innych spółek strategicznych. Zgodnie z treścią § 11

ust. 1 Statutu PKN Orlen S.A. „prawo głosowania akcjonariuszy zostaje ograniczone w ten sposób, że żaden z nich nie może wykonywać na Walnym Zgromadzeniu więcej niż 10% ogólnej liczby głosów istniejących w Spółce w dniu odbywania Walnego Zgromadzenia, z zastrzeżeniem, że dla potrzeb ustalania obowiązków nabywców znacznych pakietów akcji przewidzianych w ustawach, o których mowa w pkt 3 i 5 poniżej, takie ograniczenie prawa głosowania nie istnieje. Ograniczenie prawa głosowania, o którym mowa w zdaniu poprzednim, nie dotyczy Skarbu Państwa oraz banku depozytowego, który na podstawie umowy ze Spółką wyemitował kwity depozytowe w związku z akcjami Spółki (w przypadku wykonywania przez ten podmiot prawa głosu z tych akcji Spółki). Na potrzeby niniejszego ustępu wykonywanie prawa głosu przez podmiot zależny uważa się za jego wykonywanie przez podmiot dominujący w rozumieniu ustaw, o których mowa w pkt 3 i 5 poniżej, oraz dla obliczania liczby głosów przysługujących akcjonariuszowi sumuje się liczbę głosów z akcji i liczbę głosów, które uzyskałby ten akcjonariusz w przypadku zamiany posiadanych przez siebie kwitów depozytowych na akcje”⁶.

8. Postanowienie to spotkało się z krytycznymi komentarzami w literaturze⁷. Jak widać, akcjonariusze wykorzystali przewidzianą w art. 411 § 3 k.s.h. kompetencję do wprowadzenia ograniczenia wykonywania prawa głosu (ang. *voting cap*), z tym zastrzeżeniem, że wyłączyli z zakresu tego ograniczenia Skarb Państwa oraz bank depozytowy, który na podstawie umowy ze spółką wyemitował kwity depozytowe w związku z akcjami spółki. Ze względu na zakończenie programu emisji kwitów depozytowych (ang. *global depositary receipts* – GDR) postanowienie to ma w tym zakresie jedynie walor historyczny.

⁶ Statut Polskiego Koncernu Naftowego Orlen S.A. dostępny na stronie internetowej: <http://www.orken.pl/PL/Ofirmie/Documents/PKN%20Orlen%20Statut%202015.pdf> (dostęp: 21 marca 2016 r.). Por. analogiczne rozwiązania w § 9 ust. 3–10 statutu Giełdy Papierów Wartościowych S.A.

⁷ K. Oplustil, M. Bobrzyński, *Wyrok TSUE w sprawie Volkswagena i jego znaczenie dla prawa polskiego*, Glosa 2008, nr 2, s. 42–52.

IV. Przyczyny uchwalenia ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji. Regulacje niemiecka i austriacka

9. Stan prawny ukształtowany przez uchwalenie ustawy z dnia 18 marca 2010 r. i jednocześnie uchylenie ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r., a także obowiązywanie w niektórych spółkach środków obronnych na podstawie art. 411 § 3 k.s.h., uznawany był za niechroniący w satysfakcjonujący sposób kontroli Skarbu Państwa nad strategicznymi spółkami. Przekonanie to utrwaliło się w związku z próbą przejęcia kontroli nad Zakładami Azotowymi Puławy S.A. przez rosyjską spółkę Acron w 2012 r. Przeszkodą jednak do uchwalenia ustawy, która w sposób adekwatny adresowałaby istniejące wyzwania, były stanowisko TSUE i doświadczenia z postępowania wszczętego przez Komisję Europejską wobec ustawy z dnia 3 czerwca 2005 r. W tym okresie doszło do istotnych zmian w stanie prawnym niektórych państw członkowskich Unii Europejskiej. W szczególności za istotne uznawano uchwalenie ustaw przez ustawodawcę niemieckiego i ustawodawcę austriackiego.
10. Niemiecka ustawa z dnia 6 czerwca 2013 r. o stosunkach gospodarczych z zagranicą – Außenwirtschaftsgesetz (BGBl. I S. 1482) reguluje ograniczenia związane z obrotem gospodarczym między Republiką Federalną Niemiec a innymi państwami. Zgodnie z zasadą wyrażoną w § 1 ust. 1 AWG „przepływ dóbr, usług, kapitału, płatności i inny obrót gospodarczy z zagranicą, jak również obrót dobrami zagranicznymi oraz złotem między podmiotami krajowymi jest zasadniczo swobodny. Podlega on ograniczeniom wynikającym z AWG albo z rozporządzenia wykonawczego wydanego na podstawie AWG”. Na podstawie § 12 ust. 1 AWG federalna rada ministrów (Bundesregierung) została upoważniona do wydawania rozporządzeń wykonawczych. Głównym rozporządzeniem wykonawczym wydanym na podstawie ww. delegacji jest rozporządzenie z dnia 2 sierpnia 2013 r. o stosunkach gospodarczych z zagranicą – Außenwirtschaftsverordnung (BGBl. I S. 2865). Rozporządzenie to zawiera rozdział 6 – „Ograniczenia przepływu kapitału”, którego podrozdział 2 zatytułowany jest „Prüfung von Unternehmenenserwerben (Kontrola przejęć przedsiębiorstw)”. Podrozdział

ten podzielony jest na dwa oddziały, które dotyczą kontroli ponadsektorowej (§ 55–59 AWV) oraz kontroli sektorowej (§ 60–65 AWV). Kontrola ponadsektorowa, o której mowa w § 55 ust. 1 AWV, obejmuje kompetencję niemieckiego Ministerstwa Gospodarki i Energetyki (Bundesministerium für Wirtschaft und Energie) do badania, czy nabycie przez podmiot spoza UE (*Unionsfremder*) przedsiębiorstwa albo bezpośrednie lub pośrednie nabycie istotnego udziału w danym przedsiębiorstwie krajowym może zagrażać porządkowi publicznemu lub bezpieczeństwu Niemiec („die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland gefährdet”). Taka kontrola może być przeprowadzona również w odniesieniu do transakcji, w której nabywcą jest podmiot z UE (*Unionsansässige*), jeżeli tylko istnieją przesłanki, że do założenia przedsiębiorstwa lub podjęcia działalności gospodarczej w UE doszło w celu uniknięcia badania inwestycji przez niemiecki organ kontroli (§ 55 ust. 2 AWV). Organ kontroli może zrealizować swoją kompetencję do przeprowadzenia badania wyłącznie wtedy, gdy zachowa 3-miesięczny termin zawiadomienia nabywcy (z zastrzeżeniem, że zawiadomienie o wszczęciu postępowania powinno być niezwłoczne). Termin ten liczy się od dnia zawarcia umowy zobowiązaniowej w celu nabycia, a w przypadku transakcji na rynku kapitałowym – od dnia ujawnienia informacji poufnej lub bieżącej o złożeniu oferty lub uzyskaniu kontroli (§ 55 ust. 3 AWV). Progi określone dla istotności nabytego udziału w przedsiębiorstwie krajowym zostały opisane w § 56 AWV. Zgodnie z ust. 1 pośredni albo bezpośredni udział nabywcy w ogólnej liczbie głosów przedsiębiorstwa musi wynosić co najmniej 25%. Do udziału tego doliczane są głosy podmiotów, w których nabywca posiada co najmniej 25% udziału w ogólnej liczbie głosów, oraz udziały tych podmiotów, z którymi nabywca pozostaje w porozumieniu co do zgodnego wykonywania prawa głosu (§ 56 ust. 2 AWV). Próg 25% udziału w ogólnej liczbie głosów jest właściwy również dla nabycia pośredniego (§ 56 ust. 3 AWV). Zgodnie z § 57 AWV bezpośredni nabywca jest zobowiązany do przedstawienia organowi kontroli niezbędnych dokumentów w celu przeprowadzenia badania, o którym mowa w § 55 AWV. Listę takich dokumentów określa okólnik (*Allgemeinverfügung*) wydany przez organ kontroli, który to organ może jednak w konkretnych przypadkach żądać od kontrolo-

wanego podmiotu przedstawienia dodatkowych dokumentów. Zgodnie z § 58 ust. 1 AWV organ kontroli poświadcza nabywcy na piśmie zgodność nabycia z podstawowymi zasadami porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego Niemiec (*Unbedenklichkeitsbescheinigung*). Poświadczenie takie uzyskuje moc prawną pod warunkiem, że organ kontroli nie doprowadzi do wszczęcia z urzędu, w terminie 1 miesiąca od złożenia wniosku o wydanie poświadczenia, postępowania kontrolnego, o którym mowa w § 55 AWV.

11. Zgodnie z § 59 ust. 1 AWV organ kontroli może wydać decyzję zakazującą bezpośredniego nabycia w terminie 2 miesięcy od otrzymania pełnej dokumentacji w rozumieniu § 57 AWV w przypadku stwierdzenia zagrożenia dla porządku publicznego lub bezpieczeństwa Niemiec. Do wydania decyzji zakazującej wymagane jest zatwierdzenie przez federalną radę ministrów. W celu urzeczywistnienia zakazu organ kontroli może w szczególności:

- 1) zakazać wykonywania praw głosu, które przysługują lub mogą być przypisane adresatowi decyzji, lub je ograniczyć;
- 2) wyznaczyć kuratora w celu odwrócenia skutków transakcji, co do której wydano decyzję zakazującą (§ 59 ust. 2 AWV).

12. Kontrola sektorowa jest przeprowadzana również przez niemieckie Ministerstwo Gospodarki i Energetyki w wypadku transakcji omawianych w § 56 AWV, których przedmiotem są udziały w krajowym przedsiębiorstwie nabywane przez podmiot zagraniczny i które mogą stanowić poważne zagrożenie dla interesów bezpieczeństwa (*Sicherheitsinteressen*) Niemiec. Kontrola sektorowa obejmuje przedsiębiorstwa (§ 60 ust. 1 AWV), które:

- 1) produkują lub przerabiają dobra wymienione pod lit. B listy *Kriegswaffenliste* (lista broni);
- 2) produkują lub przerabiają silniki i skrzynie biegów lub inne zespoły do czołgów oraz gąsienicowych pojazdów opancerzonych (*Kampfpanzern oder anderen gepanzerten militärischen Kettenfahrzeugen*);
- 3) zajmują się oprogramowaniem wykorzystywanym przez państwo do ochrony informacji niejawnych.