

Kontrola inwestycji zagranicznych w Unii Europejskiej.

Podstawowe zasady i tendencje

Supervision of Foreign Investment in the EU. Basic Principles and Trends

Protectionist phenomena are growing in the EU with regulations that control and limit foreign investment in the broad sense. Many EU member states adopted regulations and the EU regulates these issues. The author examines the EU's fundamentals of such regulation and trends in the context of the deepening integration of the European Green Deal strategy and the ambition to develop an EU industrial policy. The author also considers member states' ability to control and reduce intra-EU and non-EU investment.

Tomasz Długosz

*doktor habilitowany nauk prawnych
Uniwersytet Jagielloński*

ORCID – 0000-0003-3174-1568

e-mail: t.dlugosz@uj.edu.pl

Słowa kluczowe:

inwestycje zagraniczne, kontrola inwestycji bezpośrednich, monitorowanie bezpośrednich inwestycji zagranicznych, kontrola koncentracji, subsydia zagraniczne

Key words:

foreign investment, control of direct investment, supervision of foreign direct investment, control of concentration, foreign subsidies

<https://doi.org/10.36128/priw.vi40.423>

1. Wprowadzenie

W coraz większym stopniu można dostrzec w Unii Europejskiej (dalej: UE) zjawiska protekcyjno-styczne, to znaczy takie polityki oraz regulacje, które ograniczają dostęp zagranicznych inwestorów do rynków bądź też służą ochronie własnej gospodarki, własnych interesów czy wewnętrznych podmiotów. Wiele państw, w tym również Polska, dysponuje regulacjami, które służą kontroli inwestycji zagranicznych i pozwalają je z pewnych względów blokować, a sama UE wprowadziła niedawno prawo o monitorowaniu bezpośrednich inwestycji zagranicznych. Te zjawiska czy tendencje widoczne są od dawna, wiążą się

z ekspansją ekonomiczną Chin¹, ale ostatnio nasiliły się w związku z pandemią i wojną w Ukrainie. Na przykład z obawy przed przejściami polskich przedsiębiorstw przez zagraniczne podmioty w warunkach ogólnego „zamknięcia” gospodarki (wprowadzenia w Polsce tzw. lockdownu) wprowadzono czasowe przepisy wzmacniające kontrolę wybranych inwestycji podmiotów spoza UE wobec wybranych polskich spółek i kluczowych przedsiębiorców (zob. art. 12a i n. ww. ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji²). W Niemczech po wybuchu wojny w Ukrainie zdecydowano o tymczasowym przejściu kontroli w formie zarządu powierniczego nad spółką Gazprom Germania GmbH, aby w ten sposób zapewnić bezpieczeństwo dostaw gazu ziemnego, ponieważ spółka ta jest zależna od rosyjskiego koncern państwowego Gazprom i dysponuje kluczowymi magazynami gazu ziemnego w Niemczech³.

Wyłania się pytanie, w jaki sposób powyższe działania są w ogóle możliwe. Jeśli przyjęto tzw. rynkową orientację gospodarki (ang. *market-based approach*), wciąż uznaje się otwartość na handel i inwestycje jako podstawy dobrobytu i konkurencyjności Europy⁴, to w jaki sposób możliwe są

- 1 Dostrzega się, że Chiny wykorzystując zasoby swoich prywatnych i państwowych przedsiębiorstw (przeważnie tych drugich), starają się uzyskać w Europie przewagę w kluczowych gałęziach przemysłu, np. w obszarze standardu piątej generacji technologii komunikacji komórkowej. Zaniepokojenie w Europie wzbudziła chińska polityka przemysłowa pt. Chin Manufacturing 2025 (CM2025), związku z czym ogłoszono nadzwyczajne kwoty wsparcia inwestycji pochodzące od chińskich władz centralnych i lokalnych. Szerzej na ten temat Pedro Callol, którą wiąże ekspansję gospodarczą Chin w Europie z trwającą rywalizację dwóch superpotęg Stanów Zjednoczonych Ameryki Północnej oraz Chin – Pedro Callol, „Protectionist Trends in Cross-Border Mergers and Acquisitions in Europe: National Interest, FDI and Other Ingredients of the Growing Regulatory Maze” *European Competition Law Review*, 42 (2021): 117.
- 2 T.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2145 z późn. zm.
- 3 Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, *BMWK Setzt Bundesnetzagentur Als Treuhänderin Für Gazprom Germania Ein - Erwerb Der Gazprom Germania GmbH Durch JSC Palmary Schwebend Unwirksam*. www.bmwk.de. April 4, 2022. <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/04/20220404-bmwk-setzt-bundesnetzagentur-als-treuhänderin-für-gazprom-germania-ein-erwerb-der-gazprom-germania-gmbh-durch-jsc-palmary-schwebend-unwirksam.html>.
- 4 Zob. np. Komunikat Komisji z 10.03.2020 r. pt. Nowa strategia przemysłowa dla Europy, COM/2020/102 final.

działania, którymi kontroluje i ogranicza się działania inwestycyjne pochodzące z innych państw lub też rozciągające się na te inne państwa? Chodzi o działania skierowane zarówno na ograniczenie dostępu do własnego rynku, jak i o takie, które polegają na ograniczeniu „ucieczki” kapitału na inne rynki. Odnosi się to zarówno do działań skierowanych na ochronę własnych interesów w relacjach z państwami spoza UE, jak i do inwestycji wewnątrzunijnych, do działań rozgrywających się na rynku wspólnym. Wbrew pozorom warto pytać też o te ostatnie z wymienionych inwestycji, bo chociaż obowiązują swobody rynku wewnętrznego, to nie są wykluczone jakieś szczególne polityki czy regulacje, jeśli np. ekonomiści prognozują wycofanie szeroko rozumianych kapitałów z państw członkowskich UE, które są w sąsiedztwie Ukrainy i można wyobrazić sobie próby zaradzenia tej sytuacji.

Zbadanie powyższych zagadnień nie jest łatwe. Po pierwsze, integracja w ramach UE zmienia się i ewoluują cały czas stosunki między UE a państwami członkowskimi. Po drugie, integracja w ramach UE służy różnym celom i cele te również zmieniają się dynamicznie. Integracja unijna oparta jest o model gospodarki rynkowej, ale zarazem realizuje się w jej ramach inne cele, takie jak: bezpieczeństwo publiczne, zdrowie publiczne, prawa socjalne, ochrona konsumentów lub środowiska, których realizacja wymaga odejść od paradygmatu rynkowego. Dobry przykład konfliktu wartości daje unijna polityka handlowa. UE jest członkiem Światowej Organizacji Handlu (WTO), organizacji wspierającej ekspansję przedsiębiorstw na rynkach światowych, i jest jednym z głównych orędowników liberalizacji światowego handlu w ramach WTO, ale zarazem polityka handlowa UE jest oceniana zarówno jako zbyt liberalna jak i zbyt protekcyjnista⁵. Konflikty wartości są też udziałem samych państw członkowskich UE, które w ramach integracji unijnej mają zarówno zapewnić inwestorom wysoki poziom ochrony jak i rynki regulować, co – jak się zauważa – może wpłynąć negatywnie wpływając na inwestycje⁶.

Ostatecznie można ustalić, że państwa członkowskie UE dysponują wciąż znacznym stopniem swobody prowadzenia takich polityk, które wpływają na poziom inwestycji zagranicznych. Mogą wprowadzać regulacje, które wpływają na inwestycje zagraniczne na ich terytorium, a także takie, które utrudniają inwestycje czynione z ich terytorium. Takie regulacje

5 Szerzej Wanda Dugiel, która np. zwraca uwagę, że na szczycie państw grupy G20 w Waszyngtonie w 2008 r. Unia Europejska zmuszona była zobowiązać się do powstrzymania się od ustanowienia nowych barier handlowych i inwestycyjnych, niezgodnych z zasadami WTO – Wanda Dugiel, Wanda, „Polityka Handlowa Unii Europejskiej Po Światowym Kryzysie Gospodarczym” *Studia Europejskie*, 1 (2015): 29-47.

6 Tak Komunikat Komisji z 17.07.2018 r. Ochrona inwestycji wewnątrzunijnych, COM (2018) 547 final, s. 1.

można wprowadzać na warunkach wynikających z prawa unijnego i z powołaniem się na uznane w świetle tego prawa kategorii interesu publicznego. Ta swoboda dotyczy inwestycji wewnątrzunijnych, bo w przypadku działań wykraczających poza UE działania państw członkowskich podlegają innemu reżimowi z tego względu, że prowadzenie wspólnej polityki handlowej należy do tzw. wyłącznej kompetencji UE. Można też stwierdzić, że przedmiotowa swoboda państw członkowskich UE jest coraz mniejsza wobec postępującą w różnych obszarach integracji unijnej oraz ambicji rozwoju unijnej polityki przemysłowej, o której mowa w art. 173 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)⁷. W związku z nową strategią przemysłową w UE dostrzega się potrzebę reorientacji wielu innych polityk unijnych, w tym też „najbardziej prorynkowej” polityki konkurencji. W ramach tej nowej strategii dostrzega się też potrzebę ochrony gospodarki UE przed nieuczciwymi praktykami handlowymi podmiotów spoza obszaru UE, zwłaszcza państw trzecich, które subsydują ekspansję gospodarczą na terytorium UE.

2. Kontrola inwestycji w polityce państw członkowskich oraz Unii Europejskiej

Wszystkie państwa członkowskie UE dysponują mechanizmami kontroli inwestycji zagranicznych. Są to bardzo różne mechanizmy prawne, służące różnym celom. Chodzi tu o rozwiązania, które służą kontroli przepływu kapitału, przenoszeniu przedsiębiorstw ponad granicami państw, transgranicznego łączenia się przedsiębiorstw. Inwestycje objęte takimi mechanizmami, a więc które mogą być potencjalnie ograniczane, mogą przykładowo polegać na: wnoszeniu kapitału do przedsiębiorstw, przejmowaniu lub zakładaniu przedsiębiorstw, nabywaniu lub zbywaniu nieruchomości, odkupie akcji, obligacji i innych papierów wartościowych; nabywaniu jednostek uczestnictwa w funduszach inwestycyjnych, uzyskiwaniu patentów, znaków towarowych, praw własności intelektualnej, itd. W literaturze wskazuje się, że w prawie połowie państw członkowskich UE istnieją krajowe mechanizmy kontroli bezpieczeństwa, które umożliwiają państwom członkowskim zakazywanie inwestycji zagranicznych zagrażających ich bezpieczeństwu lub porządkowi publicznemu⁸. Zarazem dostrzec trzeba, że wszystkie państwa dysponują mechanizmami kontroli inwestycji z zakresu ochrony konkurencji, obejmujące zarówno inwestorów z UE jak spoza państw członkowskich. Regulacje kontroli inwestycji służą różnym celom, są bardzo zróżnicowane i pozostają w skomplikowanych relacjach. I tak, np. w Polsce mamy szeroko

7 Traktatu i funkcjonowaniu Unii Europejskiej, wersja skonsolidowana Dz. UE typu C nr 326 z 26.10.2012, s. 47.

8 Jochem De Kok, „Towards a European Framework for Foreign Investment Reviews Delivery Details towards a European Framework for Foreign Investment Reviews” *European Law Review*, 44 (2019): 25.

znaną ustawę z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów⁹, która dotyczy m.in. kontroli koncentracji przedsiębiorców, ale oprócz tego wspomnianą ustawę z 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji, a nadto ustawę z dnia 18 marca 2010 r. o szczególnych uprawnieniach ministra właściwego do spraw energii oraz ich wykonywanie w niektórych spółkach kapitałowych lub grupach kapitałowych prowadzących działalność w sektorach energii elektrycznej, ropy naftowej oraz paliw gazowych¹⁰. Są też liczne regulacje sektorowe, które odnoszą się do inwestycji zagranicznych, np. wprowadzając zasadę, iż o koncesję może ubiegać się jedynie podmiot pochodzący z UE. Mechanizmy kontrolne są zróżnicowane, np. polska ustawa z 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji daje organowi kontroli prawo jedynie do zgłaszania sprzeciwu do zgłoszonych przez przedsiębiorców zawiadomień o zamiarze dokonania transakcji, lecz w sprawie spółki Gazprom Germania GmbH, o której powiedziano na wstępie, prawo niemieckie pozwoliło na zastosowanie wobec spółki zarządu powierniczego organu regulacyjnego (niem. *Bundesnetzagentur*).

Wszystkie regulacje państw członkowskich UE z zakresu szeroko rozumianej kontroli inwestycji zagranicznych są poważnym wyzwaniem z punktu widzenia prawa unijnego, jak również z punktu widzenia prawa międzynarodowego, bo np. w ramach członkostwa w WTO trzeba się powstrzymać od ustanawiania barier handlowych oraz inwestycyjnych w obrocie międzynarodowym. W swoim czasie głośno było o mechanizmie tzw. złotych akcji, który przyjęło wiele państw UE dla zachowania kontroli nad przedsiębiorstwami, które uważały za strategiczne, a które poddały prywatyzacji. Państwa członkowskie UE w warunkach prywatyzowania swoich przedsiębiorstw zabezpieczały się w ten sposób, iż zapewniały sobie specjalne uprawnienia korporacyjne, tzw. złote akcje, dzięki którym mogły dalej kontrolować przedsiębiorstwa¹¹. Trzeba było wielu orzeczeń sądów unijnych, by wypracowane zostało rozwiązanie zapewniające zgodność tego typu regulacji z prawem unijnym. W gruncie rzeczy we wszystkich tego typu przypadkach krzyżują się z zasadą gospodarki rynkowej interesy partykularne, krzyżują się interesy poszczególnych państw członkowskich z interesem całej UE. Sama UE realizuje równocześnie rozmaite cele, np. Neelie Kroes, niegdyś unijna

9 T. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 275.

10 T. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2173.

11 Wskazuje się, że ojczyzną „złotej akcji” jest Wielka Brytania, w której za rządów Margaret Thatcher wprowadzono ten środek, aby prowadzić politykę przemysłową w warunkach prywatyzacji wielu przedsiębiorstw – Monika Floriańczyk, „Zgodność polskiej konstrukcji »Złotej Akcji« Skarbu Państwa z *acquis communautaire*”, [w:] *Europeizacja Publicznego Prawa Gospodarczego*, red. Hanna Gronkiewicz-Waltz, Krzysztof Jaroszyński (Warszawa: C. H. Beck, 2011), 107.

komisarz ds. konkurencji, mówiła o „wielkiej ideologicznej przepaści” pomiędzy polityką przemysłową, reprezentującą podejście interwencjonistyczne do gospodarki, a prawem konkurencji, które ma być narzędziem liberalnym opartym o koncepcję wolnego rynku¹². Zmusza to do wypracowania jakiejś metody rozwiązywania skomplikowanych konfliktów wartości. Są to sprawy tym bardziej trudne, że polityki unijne służą też samym państw członkowskim UE, np. rozwój idei konkurencyjnego rynku wspólnego może ograniczać państwa członkowskie i stwarza zagrożenia, pogłębiając zależności ponadnarodowe, ale służy państwu członkowskim, rozwijając współpracę gospodarczą i warunkując ich rozwój. Mogą też pojawić się różnice w ocenach sposobu osiągania celów wypływające z różnic w ocenie skomplikowanej rzeczywistości społecznej, np. może istnieć przekonanie, że integracja gospodarcza i rozwijanie idei konkurencyjnego wspólnego rynku jest najlepszym środkiem osiągania celów bezpieczeństwa energetycznego każdego z uczestników tego rynku, ale może też istnieć inne przekonanie, że konkurencyjny rynek i bezpieczeństwo energetyczne są zawsze przeciwko sobie. Dobry przykład daje głośna sprawa koncentracji dwóch spółek kolejowych Alstom i Siemens. Komisja Europejska zakazała takiej koncentracji, ponieważ uznała, że zaszkodziłaby ona konkurencji na rynkach systemów sygnalizacji kolejowej i pociągów bardzo dużych prędkości¹³. Potraktowano konkurencję jako wartość wiodącą, korzystną dla wszystkich. Zakaz ten wywołał bardzo ożywioną dyskusję nad potrzebą dostosowania unijnej polityki konkurencji do potrzeb unijnej polityki przemysłowej. Rządy Francji, Niemiec oraz Polski skrytykowały Komisję i wydały wspólny manifest, wzywając do większej elastyczności w stosowaniu prawa konkurencji, by nie blokowało ono powstania paneuropejskich „czempionów”, tzn. wielkich przedsiębiorstw europejskich, które będą zdolne rywalizować z amerykańskimi i chińskimi podmiotami¹⁴. Komisja broniła się i wsparta przez pozostałe państwa członkowskie powstrzymała

12 Tak: Bernard Amory, Charles de Navacelle, Henry de la Barre, „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 (2019): 4.

13 Zob. Komisja Europejska. 2019. „Press Corner” European Commission – European Commission. February 6, 2019. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_881.

14 Mathew Heim, „Modernising European Competition Policy: A Brief Review of Member States’ Proposals” *Bruegel Publications*, July 24, 2019. <https://www.bruegel.org/2019/07/modernising-european-competition-policy-a-brief-review-of-member-states-proposals/>.

od dążenia do „większego dobra” wspierania europejskich przedsiębiorstw w ich rywalizacji z przedsiębiorstwami spoza UE¹⁵.

Jesteśmy świadkami poważnych zmian w unijnej polityce, zmian zmierzających do wzmocnienia potencjału przemysłowego UE. Dokonuje się w związku z tym reorientacja celów i środków polityk unijnych. W grudniu 2019 roku Komisja zaprezentowała nową strategię rozwoju do 2050 roku pod nazwą Europejski Zielony Ład, która ma zapewnić: zrównoważony wzrost i osiągnięciu neutralności klimatycznej z pomocą rozległych inwestycji publicznych oraz działań mających na celu przekierowanie kapitału prywatnego na działania służące klimatowi i ochronie środowiska¹⁶. W marcu 2020 roku Komisja zaprezentowała nową strategię przemysłową, która ma m.in. wzmocnić „przemysłową i strategiczną autonomię Europy”, co ma oznaczać ograniczenie zależności od innych, zwiększenie samowystarczalności Europy w zakresie najbardziej potrzebnych, krytycznych surowców i technologii, w obszarach żywności, infrastruktury, bezpieczeństwa, rozwijanie własnych rynków, produktów i usług, które pobudzają konkurencyjność przemysłu europejskiego. Podkreślono w tym akcie, że Europa prosperuje dzięki otwartemu otoczeniu inwestycyjnemu, które umożliwia innym inwestowanie w konkurencyjność Europy, ale zarazem strategia postuluje przyjęcie bardziej „strategicznego podejścia” do zagrożeń związanych z inwestycjami zagranicznymi, w tym również takich, które polegają na zagranicznych subsydiach oraz na zamknięciu dostępu przedsiębiorstw europejskich do rynków zagranicznych¹⁷. Strategia przemysłowa ma podążać za ogólniejszą strategią Europejskiego Zielonego Ładu, zaś ta polega na pewnym odejściu od paradygmatu rynkowego na rzecz realizacji celów środowiskowych, społecznych, przemysłowych. Dotyczy to też tak prorynkowo nastawionych obszarach jak polityka konkurencji¹⁸. Komisja aktualnie rozważa, w jaki sposób polityka konkurencji ma wspierać realizację celów „zielonej” transformacji gospodarki. Ostatnio

- 15 Szerzej Waśniowski, Natan, *Nowe wyzwania dla konkurencji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej w kontekście chińskich przejęć na rynku wewnętrznym – Propozycja Europejskiego Modelu Czempionatu*, UOKiK (Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2021), 85.
- 16 Komunikat Komisji z 11.12.2019 r. pt. Europejski Zielony Ład, COM (2019) 640 final. Rada UE zatwierdziła nową strategię UE w dniu 10.06.2021 r.
- 17 Komunikat Komisji z 10.03.2020 r. pt. Nowa strategia przemysłowa dla Europy, COM (2020) 102 final. Cele tej strategii zostały potwierdzone przez Radę Europejską w marcu 2020 r.
- 18 Alexandra Badea, Marin Bankov, Graça Da Costa, José Elías Cabrera, Senta Marenz, Kevin O’Connor, Ekaterina Rousseva, et al., „Competition Policy in Support of Europe’s Green Ambition” *Competition Policy Brief*, 1 (2002).

w dziedzinie kontroli koncentracji wspólnotowych zmieniono podejście do przejmowania spraw do rozpoznania przez Komisję na wniosek krajowych organów ochrony konkurencji¹⁹. W istocie zmiana ta prowadzi do rozszerzenia zakresu kontroli inwestycji na poziomie unijnym, ponieważ obawiano się, że koncentracje dużych przedsiębiorstw z małymi, innowacyjnymi przedsiębiorstwami mogą w niektórych sektorach, np. sektorze farmaceutycznym, prowadzić do zablokowania innowacyjnych rozwiązań przemysłowych.

3. Zasady kontroli inwestycji zagranicznych na gruncie prawa unijnego

Postawić można problem zasad, które rządzą problematyką kontroli inwestycji zagranicznych w prawie UE. Wyjść można od tego, że obowiązują swobody unijnego rynku wewnętrznego, pośród których podstawowe znaczenie mają swoboda przedsiębiorczości (art. 49 i n. TFUE) oraz swobody przepływu kapitału (art. 63 i n. TFUE), bo to właśnie przede wszystkim one odnoszą się do działań mających cechy inwestycji. Konsekwentnie wszystkie regulacje państw członkowskich UE, które dotyczą inwestycji zagranicznych, muszą być poddane ocenie przede wszystkim z perspektywy tych dwóch swobód. Państwa członkowskie UE, które w związku z prowadzoną przez siebie polityką przemysłową czy inwestycyjną, wprowadzają np. regulacje polegające na zakazie nabywania udziałów spółek przez podmioty obce, zakazie inwestowania przez nich w pewne sektory gospodarki, zakazie przenoszenia przedsiębiorstw do innych państw, muszą zapewnić zgodność tych regulacji ze swobodą przedsiębiorczości i swobodą przepływu kapitału. Swoboda przedsiębiorczości obejmuje własnym zakresem inwestycje transgraniczne, które polegają na prowadzeniu działalności gospodarczej w innym państwie członkowskim UE. Swoboda przepływu kapitału zakazuje ograniczeń w przepływie kapitału pomiędzy państwami członkowskimi UE, a także – co jest wyjątkowe – ograniczeń w przepływie kapitału między państwami członkowskimi UE i państwami spoza UE. Nie ma w traktatach pojęcia kapitału, lecz przyjmuje się w utrwalonym orzecznictwie unijnym, że w przypadku swobody przepływu kapitału chodzi zarówno o inwestycje bezpośrednie w formie udziału w danym przedsiębiorstwie w sposób, który daje możliwość rzeczywistego udziału w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowaniu nad nią kontroli (inwestycje zwane „bezpośrednimi”), jak i o inne sytuacje, w których lokuje się jedynie kapitał bez zamiaru uczestniczenia w zarządzaniu przedsiębiorstwem lub sprawowaniu nad nim kontroli (inwestycje zwane „portfelowymi”)²⁰. Zakres zastosowania obu tych swobód jest bardzo

19 Komunikat Komisji z 26.03.2021 r. pt. Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Article 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases C(2021)1959 final.

20 Wyrok TS UE z 26.02.2019 r. w sprawie C-135/17, X GmbH, ECLI:EU:C:2019:136, pkt 26.

szeroki, np. w świetle orzecznictwa sądów unijnych nawet regulacja krajowa dotycząca wypłaty dywidendy ze spółki może wejść w zakres swobody przedsiębiorczości i swobody przepływu kapitału, być oceniana z ich perspektywy²¹. Podobnie zwykły administracyjny obowiązek rejestracyjny czy też procedura związana z przenoszeniem spółki do innego kraju, o ile tylko są w stanie uniemożliwić, ograniczyć lub uczynić mniej atrakcyjną korzystanie ze swobody, nawet jeśli regulacja stosowana jest bez różnicy w stosunku do podmiotów obcych jak i krajowych²².

Swobody rynku wewnętrznego zasadniczo dotyczą relacji wewnętrznie unijnych, ale swoboda przepływu kapitału zakazuje również wprowadzania ograniczeń również między państwami członkowskimi UE a państwami trzecimi (zob. art. 63 ust. 1 TFUE). Zarazem, jak powiedziano, swoboda przepływu kapitału obejmuje zarówno inwestycje bezpośrednie, jak i inwestycje portfelowe, czyli zarówno inwestycje mające na celu ustanowienie lub utrzymanie trwałych i bezpośrednich powiązań, które dają możliwość sprawowania kontroli nad danym przedsięwzięciem, jak i inwestycje dokonywane jedynie w celu lokaty kapitału. Na tym tle pojawia się pytanie, w jakim stopniu państwa członkowskie UE mogą ograniczać swobodę przepływu kapitału, jeśli obowiązuje w UE wspólna polityka handlowa i państwa członkowskie UE mogą zajmować się bezpośrednimi inwestycjami zagranicznymi podmiotów spoza UE na ich terytorium oraz odwrotnymi inwestycjami ich podmiotów poza UE jedynie z upoważnienia UE lub w celu wykonania prawa unijnego, a więc w oparciu o szczegółową podstawę z prawa unijnego. Wynika to stąd, że regulacja tzw. bezpośrednich inwestycji zagranicznych w relacjach z państwami trzecimi wchodzi w zakres wspólnej polityki handlowej, a to jest dziedzina wyłącznej kompetencji UE zgodnie z art. 3 ust. 1 lit. e TFUE²³. Można mieć też wątpliwości, czy podobnie dotyczy to tzw. inwestycji portfelowych wobec państw trzecich. Wprawdzie nie mówi się o nich w art. 207 ust. 1 TFUE, ale daje do myślenia motyw 3 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiającego ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii²⁴, w którym *in fine* wskazano w sposób ogólny, że inwestycje dokonywane za

-
- 21 Wyrok TS UE z 13.11.2012, C-35/11, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, ECLI:EU:C:2012:707, pkt. 89.
 - 22 Wyrok ETS z 19.12.2012 r. w sprawie C-577/10, Komisja p-ko Belgii, ECLI:EU:C:2012:814, pkt. 38; wyrok TS UE z 25.01.2017 r. w sprawie 106/16, *Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o.*, w likwidacji, ECLI:EU:C:2017:804, pkt 51.
 - 23 *Opinia 2/15 TS* z 16 maja 2017 r. wydana na podstawie art. 218 ust. 11 TFUE, ECLI:EU:C:2017:376, Pkt. 82
 - 24 Dz. U. UE. L. z 2019 r. str. 79 z późn. zm.

granicą i dostęp do rynków państw trzecich są objęte innymi instrumentami polityki w dziedzinie handlu i inwestycji.

Swobody rynku wewnętrznego obowiązują także prawodawcę unijne. Potwierdza to orzecznictwo unijne²⁵, przy czym zagadnieniem pozostaje, w jakim stopniu instytucje unijne są tymi swobodami związane²⁶. W całym jednak zakresie prawa unijnego, w odniesieniu do wszystkich instytucji i organów UE, musi być przestrzegana Karta praw podstawowych UE (dalej KPP)²⁷, w której jest wiele gwarancji dotyczących procesów inwestycyjnych, np. obowiązek zapewnienia skutecznej ochrony sądowej (art. 47 KPP), prawa podmiotowe w postaci wolności prowadzenia działalności gospodarczej i ochrona własności (art. 16 i 17 KPP), obowiązek przestrzegania zasady proporcjonalności (art. 52 ust. 1 KPP). Zgodnie z orzecznictwem sama ochrona z art. 16 i 17 KPP obejmuje wolność prowadzenia działalności gospodarczej lub handlowej, swobodę zawierania umów i wolną konkurencję²⁸. W tych warunkach sytuacja inwestorów w ramach UE podlega regulacji na gruncie prawa unijnego, w którym niekiedy bardzo szczegółowo reguluje się rozmaite aspekty realizacji inwestycji zagranicznych. I tak np. dyrektywą usługową 2006/123/WE określa się warunki podejmowania i prowadzenia działalności w związku ze swobodą przedsiębiorczości oraz swobodą świadczenia usług²⁹, zaś dyrektywa 2018/1972/UE o europejskim kodeksie łączności elektronicznej reguluje szczegółowo warunki świadczenia usług komunikacji elektronicznej na rynku wspólnym³⁰.

Zarówno swobody rynku wewnętrznego, jak i prawa podmiotowe chronione KPP nie są absolutne, więc mogą podlegać ograniczeniom na warunkach określonych w prawie unijnym. Ograniczenia praw podmiotowych

-
- 25 Wyrok Trybunału z 20.04.1978 r. w sprawach 80 i 81/77, *Société Les Commissionnaires Réunis SARL*, ECLI:EU:C:1978:87.
 - 26 Zob. np. Johan van de Gronden, Henri de Waele, „All’s Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive” *European Constitutional Law Review*, 6 (2010): 411.
 - 27 Karta praw podstawowych Unii Europejskiej (Dz. U. UE. C. z 2007 r. Nr 303, str. 1 z późn. zm.).
 - 28 Wyrok TS UE z 22.01.2013 r. w sprawie C-283/11, *Sky Österreich GmbH*, pkt. 42.
 - 29 Zob. art. 9 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz. U. UE. L. z 2006 r. Nr 376, str. 36).
 - 30 Zob. art. 12 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej (wersja przekształcona). Tekst mający znaczenie dla EOG (Dz. U. UE. L. z 2018 r. Nr 321, str. 36 z późn. zm.).

KPP mają być dokonywane ustawą (ang. *provided for by law*) w sposób, który szanuje istotę tych praw i wolności, z zachowaniem proporcjonalności i wyłącznie wtedy, gdy ograniczenia konieczne i rzeczywiście odpowiadają celom interesu ogólnego uznawanym przez UE lub potrzebom ochrony praw i wolności innych osób (art. 52 ust. 1 KPP). Ograniczenia swobód rynku wewnętrznego muszą mieć właściwą podstawę, być celowe, niezbędne i wprowadzane z przestrzeganiem zasadę proporcjonalności³¹. Właściwa podstawa materialnoprawna wynika z przepisów traktatowych, ale również może być oparta na uznanych w orzecznictwie sądów unijnym wartościach, w imię których można – zgodnie z doktryną wymogów imperatywnych (ang. *overriding grounds in the public interest*) – ograniczać swobody rynku wewnętrznego³². Zdarza się, że unijne praw pochodne ogranicza same państwa członkowskie UE we wprowadzeniu ograniczeń swobód rynku wewnętrznego, np. zgodnie z dyrektywą usługową 2006/123/WE państwa członkowskie nie mogą wprowadzać regulacji zakazujących prowadzenia przedsiębiorstwa w więcej niż jednym państwie członkowskim UE³³. Istotniejsze jest jednak, że rozwijające się prawo unijne zabezpiecza coraz to dalsze kategorie interesu publicznego, zaś z tym wiąże się ograniczenie państw członkowskich UE we wprowadzeniu ograniczeń na własną rękę. W tym kontekście pojawiają się trudne sprawy ustalenia, czy dana materia jest przedmiotem harmonizacji w prawie unijnym, czy dany interes ogólny został zabezpieczony w tym prawie, a jeżeli tak, to w jaki sposób³⁴. Jeśli uznamy, że dana materia jest harmonizowana w prawie unijnym, to, zgodnie z orzecznictwem unijnym, środki krajowe regulujące tę materię podlegają ocenie na podstawie przepisów środka harmonizującego, a nie prawa pierwotnego³⁵. Jeśli daną dziedzinę poddano całkowitej harmonizacji czy regulacji prawem unijnym, to nie ma miejsca na wprowadzenie przez państwo członkowskie UE standardu ochrony niż to wynika z prawa unijnego. Jeśli dziedzinę poddano tylko minimalnej harmonizacji, to otwiera się

-
- 31 Zob. wyrok Trybunału z dnia 30.11.1995 r. w sprawie C-55/94, Gebhard, EU:C:1995:411, pkt 37.
- 32 Miąsik, Dawid. 2012. „Komentarz Do Art. 36”, [w:] *Traktat O Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I (Art. 1-89)*, red. Andrzej Wróbel (Warszawa: Wolters Kluwer, 2012), 610.
- 33 Art. 14 pkt 2 dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotycząca usług na rynku wewnętrznym (Dz. U. UE. L. z 2006 r. Nr 376, str. 36).
- 34 Zob. np. argumentację Komisji w wyroku TS UE z dnia 4.06.2002 r. Komisja pko Belgia, C-503/99, ECLI:EU:C:2002:328, pkt 25.
- 35 Wyrok TS z 13.12.2001 r. w sprawie C-324/99, DaimlerChrysler AG, ECLI:EU:C:2001:682, pkt 32.

możliwość wprowadzenia przed państwo członkowskie standardu wyższego, ale z zachowaniem gwarancji unijnych, w tym tych z KPP³⁶.

W związku z powyższym pojawiają się rozliczne pytania dotyczące kontroli i ograniczania inwestycji zagranicznych. Po pierwsze, zastanawiać może, w jakim stopniu państwa członkowskie w warunkach polityk i prawa unijnego mogą zajmować się regulacją inwestycji zagranicznych, w tym mogą wykorzystywać ekstraordynaryjne podstawy traktatowe do zabezpieczenia własnych interesów, np. art. 346 TFUE lub art. 4 ust. 2 TUE³⁷. Po drugie, można pytać o warunki wprowadzania regulacji z zakresu kontroli i ograniczania inwestycji zagranicznych zarówno przez państwa członkowskie UE, jak i samą UE. Nie sposób tych zagadnień wyczerpująco omówić w tym miejscu, ale na kilka kwestii warto zwrócić uwagę. Dostrzec można wielką doniosłość zasady proporcjonalności przy wprowadzaniu relewantnych regulacji. Zarówno ograniczenia swobód rynku wewnętrznego, jak i ograniczenia w korzystaniu praw i wolności ujętych w KPP nie mogą wykroczać poza to, co odpowiednie i konieczne do realizacji uzasadnionych celów, którym mają służyć, przy czym gdy istnieje możliwość wyboru spośród większej liczby odpowiednich rozwiązań, należy stosować te najmniej restrykcyjne, a wynikające z tego niedogodności nie mogą być nadmierne w stosunku do zamierzonych celów. Daje to asumpt do prowadzenia bardzo pogłębionych rozważań nad każdym mechanizmem kontroli inwestycji czy ograniczenia inwestycji, a więc czy został on realnie uzasadniony, czy kryteria kontroli są dookreślone i znane zainteresowanym z wyprzedzeniem, czy zostały zakreślone w prawie granice działania władzy publicznej, itd. Znaczenie zasady proporcjonalności obrazuje wyrok TS UE w sprawie C-503/99, Komisja p-ko Belgia, w którym – jak już była mowa – zajęto się szczególnymi uprawnieniami korporacyjnymi, tzw. złotą akcją. Właśnie w oparciu o zasadę proporcjonalności wypracowana została teoria kontroli następczej opartej o system deklaracji *ex post facto*, a nie o obowiązek uprzedniego wyrażania aprobaty³⁸. Kolejną sprawą jest wymóg właściwego uwiarygodnienia celu, dla którego ogranicza się swobody podstawowe. I tak np. zgodnie z utrwalonym orzecznictwem sądów unijnych ustawodawstwo krajowe jest właściwe do zapewnienia realizacji wytyczonego celu tylko wówczas, gdy odzwierciedla ono rzeczywiste dążenie

36 Friedl Weiss, Clemens Kaupa, *European Union Internal Market Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 34.

37 M. Jaśkowski mówi o sporze co do tego, w jakim zakresie uprawnienia państw członkowskich do „filtrowania” inwestycji z państw trzecich wynikają z samych traktatów – Marek Jaśkowski, „Implikacje Art. 3 Rozporządzenia UE 2019/452 Dla Prawa Polskiego” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, nr 1 (2021): 49.

38 Szerzej Floriańczyk, „Zgodność polskiej konstrukcji”, 107.

do jego osiągnięcia w sposób spójny i systematyczny³⁹; ogólne założenie czy domniemanie oszustw czy nadużyć nie może uzasadniać ani środka krajowego, ani środka unijnego naruszającego takie swobody⁴⁰. Poważnym wyzwaniem jest ustalenie, w jakim stopniu obowiązujące uregulowania przyjęte na szczeblu UE, np. z obszaru energetyki czy telekomunikacji, pozostawiają państwom członkowskim swobodę zabezpieczenia danego interesu ogólnego, a także wyboru danego sposobu jego zabezpieczenia. W tym obszarze też mogą pojawić się rozmaite wątpliwości, np. przyjmuje się, że utrzymanie skutecznej konkurencji na rynku wewnętrznym jest w ogólnym interesie UE⁴¹ i podobnie utrzymanie niezakłóconej konkurencji mieści się w nadrzędnych względach interesu ogólnego⁴², lecz z drugiej strony interes państw członkowskich UE, polegający na wzmocnieniu struktury konkurencji na rynku, nie traktuje się jako wystarczający dla ograniczenia swobód rynku wewnętrznego⁴³. W orzecznictwie przesądono, że ogólny interes finansowy państwa członkowskiego UE i względy czysto ekonomiczne (ang. *purely economic interests*) nie uzasadniają ograniczenia swobód rynku wewnętrznego, a więc rozmaite argumenty natury ekonomicznej nie mogą uzasadniać regulacji z obszaru kontroli zagranicznych inwestycji, np. interes ekonomiczny państwa, cele polityki ekonomicznej państwa, wybór partnera strategicznego dla danego przedsiębiorstwa, wzmocnienie konkurencyjności na danym rynku, modernizacja i wzmocnienie efektywności środków produkcji, zachęcanie do inwestowania w spółki mające swoją siedzibę w danym kraju, obawa, że zaniechanie określonych zadań spowoduje zmniejszenie dochodów skarbowych państwa⁴⁴. Z drugiej strony dopuszcza się jednak zabezpieczenie interesu publicznego z pomocą środka ekonomicznego, tzn. można wprowadzić taką

39 Wyrok TS z 3.02.2021 r. w sprawie C-555/19, Fussl Modestraße Mayr GmbH, ECLI:EU:C:2021:89, pkt 59.

40 Wyrok TS z 7.09.2017 r. w sprawie C-6/16, Eqiom SAS, ECLI:EU:C:2017:641, Pkt 31.

41 Wyrok TS z 18.07.2013 r., C-501/11 P, Schindler Holding Ltd i inni v. Komisja Europejska, ZOTSiS 2013, nr 7, poz. I-522, pkt 210.

42 Zob. wyrok TS z 22.10.2013 r. w sprawach od C-105/12 do C-107/12, Essent NV, ECLI:EU:C:2013:677, pkt. 58.

43 W jednej ze spraw przed TS rząd włoski podnosił, że wprowadził ograniczenia swobód rynku wewnętrznego, ponieważ było to konieczne dla zabezpieczenia procesów liberalizacyjnych i prywatyzacyjnych na rynku energii. TS nie przyjął tego argumentu., powołując się na rozporządzenie unijne nr 139/2004 – wyrok TS z 2 czerwca 2005 r., C-174/04, Komisja p-ko Włochy, ECLI:EU:C:2005:350, pkt. 38.

44 Tak Witold Srokosz, *Instytucje Parabankowe w Polsce* (Warszawa: Lex, 2011), 647-648.

regulację, która wprawdzie wprowadza ograniczenie podyktowane względami gospodarczymi, ale ostatecznie służy pozagospodarczym celom interesu ogólnego⁴⁵. Miało to miejsce dla przykładu w wyroku TS w sprawie C-72/83, *Campus Oil*, gdy dla zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego państwa zabezpieczono interes ekonomiczny irlandzkich producentów paliw⁴⁶.

4. Wybrane akty unijnego prawa pochodnego z zakresu kontroli inwestycji

Pośród aktów unijnego prawa pochodnego w zakresie inwestycji zagranicznych można wyróżnić stosunkowo niedawno wydane rozporządzenie 2019/452 o monitorowaniu bezpośrednich inwestycji zagranicznych w UE (dalej rozp. 2019/452)⁴⁷. W istocie rozporządzenie upoważnia organy państw członkowskich UE do monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych, wychodząc z założenia, że tego rodzaju inwestycje wchodzą w zakres wspólnej polityki handlowej (motyw 6 rozp. 2019/452). Rozporządzenie nie zmusza, lecz umożliwia państwom wprowadzenie regulacji z zakresu monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych na ich terytorium, przy czym można się kierować tylko względami bezpieczeństwa oraz porządku publicznego (art. 3 ust. 1 rozp. 2019/452). Pod pojęciem monitorowania kryją się rozmaite procedury państw członkowskich UE, które umożliwiają: ocenę, zbadanie, dopuszczenie, uwarunkowanie, zakazanie lub wycofanie bezpośrednich inwestycji zagranicznych spoza UE, od osób fizycznych i przedsiębiorstw z państw trzecich (art. 2 pkt. 2 i 3 rozp. 2019/452). W świetle rozporządzenia nie jest jasna relacja między możliwymi ograniczeniami swobody przepływu kapitału ze strony państw członkowskich UE a wspólną polityką handlową UE. Rozporządzenie z jednej strony pozostaje bez wpływu na prawo państw członkowskich UE do ograniczania swobody przepływu kapitału (motyw 4 rozp. 2019/452), ale z drugiej strony wyraźnie podkreślono, że bezpośrednie inwestycje zagraniczne wchodzą w zakres wspólnej polityki handlowej (pkt 6 preambuły rozp. 2019/452).

Powiedziano wyżej, że rozp. 2019/452 upoważnia ogólnie państwa członkowskie UE do wprowadzania regulacji kontrolnych i ograniczających bezpośrednio inwestycje zagraniczne z państw trzecich z pewnych względów.

45 Wyrok ETS z 22.10.2012 r. w sprawach połączonych od C-105/12 do C-107/12, *Staat der Nederlanden p-ko Essent N i inni*, ECLI:EU:C:2013:677, Pkt 52.

46 Wyrok TS z 10.07.1984 r., 72/83, *Campus Oil Limited i inni v. Minister for Industry and Energy i inni*, ECR 1984, nr 7, poz. 2727, pkt. 5.

47 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/452 z dnia 19 marca 2019 r. ustanawiające ramy monitorowania bezpośrednich inwestycji zagranicznych w Unii (Dz. U. UE. L. z 2019 r. str. 79 z późn. zm.).

Warto zauważyć, że celem jest eliminowanie zagrożeń dla bezpieczeństwa lub porządku publicznego danego państwa członkowskiego, z uwzględnieniem jego indywidualnej sytuacji i specyfiki (pkt 8 preambuły rozp. 2019/452), ale również ochrona interesów innych państw członkowskich i samej UE. I tak, jeśli Komisja uzna, że bezpośrednia inwestycja zagraniczna może mieć wpływ na projekty lub programy leżące w interesie Unii ze względów bezpieczeństwa lub porządku publicznego, to może zwrócić się do danego państwa członkowskiego (art. 8 rozp. 2019/452). Nawiasem mówiąc, nie oznacza to, jak się zdaje, że państwo członkowskie musi dysponować procedurą reagowania na takie zgłoszenie, ponieważ ostatecznie to do państwa członkowskiego UE ma należeć decyzja, czy w ogóle wprowadzać system monitorowania inwestycji zagranicznych (zob. art. 1 ust. 3 rozp. 2019/452). W omawianym rozporządzeniu postawiono szereg warunków mechanizmom monitorowania inwestycji przez państwa członkowskiego, np. wymogi przejrzystości i niedyskryminacji. Warto jednak dostrzec zasadę wzajemnej współpracy państw członkowskich oraz Komisji w ramach tych mechanizmów. Współpraca ta warunkuje ochronę interesów wspólnych, ale zarazem stawia w centralnym miejscu Komisję, która koordynuje i inicjuje działania organów państw członkowskich z pomocą wydawanych opinii⁴⁸. Opinie nie są wprost wiążące, podobnie jak uwagi organów państw członkowskich, lecz mają być uwzględniane przy podejmowaniu właściwego rozstrzygnięcia zgodnie z zasadą lojalnej współpracy (motyw 17 rozp. 2019/452).

Kolejnym aktem, który warto wyróżnić w omawianym obszarze, jest rozporządzenie Rady (WE) nr 139/2004 z dnia 20 stycznia 2004 r. w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (dalej rozp. 139/2004)⁴⁹. Przewiduje ono uprzednią kontrolę koncentracji o charakterze wspólnotowym przez Komisję Europejską, obejmując zarówno koncentracje wewnątrzunijne, jak i takie, które są udziałem podmiotów spoza UE lub spoza UE są finansowane. Rozporządzenie to służy ochronie konkurencji, ale zauważmy, że w ogólnej ocenie połączenia uwzględniane są też inne kwestie, tj. sprawy efektywności⁵⁰. Tak określony zakres kontroli inwestycji jest doniosły, ponieważ omawiane rozporządzenie wyłącza kompetencje organów państw członkowskich UE w zakresie, w jakim interesy ogólne są brane pod uwagę w tym rozporządzeniu (*a contrario* z art. 21 ust. 4, ak. 1 rozp. 139/2004). Poza tym rozporządzenie wprowadza mechanizm kontroli państw członkowskich UE, gdy te zechcą w celu ochrony jakichś interesów wprowadzić regulację wchodzącą w zakres koncentracji wspólnotowych (art. 21 ust. 4 ak. 3 rozp. 139/2004).

48 Podobnie De Kok, „Towards a European framework”, 16.

49 Dz. U. UE. L. z 2004 r. Nr 24, str. 1.

50 Zob. Wytyczne w sprawie oceny horyzontalnego połączenia przedsiębiorstw na mocy rozporządzenia Rady w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Dz. U. UE. C. z 2004 r. Nr 31, str. 5), pkt. 77.

Wtedy Komisja jest upoważniona do oceny zgodności rozwiązania krajowego z zasadami ogólnymi i innymi przepisami prawa unijnego. Dodać można, że w powołanym na wstępie manifestie rządów Francji, Niemiec i Polski w sprawie modernizacji prawa konkurencji skrytykowano sposób, w jaki Komisja aktualnie kieruje się względami efektywnościowymi w ocenie koncentracji wspólnotowych, uważając, że jest on zbyt wąski. Można dość do wniosku, że rozszerzanie zakresu kontroli koncentracji wspólnotowych w oparciu o kryterium efektywnościowe może prowadzić do istotnego ograniczenia zakresu swobody państw członkowskich we wprowadzeniu regulacji ochronnych na własną rękę.

W UE trwają aktualnie prace nad nowym prawem z zakresu kontroli inwestycji zagranicznych. Chodzi o prace nad rozporządzeniem unijnym w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny⁵¹, który to akt ma być elementem nowej strategii przemysłowej UE. W projekcie zakłada się objęcie kontrolą Komisji działań państw spoza UE, które poprzez subsydiowanie umożliwiają ekspansję gospodarczą własnych podmiotów na terytorium UE. Uważa się bowiem, że jest potrzebne uzupełnienie systemu kontroli pomocy publicznej z art. 107 i n. TFUE o mechanizm zwalczania zakłóceń konkurencji na rynku wewnętrznym, które powstają w wyniku subsydiów zagranicznych, tzn. subsydiów udzielanych przedsiębiorstwem przez państwa trzecie. Nowe rozporządzenie uzupełni system kontroli inwestycji, który wyłania się z rozp. 2019/452, ale też poważnie wzmocni pozycję Komisji. Będzie ona mogła z własnej inicjatywy badać domniemane zakłócenia konkurencji pochodzące z subsydiów zagranicznych, a przy tym również wyważać stwierdzone zakłócenia konkurencji z pozytywnymi skutkami rozwoju danej dziedziny gospodarki w ramach testu bilansującego. W przypadku subsydiowanych koncentracji przedsiębiorstw proponuje się wprowadzenie mechanizmu kontroli inwestycji podobnego do tego w rozp. 139/2004, a więc oparty o obowiązek uprzedniego zgłaszania Komisji zamiaru koncentracji przedsiębiorstw. Zwraca uwagę bardzo szerokie pojęcie subsydiów zagranicznych.

5. Wnioski

UE zbudowana jest na paradygmacie integracji rynkowej, ale szeroko stosowane są w niej różnego rodzaju mechanizmy kontroli inwestycji zagranicznych. Państwa członkowskie UE dysponują wciąż znaczną swobodą wprowadzania takich polityk oraz regulacji, którym mogą kontrolować i ograniczać inwestycje zagraniczne. Dotyczy to jednak inwestycji wewnątrzunijnych, bo inna jest sytuacja inwestycji wykraczających poza UE, które

51 Wniosek Komisji z dnia 5.05.2021 r. pt. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny, COM (2021) 223 final.

znajdują się w zasięgu wspólnej polityki handlowej, a co za tym idzie są w obszarze wyłącznej kompetencji UE, co powoduje, że organy państw członkowskich mogą działać zasadniczo na podstawie upoważnienia. Takie upoważnienie do działania dla państw członkowskich znajdujemy w obowiązującym rozporządzeniu unijnym 2019/452 o monitorowaniu bezpośrednich inwestycji zagranicznych w UE. Rozporządzenie to nie zmusza, ale daje możliwość monitorowania inwestycji zagranicznych podmiotów spoza UE przez państwa członkowskie. Swoboda państw członkowskich dotycząca kontroli inwestycji wewnątrzunijnych podlega daleko idącej regulacji w prawie unijnym, zwłaszcza zasada proporcjonalności zmusza do bardzo dogłębnego badania poszczególnych mechanizmów kontroli inwestycji. Przedmiotowa swoboda zarazem zmniejsza się wraz z postępującą integracją unijną, w związku z którą prawo unijne zabezpiecza się coraz to dalsze kategorie interesu publicznego. Ważne jest też dokonująca się reorientacja polityk unijnych zgodnie ze strategią Europejskiego Zielonego. Nowa unijna strategia przemysłowa stawia sobie cel wspomoczenia rozwoju potencjału przemysłowego UE i zwiększenie tzw. strategicznej autonomii Europy, a więc ograniczenie zależności gospodarczej Europy w strategicznych obszarach. Dostrzega się w tym kontekście potrzebę mechanizmów kontroli inwestycji zagranicznych, aby chronić gospodarkę UE przed nieuczciwymi praktykami handlowymi podmiotów spoza UE, w tym również państw trzecich, które subsydują ekspansję gospodarczą własnych podmiotów na rynkach europejskich. W związku z tym trwają aktualnie prace nad nowym prawem unijnym służącym zwalczaniu negatywnych skutków subsydiów zagranicznych na rynku wewnętrznym. Jeśli to nowe prawo wejdzie w życie, wzmocni się pozycja Komisji Europejskiej, co będzie miało istotne znaczenie dla stosowania obecnego mechanizmu kontroli pozaunijnych inwestycji zagranicznych. Obecny mechanizm opiera się na kontroli bezpośrednich inwestycji zagranicznych przez państwa członkowskie w warunkach wzajemnej współpracy i współpracy z Komisją, a nowe prawo zwiększy zdecydowaną aktywność Komisji na polu kontroli inwestycji zagranicznych.

Bibliografia

- Amory Bernard, Charles de Navacelle, and Henry de la Barre, „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 (2019): 3-14.
- Badea Alexandra, Marin Bankov, Graça Da Costa, José Elías Cabrera, Senta Marenz, Kevin O’Connor, Ekaterina Rousseva, et al., „Competition Policy in Support of Europe’s Green Ambition” *Competition Policy Brief*, 1 (2021).

- Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, *BMWK Setzt Bundesnetzagentur Als Treuhänderin Für Gazprom Germania Ein – Erwerb Der Gazprom Germania GmbH Durch JSC Palmary Schwebend Unwirksam*. www.bmwk.de. April 4, 2022. <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/04/20220404-bmwk-setzt-bundesnetzagentur-als-treuhanderin-fur-gazprom-germania-ein-erwerb-der-gazprom-germania-gmbh-durch-jsc-palmary-schwebend-unwirksam.html>.
- Callol Pedro, „Protectionist Trends in Cross-Border Mergers and Acquisitions in Europe: National Interest, FDI and Other Ingredients of the Growing Regulatory Maze” *European Competition Law Review*, 42 (2021): 117-129.
- De Kok Jochem, „Towards a European Framework for Foreign Investment Reviews Delivery Details towards a European Framework for Foreign Investment Reviews” *European Law Review*, 44 (2019): 24-49.
- Dugiel Wanda, „Polityka Handlowa Unii Europejskiej po Światowym Kryzysie Gospodarczym” *Studia Europejskie*, 1 (2015): 29-47.
- Floriańczyk Monika, „Zgodność polskiej konstrukcji »Złotej Akcji« Skarbu Państwa z *acquis communautaire*”, [w:] *Europeizacja Publicznego Prawa Gospodarczego*, red. Hanna Gronkiewicz-Waltz, Krzysztof Jaroszyński. 107-118. Warszawa: C. H. Beck, 2011.
- Gronden Johan van de, Henri de Waele, „All’s Well That Bends Well? The Constitutional Dimension to the Services Directive”, *European Constitutional Law Review* 6 (2010): 397-429. <https://doi.org/10.1017/s1574019610300046>.
- Heim Mathew, *Modernising European Competition Policy: A Brief Review of Member States*” *Bruegel Publications*. July 24, 2019. <https://www.bruegel.org/2019/07/modernising-european-competition-policy-a-brief-review-of-member-states-proposals/>.
- Jaśkowski Marek, „Implikacje Art. 3 Rozporządzenia UE 2019/452 Dla Prawa Polskiego” *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, nr 1 (2021): 49-57. <https://doi.org/10.33226/0137-5490.2021.1.7>.
- Komisja Europejska. „Press Corner”. European Commission – European Commission. 6 lutego 2019. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_881.
- Miąsik Dawid, „Komentarz Do Art. 36”, [w:] *Traktat O Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. Tom I (Art. 1-89)*, red. Andrzej Wróbel. 605–32. Warszawa: Wolters Kluwer, 2012.
- Srokosz Witold, *Instytucje Parabankowe w Polsce*. Warszawa: Lex, 2011.
- Waśniowski Natan, *Nowe wyzwania dla konkurencji przedsiębiorstw w Unii Europejskiej w kontekście chińskich przejęć na rynku wewnętrznym – propozycja Europejskiego Modelu Czempionatu*, UOKiK. Warszawa: Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, 2021.

Weiss Friedl, Clemens Kaupa, *European Union Internal Market Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.



This article is published under a Creative Commons Attribution 4.0 International license.

For guidelines on the permitted uses refer to <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode>