



**Stanowisko Amerykańskiej Izby Handlowej w Polsce („AmCham”) z dnia 26 maja 2020 r.
do projektu zmian ustawy z dnia 24 lipca 2015 r. o kontroli niektórych inwestycji
w wersji z dnia 22 maja 2020 r. (“Projekt”)**

AmCham w pełni popiera cel Projektu, jakim jest stworzenie mechanizmu ochrony dla firm działających w obszarach istotnych dla ochrony zdrowia, bezpieczeństwa i porządku publicznego w okresie powszechnego wpływu pandemii COVID-19 na polską gospodarkę. Jednak przeanalizowany przez nas Projekt może znacząco ograniczyć działalność biznesową inwestorów amerykańskich, którzy do tej pory stworzyli w Polsce majątek o wartości ponad 236 mld złotych i zatrudniają około 267 tysięcy osób. Zależy nam, aby te liczby nadal rosły, a Polska nieustająco była atrakcyjnym rynkiem dla Stanów Zjednoczonych, które są największym w Polsce inwestorem spoza Unii Europejskiej. Do tego potrzebne jest w szczególności stabilne otoczenie regulacyjne i przepisy prawa, które nie budzą wątpliwości w praktyce ich stosowania. Tymczasem Projekt zawiera sporo niejasności prawnych, a także wprowadza wiele rozwiązań mogących zahamować chęć do dalszych inwestycji w Polsce przez podmioty spoza UE. Może to doprowadzić do odpływu globalnego kapitału z Polski, a w konsekwencji utrudnień dla polskich firm w pozyskaniu środków niezbędnych do dalszego rozwoju i sprawnego wychodzenia z kryzysu spowodowanego pandemią COVID-19.

Reprezentując ponad 340 firm amerykańskich zrzeszonych w AmCham, wierzymy w możliwość połączenia celu projektowanych przepisów jakim jest ochrona strategicznych dla gospodarki polskiej sektorów biznesowych oraz dalszego zapewnienia Polsce atrakcyjności inwestycyjnej. Poniżej przedstawiamy uwagi AmCham do Projektu wraz propozycjami szczegółowych zmian, deklarując jednocześnie wsparcie w ich wdrożeniu i w dalszych pracach nad Projektem.

Szczegółowe uwagi do Projektu:

1. Lista podmiotów chronionych

Podmiotami objętymi ochroną w Projekcie są wszystkie spółki publiczne z siedzibą w Polsce, niezależnie od rodzaju działalności, które prowadzą (art. 12d ust. 1). Wydaje się, że jest to nadmiernie szerokie określenie kręgu podmiotów objętych ochroną, które trudno uzasadnić. Objęcie ochroną wszystkich spółek publicznych może dodatkowo ograniczyć inwestycje zagraniczne na Giełdzie Papierów Wartościowych, które już w znaczący sposób spadły w ostatnich latach.

Poprzez zapis o ochronie podmiotów opracowujących lub modyfikujących oprogramowanie (art. 12d ust. 2), ochronie podlega w zasadzie cała branża IT działająca w Polsce, ponieważ każde rozwiązanie informatyczne bazuje na przechowywaniu i przetwarzaniu danych, a także oferuje usługi gromadzenia lub przetwarzania danych w chmurze obliczeniowej. Taka redakcja art. 12d ust.2 może zablokować możliwość pozyskania finansowania dla startupów technologicznych, dla których dostęp do międzynarodowego kapitału decyduje o szansach na rozwój i przetrwanie.

Ponadto Projekt określa jako podmioty objęte ochroną przedsiębiorców według przedmiotów działalności, które zostały opisane bardzo ogólnie (art.12d ust.3). Może to wywołać wątpliwości, czy dana firma należy do określonej branży i jest objęta mechanizmem ochrony. Projekt nie przewiduje żadnej procedury konsultacyjnej z Urzędem Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) w tym zakresie.

Rekomendujemy wprowadzenie wykazu spółek podlegających kontroli, względnie możliwość skierowania zapytania do UOKiK-u (lub innego wskazanego organu) w celu uzyskania odpowiedzi w ciągu 7-14 dni czy dany podmiot jest objęty ochroną. Zmiana tego rodzaju zwiększyłaby bezpieczeństwo obrotu – potencjalny nabywca mógłby z łatwością poznać wiadomość, czy podmiot jest objęty ochroną i upewnić się co do jego klasyfikacji.

2. Wydłużenie procesu inwestycyjnego

Przewidziane w Projekcie terminy postępowania przed UOKiK są zbyt długie wobec dynamiki funkcjonowania rynku inwestycyjnego w Polsce. 30 dni na postępowanie sprawdzające i dodatkowe 120 dni na postępowanie kontrolne, daje 5 miesięcy możliwego oczekiwania na decyzję wyrażającą zgodę bądź sprzeciw wobec planowanej transakcji, a czas ten może być jeszcze wydłużony dodatkowymi zapytaniami ze strony UOKiK. Procedury zawarte w Projekcie opierają się bowiem na przepisach dotyczących kontroli koncentracji. Możemy z tego wywnioskować, że Prezes UOKiK będzie mógł przedłużyć prowadzone postępowanie poprzez przedstawianie dodatkowych wniosków dotyczących udzielenia informacji bądź złożenia dokumentów. Wynika to z faktu, iż w świetle `Projektu - podobnie jak w przypadku polskiego postępowania koncentracyjnego - termin na udzielenie zgody na transakcję nie upłynie, gdy organ będzie czekał na odpowiedź wnioskodawcy na taki dodatkowy wniosek. Ponadto nie ma możliwości zakwestionowania wniosków organu o dodatkowe wyjaśnienia, a lista informacji i dokumentów wymaganych w zawiadomieniu jest bardzo szeroka. Co więcej, wymagane dokumenty oparte są na polskim systemie prawnym, podczas gdy podmioty dokonujące zawiadomienia będą z systemów prawnych innych niż europejski, co może prowadzić do licznych niejasności i problemów dotyczących dokumentów, a w efekcie dalszego wydłużania postępowania.

Praktyka postępowań koncentracyjnych w Polsce dostarcza wielu przykładów, w których analogiczne rozwiązania proceduralne prowadziły do przedłużania postępowań, przy czym najdłuższe z takich postępowań trwały nawet ponad 500 dni.

Uzasadnione jest zatem ryzyko, że Prezes UOKiK może przyjąć niekorzystną interpretację Projektu w aktualnym brzmieniu, w wyniku czego - pomimo upływu terminu wydania decyzji - nadal będzie mógł w drodze decyzji sprzeciwić się inwestycji i próbować cofnąć jej skutki.

W związku z powyższym rekomendujemy uniemożliwienie stosowania przez organ kontroli mechanizmu "stopping the clock" na gruncie Projektu. Wystarczającym zabezpieczeniem interesu państwa polskiego jest przepis mówiący, że brak przedstawienia dodatkowych pisemnych wyjaśnień w terminie wyznaczonym przez organ kontroli powoduje automatyczny sprzeciw organu wobec transakcji (art.12j ust. 1 pkt 2), przy czym sprzeciw dla Prezesa UOKiK w tej sytuacji powinien być fakultatywny, a nie obligatoryjny.

3. Wyłączenia z zakresu zastosowania Projektu

W Projekcie brak jest wyłączenia dla transakcji wewnątrzgrupowych, które nie powodują faktycznej zmiany kontroli i siły rynkowej, a są bardzo często niezbędne do wewnątrzgrupowej reorganizacji.

Sugerujemy również dodanie wyłączenia w Projekcie dla nabycia przez fundusze inwestycyjne – tego rodzaju fundusze są zarządzane przez podmioty licencjonowane w krajach UE (w tym w Polsce), które są podmiotami zewnętrznymi wobec inwestorów i w których inwestorzy mają jedynie bardzo ograniczone prawo do wywierania wpływu na działalność, w tym na strategię inwestycyjną funduszy. Tego rodzaju wyłączenie istnieje w ustawie o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców z 24 marca 1920 r. (art. 7 ust. 5 powołanej ustawy), która ma podobny charakter ochronny do Projektu.

Zasadne jest wprowadzenie w Projekcie wyłączenia na nabycie udziałów lub akcji w postępowaniu egzekucyjnym oraz przez bank (innych kredytodawców na podstawie umowy zastawu lub zastawu finansowego). Uprawnienie do przejęcia przedmiotu zastawu (np. udziałów lub akcji) stanowią typowe postanowienie umowy zabezpieczenia. Brak tego rodzaju wyłączenia ograniczy dostępność kredytu dla wielu przedsiębiorców oraz uniemożliwi zaspokojenie się wierzycieli.

Wprowadzenie powyższych wyłączeń z zakresu zastosowania Projektu wpłynie pozytywnie na pewność obrotu, przy jednoczesnym ograniczeniu stosowania mechanizmu kontroli inwestycji do przypadków transakcji, które ze swej istoty nie generują ryzyk w zakresie zachowania porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego.

4. Przesłanki wyrażenia sprzeciwu wobec planowanej transakcji wskazane w Projekcie

Przesłanka wyrażenia sprzeciwu wobec planowanej transakcji przewidziana w art. 12j ust. 1 pkt 3, którą jest „przynajmniej potencjalne zagrożenie” jest całkowicie ocenna i pozwala na wyrażenie sprzeciwu praktycznie w każdej sytuacji, gdyż potencjalność zagrożenia można wykazać praktycznie w każdej sytuacji. Wydanie decyzji sprzeciwiającej się planowanej transakcji powinno być możliwe w sytuacji, gdy organ kontrolny wykaże faktyczne zagrożenie dla porządku, bezpieczeństwa i zdrowi publicznego. Dopuszczanie do sytuacji, gdy odmowa jest możliwa na podstawie „potencjalnego” niebezpieczeństwa zaprzecza pewności i jasności prawa oraz podważa zasadę zaufania do organów państwa. Organ będzie mógł zawsze twierdzić, że planowana transakcja jest „potencjalnie” niebezpieczna dla wskazanych wcześniej wartości przy czym owa „potencjalność” jest niezwykle szeroka i może służyć arbitralnemu odmawianiu zgody na zgłoszoną transakcję. Rekomendujemy wykreślenie z art.12j ust. 1 pkt 3 słowa „potencjalnie”.

Przesłanka o której mowa w art. 12j ust. 1 pkt 4 „braku możliwości ustalenia czy nabywca posiada obywatelstwo państwa członkowskiego – w przypadku osób fizycznych albo posiada lub posiadał od co najmniej dwóch lat od dnia poprzedzającego zgłoszenie siedziby na terytorium państwa członkowskiego – w przypadku podmiotów innych niż osoby fizyczne” jako przesłanka samodzielna jest niezasadna. Jeżeli celem Projektu jest kontrolowanie nabycia spółek polskich przez podmioty spoza UE/EOG, to podmiot spoza UE/EOG powinien mieć prawo do złożenia wniosku i rozpoznania go w oparciu o przesłanki materialnoprawne. Tymczasem wprowadzenie art. 12j ust. 1 pkt 4 powoduje, że transakcja może być zawetowana na podstawie tego, że złożył ją podmiot spoza UE/EOG bez wnikania w meritum sprawy. Rekomendujemy usunięcie art.12j ust. 1 pkt 4.

5. Sankcja nieważności

Projekt przewiduje, że inwestycje przeprowadzone bez zawiadomienia lub pomimo decyzji o sprzeciwie będą nieważne (z pewnymi wyjątkami). Nie rozstrzyga jednak, czy przepisy przewidujące sankcję nieważności będą miały zastosowanie również do transakcji pod prawem obcym przeprowadzanych przez podmioty działające na podstawie innego niż polskie prawa poza Polską. Projekt nie adresuje również kwestii rozwiązywania konfliktów pomiędzy prawem obcym uznającym daną transakcję za ważną, a prawem polskim przewidującym jej nieważność. Jest to szczególnie ważne w przypadku transakcji przeprowadzanych za granicą, które skutkują pośrednimi lub kolejnymi przejęciami. Takie brzmienie Projektu może prowadzić do poważnych sporów międzynarodowych.

6. Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa

Projekt nie przewiduje żadnych środków mających na celu ochronę tajemnic przedsiębiorstw stron postępowania. Najprawdopodobniej wymagane informacje i dokumenty będą obejmować takie tajemnice, nawet informacja o samej inwestycji może stanowić tajemnicę przedsiębiorstwa, jednakże brak w Projekcie mechanizmów zabezpieczających przed ich ujawnieniem osobom trzecim.

7. Sankcje karne za naruszenie Projektu

Przewidziane w Projekcie sankcje karne w postaci grzywny do 50 milionów złotych lub 5 lat pozbawienia wolności za niezłożenie zawiadomienia albo nabycie dominacji lub nabycia/osiągnięcie znacznego uczestnictwa bez zawiadomienia są nadmiernie surowe, zwłaszcza w sytuacji, gdy ustawa przewiduje sankcje nieważności tak dokonane transakcji lub niemożności wykonywania praw z nabytych z naruszeniem ustawy udziałów lub akcji. Dobro chronione nie jest zatem naruszone i nakładanie tak surowych sankcji karnych nie wydaje się zasadne. Rekomendujemy ograniczenie maksymalnej wysokości grzywny do 10 milionów złotych i rezygnacja z kary pozbawienia wolności. Nawet w przypadku najcięższych przestępstw skarbowych, maksymalna wysokość zagrożenia karą grzywny wynosi ok. 25 milionów złotych.