

25 Ianuarie 2024

CĂTRE: **CONSILIUL CONCURENȚEI**
În calitate de **Secretariat al Comisiei pentru Examinarea Investițiilor Străine Directe**
Domnului Bogdan Chirițoiu, Președinte

Domnului George Anglițoiu, Director, Direcția Relații Externe și Comunicare

REF: **Solicitare dialog instituțional pe marginea prevederilor Ordonanței de Urgență a Guvernului nr. 46/2022 privind măsurile de punere în aplicare a Regulamentului nr. (UE) 2019/452 al Parlamentului European și al Consiliului din 19 martie 2019 de stabilire a unui cadru pentru examinarea investițiilor străine directe în Uniune, precum și pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996 („OUG nr. 46/2022”), modificată prin Ordonanța de Urgență a Guvernului nr. 108/2023 pentru modificarea și completarea Legii concurenței nr. 21/1996, precum și a altor acte normative („OUG nr. 108/2023”)**

Stimate Domnule Președinte,
Stimate Domnule Director,

Camera de Comerț Americană în România (AmCham Romania), prin Comitetul Concurență și Ajutor de Stat, în temeiul buneii cooperări instituționale, vă supunem atenției o serie de îngrijorări ale mediului de afaceri din România generate de modificările legislative aduse cadrului de examinare a investițiilor străine (în continuare, „FDI”) în România prin intermediul OUG nr. 108/2023.

Scopul prezentei scrisori este acela de a vă semnala soluțiile pe care le considerăm oportune pentru a crește certitudinea juridică atât de necesară unui mediu de afaceri competitiv și predictibil, și de a ne angaja resursele în vederea cooperării pentru atingerea acestui scop.

1. Stadiul procedurii parlamentare a Proiectului de lege privind aprobarea OUG nr. 108/2023

Proiectul de lege privind aprobarea OUG nr. 108/2023 a fost înregistrat la Senat sub nr. L704/2023 – ca primă cameră sesizată – în data de 06.12.2023. Acesta va urma procedura de urgență, iar termenul de adoptare tacită este de 30 de zile și se calculează de la data de 06.12.2023. Termenul¹ urmează să se împlinească după vacanța parlamentară, la 4 zile de la reluarea activității Senatului.

În perioada 11-19.12.2023, Comisiile competente ale Senatului au *avizat favorabil* proiectul de lege, *fără amendamente*.

2. Posibilitatea adoptării de către Consiliul Concurenței de instrucțiuni/ghiduri de orientare cu privire la aplicarea prevederilor OUG nr. 46/2022

Cu titlu general, amintim că art. 26 din Legea concurenței nr. 21/1996 (în continuare, „**Legea nr. 21/1996**”) abilitază Consiliul Concurenței să emită instrucțiuni în aplicarea legii. Prin modificările aduse prin OUG nr. 108/2023, Legea nr. 21/1996 conține, în prezent, și prevederi

¹ Termenul este calculat conform art. 75 alin. (2) și art. 115 alin. (5) din Constituția României, republicată, coroborat cu art. 117-119 din Regulamentul Senatului.

referitoare la reglementarea investițiilor străine. Mai mult, chiar OUG nr. 46/2022 abilitază Consiliul Concurenței să emită instrucțiuni cu privire la calculul valorii investiției.

De asemenea, instrucțiuni similare privitoare la aplicarea prevederilor în materia controlului investițiilor străine directe au fost emise și de către autorități din alte state membre ale Uniunii Europene care sunt direct implicate în mecanismele de control al investițiilor străine directe din statele respective. Cu titlu de exemplu, menționăm că în Franța, conform articolului 8 din Decretul nr. 2005-1739 din 30 decembrie 2005, care reglementează relațiile financiare cu străinătatea și în legătură cu aplicarea articolului L.151-3 din Codul monetar și financiar: *Le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, la ministre de la défense, le ministre des affaires étrangères, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche et le ministre de la santé et des solidarités sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au Journal officiel de la République française*². Având în vedere această prevedere, Ministerul francez al economiei, finanțelor și suveranității industriale și numerice a publicat în data de 8 septembrie 2022 *Lignes directrices relatives au contrôle des investissements étrangers en France* (în română, *Liniile directoare referitoare la controlul investițiilor străine în Franța*), prin intermediul cărora se aduc clarificări esențiale referitoare la domeniul de aplicare al controlului investițiilor străine în Franța, precum și la derularea procedurii de autorizare sau de examinare prealabilă a unei activități.

Prin urmare, considerăm că o inițiativă a Consiliului Concurenței de adoptare a unor instrucțiuni de aplicare a OUG nr. 46/2022 este justificată din punct de vedere legal și extrem de necesară după cum vom detalia mai jos.

3. Necesitatea adoptării de către Consiliul Concurenței de instrucțiuni/ghiduri de orientare cu privire la aplicarea prevederilor OUG nr. 46/2022

La aproape 2 ani de aplicare a regulilor privind investițiile străine în România, respectiv, a cadrului juridic reglementat prin OUG nr. 46/2022 și Hotărârea de Guvern nr. 1326/2023³ (în continuare, „**HG nr. 1326/2023**”), mediul de afaceri din România a constatat că anumite aspecte ce țin de procedura de notificare a investițiilor străine preconizate a fi realizate în România necesită clarificat.

Temele majore unde AmCham consideră ca este necesară îndrumare pe cale instrucțiunilor sunt următoarele:

- a) Tipuri de investiții care ar putea fi supuse unei proceduri de examinare simplificate și în legătură cu care să nu existe obligația de a amâna punerea în aplicare a operațiunii până la momentul autorizării din partea Comisiei pentru Examinarea Investițiilor Străine Directe (în continuare, “**CEISD**”), de exemplu, anumite tipuri de reorganizări intra grup, anumite tipuri de extinderi a capacităților de producție etc.
- b) Situația unor investiții ciclice sau recurente, asumate de investitor pentru o perioadă de timp dată, respectiv, momentul la care acestea trebuie notificate, sau momentul în care este necesară obținerea autorizării (ex ante sau ex post) CEISD, precum și clarificarea posibilității

² În limba română: *Ministrul de Stat, ministrul de interne și pentru amenajarea teritoriului, ministrul apărării, ministrul afacerilor externe, ministrul economiei, al finanțelor și industriei, ministrul educației naționale, al învățământului superior și cercetării și ministrul sănătății și solidarității sunt însărcinați, fiecare pe domeniul său, de aplicarea acestui decret, care va fi publicat în Jurnalul oficial al Republicii Franceze.*

³ Hotărârea 1326/2022 privind aprobarea Regulamentului de organizare și funcționare a Comisiei pentru examinarea investițiilor străine directe.

- de a obține o singură autorizare pentru toate investițiile derulate în respectiva perioadă de timp.
- c) Clarificarea tipurilor de investiții care nu ar intra în sfera de interes pentru controlul impactului asupra securității naționale prin prisma sectoarelor listate în Hotărârea Consiliului Suprem de Apărare a Țării nr. 73/2012 (în continuare, „HCSAT nr. 73/2012”).
 - d) Plata contribuției de examinare către Trezoreria Operativă a Municipiului București din conturi IBAN deschise la bănci din afara României.
 - e) Procedura de recuperare a contribuției de examinare plătite, atunci când concluzia CEISD este în sensul că investiția notificată nu intră sub incidența legii
 - f) Modalitatea de calcul a valorii investiției, reglementată prin OUG nr. 46/2022.

În continuare, vom prezenta pe scurt o serie de propuneri pe care Consiliul Concurenței le-ar putea lua în considerare într-un viitor proiect de instrucțiuni. Ne exprimăm disponibilitatea de a pune la dispoziția dumneavoastră expertiza membrilor AmCham România din cadrul grupului de Concurență în sprijinirea efortului de redactare a acestui proiect, conform principiilor și propunerilor următoare.

Vă rugăm să aveți în vedere faptul că AmCham face următoarele propuneri inclusiv prin raportare la optimizarea volumului de muncă al departamentelor de resort din cadrul Consiliului Concurenței, care asigură sprijinul tehnic pentru activitatea CEISD.

3.1. Tipuri de investiții propuse care ar putea fi exceptate de la controlul FDI *ex ante*

Forma actuală a textelor de lege impune ca toate reorganizările interne să fie supuse controlului FDI, dacă sunt întrunite condițiile din art. 3 alin. (1) din OUG nr. 46/2022, adică valoarea investiției (de altfel, foarte dificil de determinat în anumite situații, întrucât nu este posibil să nu fie vorba, *per se*, de niciun aport nou de capital în vreo societate sau, în sens larg întreprindere din România) de minim 2 milioane EUR și domeniul de activitate. Pe baza acestor prevederi, au existat situații în care fie întreprinderea nou-intrată pe lanțul de dețineri societare (indiferent de faptul că aceasta era doar o societate holding, fără activitate efectivă, și, astfel, fără posibilitatea de a exercita, în fapt, un control asupra target-ului din România, care continua să fie controlat de același beneficiar real – *ultimate beneficial owner* – ca și anterior) era din alt stat, fie chiar din același stat ca și orice alte întreprinderi deja existente în lanțul de deținere a target-ului din România, aceste investiții fiind notificate CEISD cu diverse rezultate (autorizare sau chiar neintrare sub incidența legii).

Prin urmare, este necesar să se clarifice faptul că în cazul reorganizărilor, numai situațiile în care, în lanțul de dețineri al target-ului din România, intră entități localizate într-un stat considerat de către CEISD ca având un grad ridicat de incertitudine din punct de vedere al securității naționale ar trebui să facă obiectul controlului FDI.

În măsura în care abordarea legiuitorului român este aceasta, deci una mai strictă decât în alte state (facem referire la faptul că în anumite state, precum Franța, investitorii sunt exceptați de la obligația a solicita autorizarea pentru operațiunile de investiții care sunt realizate între entități aparținând aceluiași grup, adică sunt deținute în proporție de peste 50% din capital sau drepturile de vot, direct sau indirect, de către același acționar), atunci este nevoie de claritate cu privire la ce tipuri de reorganizări interne pot sau trebuie să facă obiectul controlului FDI.

În acest context, arătăm că investitorii interesați de piața din România cunosc faptul că în anumite state reorganizările interne nu sunt (întotdeauna) considerate ca intrând sub incidența controlului FDI. De exemplu:

- a) În *UK*, vedem din consultarea publică lansată de Guvern în 13.11.2023, că există dubii dacă toate reorganizările interne ar trebui supuse controlului FDI sau numai cele care:
- schimbă naționalitatea întreprinderii care deține în mod ultim controlul
 - schimbă identitatea întreprinderii care deține în mod ultim controlul, inclusiv atunci când controlul trece de la un fond de investiții la un altul, administrat de aceeași întreprindere financiară, dar având alți investitori.
- Totodată, conform respectivei consultări publice, Guvernul UK ia în considerare posibilitatea ca, în ceea ce privește reorganizările interne pentru care se va menține obligația de notificare, implementarea acestora să se poată face anterior primirii autorizării FDI (cu alte cuvinte, să fie exceptate de la obligația de *standstill*)
- b) În *Franța*, așa cum am menționat anterior, există o exceptare directă a notificării reorganizărilor interne, cu condiția ca întreprinderile să facă parte din același grup
- c) În *Germania*, nu există control FDI atunci când privește achiziționarea unei societăți din Germania și are loc numai între societăți ale căror acțiuni sunt deținute integral de aceeași societate care deține controlul, iar toate părțile contractante au sediul social situat în aceeași țară terță.

Pe temeiul celor de mai sus vă rugăm să regăsiți mai jos, următoarele **propuneri**:

- a) În materia **reorganizărilor interne**
- Să se clarifice aria de cuprindere a controlului FDI în materia reorganizărilor interne – de exemplu, cu excluderea reorganizărilor care privesc întreprinderi din UE sau din jurisdicții neproblematică (SEE, SUA, UK). Considerăm că exemplele de jurisdicții neproblematică oferite la acest punct pot fi justificate pe apartenența la Organizația Tratatului Atlanticului de Nord.
 - Pentru restul reorganizărilor, controlul FDI să fie necesar, de exemplu, numai în ipoteza în care întreprinderea nou-intrată (non-UE, non-jurisdicție neproblematică) dobândește o participație majoritară în cadrul întreprinderii din România sau dreptul de administrare al întreprinderii din România. De asemenea, pentru aceste reorganizări, să existe o exceptare de la obligația de a nu fi implementate anterior obținerii autorizării din partea CEISD.
- b) În ceea ce privește **extinderile de capacitate**, apreciem că ar fi utilă clarificarea în sensul următor:
- Să se clarifice că doar operațiunile prin care întreprinderea primește capital nou din exterior (adică nu din surse proprii ale întreprinderii, precum profitul reinvestit) în vederea măririi capacității (ca urmare a unei majorări de capital social sau a unei finanțări prin care finanțatorul dobândește dreptul de a controla activitatea întreprinderii finanțate) fac obiectul controlului FDI.

3.2. Situația investițiilor ciclice sau recurente

În materia concentrărilor economice, mecanismul de notificare a tranzacțiilor interdependente („*staggered transactions*”), prin intermediul căruia, operațiunile de concentrare economică interdependente, desfășurate pe o perioadă de 2 ani se notifică la

data ultimei operațiuni, este un real succes, asigurând predictibilitatea necesară investitorilor.

Apreciem că, în mod similar, pentru reorganizările interne și/ sau pentru extinderile de capacitate care cuprind mai mulți pași succesivi și interdependenți, să se clarifice că este suficientă o singură notificare fie la începutul, fie la finalul perioadei, iar perioada poate fi de 2 ani precum în cazul operațiunilor de concentrare economică sau chiar o perioadă mai lungă.

Prin instrucțiuni, Consiliul Concurenței poate crea un mecanism de notificare ex ante – în situația în care planul investițional este cunoscut.

De asemenea, există situații în care valoarea inițială a investiției nu depășește pragul de 2 milioane EUR, însă există posibilitatea ca pe parcurs, același investitor să suplimenteze investiția inițială prin aporturi care, la rândul lor, pot sau nu să depășească acest prag valoric. În raport cu această situație considerăm oportună o clarificare prin intermediul instrucțiunilor/ghidului cu privire la momentul în care se impune notificarea CEISD, în condițiile în care investitorul nu are o imagine completă a planului de investiții încă de la momentul efectuării investiției inițiale.

3.3. Exemplificarea unor tipuri de investiții, cu identificarea sectoarelor relevante, care au fost considerate de către CEISD ca neintrând sub incidența legii din punct de vedere al activității economice

Recunoaștem încărcarea pe care direcțiile de resort ale Consiliului Concurenței o au în sprijinul activității CEISD.

Consiliul Concurenței ar putea sintetiza exemplele practice de investiții care nu intră sub incidența legii, din perspectiva sectoarelor economice sau a tipului de activitate prestată de beneficiarul investiției.

În acest context, Consiliul Concurenței ar avea controlul asupra nivelului de detaliu pe care l-ar oferi în sprijinul analizei privind obligația de notificare pe care investitorii sunt dator să o realizeze ex ante.

Din analiza practicii de la nivelul altor State Membre am observat tendința ca pentru anumite sectoare considerate mai sensibile (e.g. sectorul militar) să fie aplicat un mecanism mai amplu de verificare, atât din perspectiva persoanei investitorului (UE și non-UE), cât și a tranzacțiilor/operațiunilor analizate. Astfel, prin intermediul instrucțiunilor/ghidului ar fi utilă nuanțarea/clarificarea anumitor sectoare care sunt predispuse la o analiză mai amplă din partea autorității competente (e.g. în Finlanda în sectorul apărării, monitorizarea acoperă toți achizitorii care nu sunt finlandezi, în alte sectoare, monitorizarea se limitează la achizitorii din afara UE/AELS - Asociația Europeană a Liberului Schimb).

3.4. Situația investițiilor care nu depășesc pragul de 2 milioane EUR

Considerăm oportună exemplificarea acelor situații care ar putea face obiectul examinării și avizării CEISD, chiar dacă valoarea investiției nu depășește pragul valoric de 2 milioane EUR.

Este important pentru întreprinderi să poată face o analiză preliminară a oricăror tranzacții și operațiuni pe care le consideră necesare prin luarea în considerare a oricăror implicații legale, astfel că, oferirea unor indicații/exemple în cuprinsul instrucțiunilor/ghidului ar

beneficia întreprinderilor în procesul decizional și ar oferi acestora mai multă previzibilitate asupra efectelor pe care le pot produce anumite decizii comerciale pe care le-ar adopta.

3.5. Clarificarea definiției *investitorului străin*

Reglementarea actuală permite o marjă de apreciere asupra noțiunii de investitor străin. Având în vedere faptul că această noțiune nu prezintă o uniformitate la nivel european (e.g. în Austria, investitorul străin este definit ca fiind un investitor din afara UE, SEE sau Elveția; în Republica Cehă, investitorul străin este definit, în general, ca fiind orice investitor al cărui beneficiar real nu este din UE; în Polonia, investitorul străin este definit ca fiind o entitate sau o persoană fizică din afara SEE/din afara OCDE; în Finlanda este considerat investitor străin achizitorul din afara UE sau AELS) considerăm oportună detalierea și exemplificarea noțiunii de investitor străin în acord cu interpretarea autorităților naționale, astfel încât potențialii investitori să beneficieze de o reglementare cât mai clară pentru a putea evalua necesitatea notificării CEISD în situația realizării unei investiții pe teritoriul României.

3.6. Plata contribuției din conturi IBAN deschise la bănci din afara României

La nivel practic, investitorii din afara României, care nu au prezență în România prin întreprinderi din grup, s-au confruntat cu situația în care plata contribuției de 10.000 EUR (în echivalent RON) plătită dintr-o bancă din afara României în IBAN-ul de trezorerie relevant nu a putut fi efectuată.

Apreciem că – pe calea dialogului interinstituțional – Consiliul Concurenței ar trebui să clarifice cu Agenția Națională de Administrare Fiscală și cu Trezoreria Operativă a Municipiului București o procedură prin care sumele de bani plătite din bănci din afara României către contul de trezorerie indicat pentru plata contribuției de examinare să nu mai fie respinse. Apreciem că o astfel de soluție ar fi benefică inclusiv pentru exercițiul de verificare a conformității notificării investiției.

3.7. Procedura de recuperare a contribuției de examinare în cazurile în care investițiile propuse și notificate nu intră sub incidența legii

Considerăm că ar fi necesară stabilirea de către Consiliul Concurenței împreună cu Agenția Națională de Administrare Fiscală și Trezoreria Operativă a Municipiului București a unei proceduri de lucru care să conțină termene precise și rezonabile pentru restituirea către persoanele care au depus cererea de autorizare în cazurile în care CEISD constată neîndeplinirea condițiilor de examinare a cererilor de autorizare, astfel încât investitorii să își poată recupera aceste sume cât mai repede.

3.8. Modalitatea de calcul a valorii investiției – pragul de 2 milioane EUR

Cea mai frecventă întrebare în practică este legată de ce anume reprezintă „valoarea investiției” și care este modalitatea de calcul a acestora

Vedem că în țări membre UE sau relevante din punct de vedere al practicii în materia FDI avem mai multe abordări:

- a) *Lipsa unui prag valoric al investiției*, de exemplu, în Danemarca (unde totuși există numai o valoare minimă a investiției de tip *greenfield* pentru care avem control FDI obligatoriu), Estonia, Letonia, Olanda, UK, respectiv,
- b) *Preferința pentru un prag al deținerilor (directe sau indirecte) în capitalul social*: Austria, Cehia, Franța (unde avem diferențieri între investitori UE / non-UE),

Germania, Italia (unde avem praguri de dețineri extrem de scăzute relevante pentru controlul FDI în cazul tranzacțiilor din industria militară și de apărare), Lituania (unde pragurile de dețineri din capitalul social sunt relevante în cazul întreprinderilor desemnate de importanță strategică de către stat), Suedia.

3.9. Situația documentelor necesare la momentul sesizării CEISD

Pentru formularea unei cereri de autorizare complete considerăm utilă exemplificarea documentelor tranzacției necesare pentru analiza CEISD. În această situație ar fi mai facil pentru partea/părțile notificatoare să transmită documentația completă și, astfel, să poată fi limitate acele situații în care se impune completarea documentației în cele 15 zile prevăzute de legislația în vigoare.

4. Publicitatea deciziilor/ adreselor emise

În vederea limitării sesizărilor nejustificate către CEISD, autoritățile ar putea pune la dispoziția publicului sau a părților terțe interesate versiuni neconfidențiale ale deciziilor/adreselor emise. Astfel, entitățile interesate ar putea face o evaluare bazată pe practica autorităților înainte de a sesiza CEISD, ceea ce va limita numărul de notificări preliminare de clarificare adresate Consiliului Concurenței. În plus, având acces la aceste decizii/adrese, nu ar mai fi nevoie de o actualizare permanentă a instrucțiunilor/ghidului, părțile interesate având acces direct la practica și interpretarea autorităților naționale.

Rămânem la dispoziția dvs. pentru demararea discuțiilor cu privire la modalitatea de sprijin efectiv pe care AmCham o poate implementa în raport de efortul de redactare a acestor instrucțiuni.

În încheiere, vă rugăm să primiți asigurarea întregii noastre aprecieri.

Cu stimă,

Alexandru Reff

Președinte, Comitetul pentru Concurență și Ajutor de Stat

AmCham România