

Dentons Newsletter

Nový zákon o prověřování zahraničních investic

Únor 2021

Prezident České republiky podepsal schválený návrh zákona o prověřování zahraničních investic¹ ("FDI"), který se stane účinným od 1. května 2021. Zákon navazuje na legislativní rámec EU pro prověřování vybraných zahraničních investic z bezpečnostních důvodů daný Nařízením (EU) 2019/452. FDI zavádí pro zahraniční investory ze zemí mimo EU investující do strategických sektorů českého hospodářství povinnost získat předchozí povolení Ministerstva průmyslu a obchodu („MPO“).

Nová právní úprava v FDI dopadne zejména na vybrané zahraniční investice do oblasti energetiky, vodního hospodářství, potravinářství a zemědělství, zdravotnictví, dopravy, komunikačních a informačních systémů, finančního trhu či zboží dvojího užití. Zákon se dotkne jak transakcí, při nichž se nabývá účast na společnosti (*share deal*), tak i transakcí, kdy je převáděn pouze majetek společnosti (*asset deal*).

Vzhledem k tomu, že FDI nabývá účinnosti 1. května 2021, měli by investoři již nyní provést předběžné posouzení svých transakcí s vypořádáním po 1. květnu a určit tak, zda se na ně nová legislativa vztahuje, a pokud ano, jaké může mít na plánovanou transakci dopady.

Níže v textu pro vás shrnujeme novou legislativu a uvádíme několik praktických postřehů z naší praxe. Obecně lze konstatovat, že FDI poskytuje státu (MPO) poměrně širokou míru diskrece v tom, u jakých transakcí se bude vyžadovat předchozí souhlas MPO. FDI je dle našeho názoru místy poměrně neurčitý, čímž vytváří značnou míru právní nejistoty pro zahraniční investory, zda jejich plánovaná investice bude podléhat předchozímu povolení, či nikoliv. Na druhou stranu se v tomto ohledu neodlišuje od podobných „tradičních“ právních úprav jakou je třeba CFIUS v USA či FIRB v Austrálii.

Jaké investice podléhají předchozímu povolení MPO?

FDI ukládá investorům ze zemí mimo EU nebo osobám těmito investory ovládaným (včetně osob ze Švýcarska, Lichtenštejnska či Norska) povinnost získat předchozí povolení pro investice, v důsledku nichž má investor získat účinnou míru kontroly nad právní osobou, která v České republice provozuje vybrané strategické činnosti, nebo cílovou věc, prostřednictvím níž se vybrané strategické činnosti provádí. Do transakční dokumentace tak bude nutné za tímto účelem promítnout novou odkládací podmínku, podobnou schválení spojení soutěžitelů ze strany soutěžních úřadů.

Získání účinné míry kontroly nad společnostmi (či jejich majetkem), které jsou činné v následujících čtyřech strategických oblastech na území České republiky, podléhá nejpřísnějšímu režimu posuzování:

- provádí výrobu, výzkum, vývoj, inovace nebo zajišťování životního cyklu vojenského materiálu;
- provozují některý z prvků kritické infrastruktury (např. určení poskytovatelé energií, mobilní operátoři, výrobci léčiv, určené banky aj.);
- jsou správcem informačního systému kritické informační infrastruktury, správcem komunikačního systému kritické informační infrastruktury, správcem informačního systému základní služby nebo provozovatelem základní služby (např. určení poskytovatelé energií a vlastníci infrastruktury energií, telekomunikační společnosti aj.); nebo
- vyvíjí nebo vyrábí zboží dvojího užití.

Získáním účinné míry kontroly FDI je podstatně širší pojem než obvyklé definice kontroly pro účely spojování soutěžitelů a rozumí se tím cokoli z následujícího:

¹ Zákon č. 34/2021 Sb., o prověřování zahraničních investic a o změně souvisejících zákonů (zákon o prověřování zahraničních investic).

- (i) možnost nakládat s alespoň 10 % hlasovacích práv nebo uplatnit tomu adekvátní vliv;
- (ii) možnost nakládat s vlastnickými právy k nabývané věci;
- (iii) vznik členství investora či osoby jemu blízké v orgánu cílové právnické osoby; nebo
- (iv) jinou míru kontroly, jejímž důsledkem je schopnost získání informací, systémů či technologií důležitých pro bezpečnost České republiky nebo veřejný či vnitřní pořádek.

Jedná se tedy o jiný koncept kontroly, než který známe z korporátního či soutěžního práva. Obzvláště poslední část testu kontroly je velmi široká a podle našeho názoru bude v praxi velmi obtížné ji s určitou mírou jistoty interpretovat. Z tohoto pohledu by bylo vhodné, kdyby MPO vydalo interpretační pokyny, které by pro účely větší předvídatelnosti uvedly příklady toho, kdy test splněn je a kdy nikoliv.

Žádost o povolení anebo konzultace?

FDI představuje jakýsi hybridní model schvalování zahraničních investic. U výše vyjmenovaných čtyř strategických oblastí (tj. vojenský materiál, kritická infrastruktura atd.) zavádí striktní povinnost zahraničního investora požádat MPO o předchozí souhlas, bez kterého nebude možné transakci vypořádat. U ostatních typů investic je ponecháno na zahraničním investorovi, aby si předběžně posoudil, zda konkrétní transakce může vést k ohrožení bezpečnosti nebo veřejného či vnitřního pořádku státu, a pokud ano, aby inicioval konzultaci s MPO.

Je-li cílovou společností držitel licence pro celoplošné rozhlasové nebo televizní vysílání nebo vydavatel periodického tisku s minimálním tištěným nákladem 100 tis. výtisků za den, musí být MPO požádáno o konzultaci vždy. Až na základě odborné konzultace, do níž budou přizvány i jiné orgány veřejné správy, bude rozhodnuto, zda taková zahraniční investice podléhá předchozímu povolení, či nikoliv. MPO bude mít pravomoc až 5 let nazpět přezkoumávat transakce, u nichž je podezření, že mohly ohrozit bezpečnost nebo veřejný či vnitřní pořádek státu, ale u nichž nebylo o konzultaci požádáno.

Důvodová zpráva k FDI uvádí příklady, u jakých transakcí bude nutné zvážit jejich dopady na národní bezpečnost nebo veřejný či vnitřní pořádek. Mělo by se jednat zejména o investice do rozličných forem infrastruktury v České republice (energetické, dopravní, vodohospodářské, zdravotnické, letecké apod.), dále do oblasti kybernetiky, robotiky, leteckých technologií, potravinářství, různých forem médií a sdělovacích prostředků, technologií a objektů důležitých pro obranu státu atd. MPO bude každou situaci vyhodnocovat individuálně případ od případu. Důvodová zpráva sice podotýká, že by MPO nemělo vypracovat seznam

typických investic, u nichž by byla předchozí notifikace MPO povinná, nicméně pro praxi by toto bylo vhodné a MPO by tuto možnost mělo zvážit.

Vzhledem k takto široce koncipované pravomoci MPO zasahovat do rozličných forem zahraničních investic budou investoři muset téměř u každé větší investice pečlivě zvážit, zda na ně tato nová povinnost nedopadá, příp. zda nebude nutné zamýšlenou transakci alespoň konzultovat s MPO. Tento nový legislativní požadavek budou smluvní strany muset rovněž patřičně reflektovat při přípravě transakční dokumentace, např. jako jednu z podmínek účinnosti transakce.

Rozhodnutí MPO a sankce za porušení zákona

Podle FDI má MPO povinnost vydat své rozhodnutí do 90 dnů ode dne zahájení řízení o prověření investice. Ve složitějších případech bude možné tuto lhůtu dokonce prodloužit o dalších 30 dnů. MPO bude moci zahraniční investici povolit, zakázat nebo povolit za splnění určitých podmínek. V tomto ohledu jsou lhůty a pravomoci MPO podobné Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (ÚOHS). Samozřejmě bude důležité, zda MPO bude schopno přistupovat k podáním a procesu schvalování s podobnou profesionalitou jako např. ÚOHS, který vydal k procesu schvalování celou řadu interpretačních pokynů, zavedl proces přednotifikace, zveřejňuje všechny svá rozhodnutí, dělá kolem své rozhodovací praxe pravidelné konference a je otevřen sporné záležitosti neformálně konzultovat před i během schvalovacích řízení tak, jak to lze od moderní veřejné správy očekávat.

V případě nepodání žádosti o povolení investice tam, kde to bude vyžadováno, nezahájení povinných konzultací či porušení podmínek stanovených v rozhodnutí se zahraniční investor vystaví riziku, že MPO investici v budoucnu prověří a stanoví další podmínky trvání investice, popřípadě ji zakáže a omezí vlastnická či hlasovací práva investora, či dokonce nařídí zpětný odprodej cílové společnosti.

Porušení zákonných povinností založí rovněž odpovědnost za přestupek s možnou pokutou až do výše 2 % celkového čistého obrátu (za poslední ukončené účetní období) dosaženého zahraničním investorem. Zde bude opět klíčové, zda MPO vydá interpretační pokyny k pojmu obrátu a jeho výpočtu a k vyjasnění, jaké konkrétní společnosti lze u podnikatelských skupin pokutu udělit a jakým způsobem docílí, aby případné sankce byly přiměřené okolnostem tak, jak to např. činí velmi podrobně ÚOHS.

Praktické dopady pro mezinárodní transakce

V praxi již nyní pozorujeme, že řada zahraničních investorů posuzuje své plánované investice z pohledu lokálních pravidel o prověřování zahraničních investic a nová úprava v České republice tak není žádnou výjimkou. Vzhledem k účinnosti FDI od 1. května 2021,

je nutné s ním počítat u jakékoliv transakce, která bude vypořádána po tomto datu.

Tak jak je to běžné u podobných zahraničních úprav, bude FDI rovněž bohužel dopadat na čisté vnitroskupinové restrukturalizace, jelikož FDI na rozdíl od právní úpravy spojování soutěžitelů neobsahuje vnitroskupinovou výjimku a nepočítá s konceptem jednoho soutěžitele. Podle našeho názoru to povede ke zcela zbytečným schvalovacím procesům a samozřejmě i vyšší četnosti případného porušení FDI v případech, které již substančně byly ze strany MPO posouzeny. Otázkou pro MPO by bylo, zda pro tyto situace nevytvořit zjednodušený a zrychlený proces schvalování, jaký např. ÚOHS používá v případech, které nejsou problematické.

Jak ukazují zkušenosti ze zahraničí, např. Francie, Německo nebo Itálie, kde má podobná legislativa dlouhodobější tradici, epidemiologická krize způsobená globálním šířením viru COVID-19 měla za následek podstatné rozšiřování typů investic (zejm. v oblasti léčiv, zdravotnického materiálu, ochranných pomůcek apod.), u nichž je potřeba předchodzí povolení státu. S tímto je třeba bohužel do budoucna počítat.

Zahraníční právní úprava

Schvalování zahraničních investic má v některých zemích OECD dlouholetou tradici, příkladem může být CFIUS v USA existující od roku 1975 nebo australský FIRB existující od roku 1976. Vzhledem k legislativnímu rámci EU pro prověřování vybraných zahraničních investic z bezpečnostních důvodů podle Nařízení (EU) 2019/452 účinného k říjnu 2020 je dnes režim schvalování běžný i v EU. Přestože tyto režimy vykazují

určité podobnosti, nejsou shodné a lze mezi nimi najít i podstatné rozdíly, zejména co se týče přístupu k vymezení zahraničních investorů, investic podléhajících prověřování či sankcí za porušení zákonných povinností. Důvodem těchto rozdílných přístupů je skutečnost, že Nařízení stanoví pouze rámec pro spolupráci, pokud daná členská země EU systém zavedla. Některé členské státy například zavedly/zavádějí odlišný režim pro investory ze států EU, Evropského hospodářského prostoru (EHP), Evropského sdružení volného obchodu (ESVO) či Organizace pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD) a odlišný režim pro investory ze třetích zemí. Výše uvedené Nařízení totiž neukládá členským státům povinnost režim prověřování zahraničních investic zavést ale „pouze“ povinnost spolupracovat v této oblasti s jinými členskými státy a Evropskou komisí.

Z pohledu MPO bude samozřejmě vhodné vyhodnocovat „best practices“ v těchto zahraničních úpravách tak, aby byla nová procedura schvalování v České republice co možná nejméně bolestivá vzhledem k tomu, že v naprosté většině případů bude dopadat na zcela bezproblémové transakce.

Dentons FDI Global Tracker

Pokud byste měli zájem se dozvědět více o jednotlivých národních režimech, naše advokátní kancelář Dentons připravila globální interaktivní vyhledávač Dentons FDI Global Tracker, pomocí kterého můžete při přípravě vašich transakčních záměrů přehledně srovnat vybrané národní právní úpravy ochrany zahraničních investic.

Více se dozvíte zde

O legislativním vývoji v této oblasti Vás budeme i nadále informovat. V případě jakýchkoliv dotazů nás neváhejte kontaktovat.

Kontakty

Petr Zákoucký

Partner

D +420 236 082 280

M +420 236 082 280

petr.zakoucky@dentons.com



Adam Přerovský

Senior Associate

D +420 236 082 241

M +420 725 004 238

adam.prerovsky@dentons.com



Petr Müller

Associate

D +420 236 082 266

M +420 734 793 010

petr.mueller@dentons.com

