

# Artikel

## De Europese Verordening buitenlandse subsidies: een noodzakelijk kwaad voor gelijke concurrentievoorwaarden op de interne markt?

Roos Elemans en Tjaša Geč\*

*The new kid on the block*: op 12 januari van dit jaar trad de Verordening betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren (hierna: de FSR (*Foreign Subsidies Regulation*)) in werking.<sup>1</sup> Waar in toezicht op mededingingsversturende steunmaatregelen van *EU-overheden* op de import van gesubsidieerde goederen al sinds lange tijd voorzien is,<sup>2</sup> stond de Europese Unie (EU) ten aanzien van mededingingsversturende steun verstrekt door buitenlandse (dat wil zeggen niet-EU) overheden en de ‘import van gesubsidieerde investeringen’ nagenoeg met lege handen.<sup>3</sup> Daar komt met de FSR verandering in. Met een mix van EU-staatssteunregels, subsidieregels van de Wereldhandelsorganisatie (WTO)

en – vooral op procedureel vlak – concentratiecontrole-regels, krijgt de Europese Commissie (de Commissie) drie instrumenten om nu ook op te treden tegen buitenlandse subsidies die verband houden met transacties en openbare aanbestedingen en die de interne markt verstoren.

Dit artikel bevat een overzicht van de belangrijkste begrippen en instrumenten die de FSR introduceert en belicht enkele van de uitdagingen waarmee betrokkenen waarschijnlijk zullen worden geconfronteerd bij de toepassing van de FSR.

### Achtergrond

De interne markt is, zoals Tom Ottervanger in *M&M* in een redactioneel besprak,<sup>4</sup> de belangrijkste troef van de EU en een fel begeerd afzetgebied voor producenten en dienstverleners uit derde landen. De interne markt (en de toegenomen concurrentie die daarbij komt kijken) zorgt voor lagere prijzen, een grotere keuzevrijheid, werkgelegenheid en een concurrentiepositie op het wereldtoneel. Veel beperkingen van de toegang tot die markt kende de Europese regelgeving niet maar met het gewijzigde geopolitieke klimaat met protectionisme, marktverstoringen en handelsspanningen tot gevolg wijzigde ook de industriestrategie van de EU. Met die gewijzigde strategie biedt de EU ook een tegengeluid

\* Mr. R.M. Elemans is werkzaam als advocaat bij Stibbe. Mr. T. Geč is werkzaam als advocaat bij Stibbe. Deze bijdrage is afgesloten op 26 juni 2023.

1 Verordening (EU) 2022/2560 van het Europees Parlement en de Raad van 14 december 2022 betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren (*PbEU* 2022, L 330).

2 Op grond van de EU-staatssteunregels zoals neergelegd in art. 107 Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU), op grond van de WTO-antisubsidieregels, zoals neergelegd in de Overeenkomst inzake subsidies en compenserende maatregelen van de Wereldhandelsorganisatie (de WTO Subsidies Overeenkomst) en de Algemene Overeenkomst betreffende tarieven en handel en op grond van Verordening (EU) 2016/1037 antisubsidiemaatregelen (tegen de gesubsidieerde invoer van goederen).

3 Alleen voor de luchtvaartsector bestaat al langere tijd een Europese verordening (Verordening (EU) 2019/712) die een regime vergelijkbaar met het EU-staatssteunregime maar dan van toepassing op derde landen introduceerde voor de luchtvaartsector. Handelsverdragen bevatten ten aanzien van subsidies doorgaans uitsluitend verplichtingen die zien op transparantie en raadpleging.

4 T.R. Ottervanger, ‘Economische integratie, wapen tegen oneerlijke mededinging’, *M&M* 2022, afl. 2.

aan de huidige industriepolitiek van belangrijke handelspartners, zoals die van China (denk aan *Made in China 2025*) en die van de Verenigde Staten (denk aan de *Inflation Reduction Act*).

Onderdeel van de Europese industriestrategie is de FSR, die het toezicht op (oneerlijke) steun vanuit niet-EU landen uitbreidt. Ter waarborging van een gelijk speelveld dicht de FSR de kloof in de regelgeving: naast mededingingsversturende steunmaatregelen van EU-overheden kan de EU door de komst van de FSR binnenkort ook mededingingsversturende steun door niet-EU-overheden bestrijden. Dergelijke steun kan ertoe leiden dat partijen hogere bedragen kunnen bieden in fusies of overnames of tegen een lagere prijs kunnen inschrijven op een openbare aanbesteding. Dat leidt tot oneerlijke voordelen voor bepaalde ondernemingen en (daarmee) tot een verstoring van de interne markt. De FSR is er op gericht dit tegen te gaan.

## Een aantal kernaspecten van de FSR

### Buitenlandse subsidie

De FSR is van toepassing op ‘buitenlandse subsidies’. Onder een buitenlandse subsidie moet worden verstaan:<sup>5</sup>

1. *een financiële bijdrage verleend voor economische activiteiten van een onderneming*<sup>6</sup> – waaronder de overdracht van financiële middelen of verplichtingen (zoals kapitaalinjecties, subsidies, leningen, fiscale stimuleringsmaatregelen en kwijtschelding van schulden), het niet-innen van verschuldigde inkomsten (zoals belastingvrijstellingen en het verlenen van bijzondere of exclusieve rechten aan een onderneming zonder een passende vergoeding) en (zelfs) de levering of aankoop van goederen of diensten;
2. *direct of indirect verstrekt door een derde land* – dat kan via een publieke entiteit (een centrale overheid, decentrale overheden of een buitenlandse overheidsentiteit waarvan het doen en laten aan een derde land kan worden toegerekend) of een private entiteit (waarvan het doen en laten aan een derde land kan worden toegerekend);
3. *waarmee een voordeel wordt verleend* – een financiële bijdrage verleent een voordeel indien die onder normale marktvoorwaarden niet had kunnen worden verkregen;
4. *en die rechtens of feitelijk beperkt is tot een of meer ondernemingen of bedrijfstakken* – met andere woorden: de steun dient specifiek te zijn.

5 Art. 3 lid 1 FSR.

6 Uit de preambule van de FSR volgt dat een buitenlandse subsidie moet worden beschouwd als toegekend vanaf het ogenblik dat de begunstigde het recht verkrijgt om de buitenlandse subsidie te ontvangen. De daadwerkelijke uitbetaling van de buitenlandse subsidie is geen noodzakelijke voorwaarde om een buitenlandse subsidie binnen het toepassingsgebied van de FSR te laten vallen.

Deze voorwaarden komen overeen met de voorwaarden die we kennen uit het EU-staatssteunregime en het WTO-subsidieregime en waarvan de betekenis inmiddels aardig is uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Het ligt het meest voor de hand dat voor de interpretatie van begrippen aansluiting zal worden gezocht bij het EU-staatssteunregime gelet op onder meer de expliciete verwijzing daarnaar in de preambule bij de FSR<sup>7</sup> en het feit dat DG Mededinging en niet DG Handel belast is met de uitvoering en handhaving van de FSR. Toch is het niet helemaal uitgesloten dat ook inspiratie zal worden ontleend aan het WTO-subsidieregime omdat de exacte bewoordingen uit de FSR nu juist daarbij aansluiten. Zo spreekt de FSR over ‘financiële bijdrage verstrekt door een derde land’ en niet over ‘steun door staatsmiddelen bekostigd’, en over ‘specifiek (in rechte of in feite)’ en niet over ‘selectief’. De exacte interpretatie van bepaalde begrippen en daarmee de reikwijdte van de FSR, blijft dus – zoals te verwachten is bij nieuwe regels – nog wat onduidelijk.

### Verstoringen van de interne markt

Er geldt geen algemeen verbod op buitenlandse subsidies. Zodra het bestaan van een buitenlandse subsidie is vastgesteld zal de Commissie per geval eerst moeten nagaan of die subsidie de interne markt verstoort voordat zij kan besluiten de subsidie te verbieden, maatregelen op te leggen of toezeggingen te eisen.

Om te bepalen of een buitenlandse subsidie de interne markt verstoort, moet de vraag worden beantwoord in hoeverre een buitenlandse subsidie de concurrentiepositie van een onderneming kan verbeteren en hoe die buitenlandse subsidie in dat verband de mededinging op de interne markt daadwerkelijk of potentieel ongunstig beïnvloedt.<sup>8</sup> Relevante indicatoren in dat verband zijn onder meer het bedrag en de aard van de buitenlandse subsidie, het doel van, en de voorwaarden verbonden aan, de buitenlandse subsidie en het gebruik ervan op de interne markt.<sup>9</sup> Van een buitenlandse subsidie die een aanzienlijk deel dekt van de aankoopprijs van de doelonderneming in geval van een overname of van de geschatte waarde van een via een aanbestedingsprocedure te gunnen opdracht, zal al snel kunnen worden aangenomen dat deze versturend is.<sup>10</sup> Buitenlandse subsidies aan mkb-ondernemingen of ondernemingen met een klein marktaandeel zullen volgens de FSR doorgaans minder snel als versturend worden aangemerkt dan subsidies aan grote ondernemingen of ondernemingen met een groot marktaandeel.<sup>11</sup>

De FSR noemt drie typen buitenlandse subsidies die gedacht worden de interne markt (waarschijnlijk) *niet* te verstoren.<sup>12</sup> Dat zijn subsidies aan een onderneming (in de mededingingsrechtelijke zin) die (1) in een periode van drie opeenvolgende jaren niet meer bedragen dan

7 Preambule bij de FSR, par. 9.

8 Art. 4 lid 1 FSR.

9 Art. 4 lid 1 FSR.

10 Preambule bij de FSR, par. 19.

11 Preambule bij de FSR, par. 19.

12 Art. 4 lid 2, 3 en 4 FSR.

€ 4 miljoen – in welk geval het ‘weinig waarschijnlijk’ wordt geacht dat die subsidie de interne markt zal verstoren – of (2) per derde land niet meer dan € 200.000 bedragen over een periode van drie opeenvolgende jaren (vgl. de *de minimis*-bepaling van het EU-staatssteunregime) – in welk geval die subsidie *zal* worden geacht de interne markt *niet* te verstoren of (3) tot doel hebben schade van natuurrampen of buitengewone gebeurtenissen te herstellen – in welk geval die subsidie *kan* worden geacht de interne markt *niet* te verstoren.

Ook noemt de FSR typen buitenlandse subsidies die de interne markt, net als bepaalde soorten staatssteun, zeer waarschijnlijk *wel* zullen verstoren.<sup>13</sup> Dat zijn subsidies aan noodlijdende ondernemingen, subsidies in de vorm van een onbeperkte garantie voor schulden of verplichtingen van een onderneming, non-OESO<sup>14</sup>-conforme exportkredietregelingen en subsidies die rechtstreeks een concentratie vergemakkelijken of een onderneming in staat stellen een onrechtmatig voordelige inschrijving in te dienen. Denk in die laatste twee gevallen aan een overheid die een onderneming een financiële bijdrage geeft die er puur op gericht is een onderneming in het zadel te helpen bij een concentratie of een inschrijving. Dergelijke subsidies brengen een omkering in de bewijslast met zich mee: de Commissie hoeft in die gevallen geen beoordeling op basis van indicatoren uit te voeren en het is aan de onderneming aan te tonen dat de subsidie de interne markt niet zal verstoren (of te wijzen op positieve effecten die opwegen tegen de negatieve effecten van de subsidie). Doet een onderneming dat aan de hand van een uitgebreide economische analyse, dan is het nog maar de vraag of de Commissie eraan ontkomt een eigen (grondige) analyse te laten uitvoeren ter weerlegging van de positie van de onderneming.<sup>15</sup>

### Afwegingstoets

Met de vaststelling dat sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, zijn we er nog niet. De Commissie kan – op basis van ontvangen informatie – de negatieve effecten van een buitenlandse subsidie afwegen tegen de positieve effecten van die subsidie en zal dat bij het besluiten over voorlopige maatregelen of remedies zelfs *moeten* doen.<sup>16</sup> Net zoals onder het EU-staatssteunregime zijn die positieve effecten niet beperkt tot economische voordelen (welke betrekking moeten hebben op de ontwikkeling van de betrokken gesubsidieerde economische activiteit op de interne markt) maar dient de Commissie ook rekening te houden met bredere positieve effecten, in het bijzonder die van de EU, in verband met de relevante (EU-)beleids-

doelstellingen (bijvoorbeeld milieubescherming, sociale normen en de bevordering van onderzoek en ontwikkeling).

## De instrumenten in de toolbox van de Commissie

De FSR introduceert drie instrumenten ter voorkoming van buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren:

1. *ex-antetoetsing* van concentraties;
2. *ex-antetoetsing* van openbare aanbestedingen; en
3. algemeen *ex-officiotoezicht*.

Deze instrumenten worden hierna kort besproken.

### 1. Ex-antetoetsing van concentraties

Op grond van de FSR moeten concentraties worden gemeld bij de Commissie indien twee drempels worden gehaald:

1. *omzet*: ten minste een van de fuserende partijen (in geval van een fusie), de doelonderneming (in geval van een overname) of de *joint venture* is gevestigd in de EU en heeft in het voorafgaande boekjaar een omzet behaald van ten minste € 500 miljoen;<sup>17</sup>
2. *financiële bijdrage*: alle betrokken ondernemingen bij elkaar hebben in totaal meer dan € 50 miljoen aan financiële bijdragen uit derde landen ontvangen in de drie jaren voorafgaand aan de sluiting van de overeenkomst, de aankondiging van het openbare overnamebod of de verwerving van een zeggenschapsbelang.<sup>18</sup>

*Opgelet*: een financiële bijdrage is, zoals hiervoor toegelicht, een van de vier elementen van een buitenlandse subsidie en omvat (daarmee) een stuk meer dan een buitenlandse subsidie. Zo hoeft een financiële bijdrage niet specifiek te zijn en ook geen voordeel te verschaffen. Het hoeft dus geen steunmaatregel zoals we die kennen uit het EU-staatssteunregime te zijn. Opmerkelijk genoeg kan in theorie iedere omzet behaald met de marktconforme levering van goederen of diensten aan een overheidsinstelling kwalificeren als een financiële bijdrage.

Daarnaast kan de Commissie een melding eisen van een concentratie die niet meldingsplichtig is vóór de *closing* daarvan indien zij vermoedt dat er in de drie jaar voorafgaand aan de concentratie mogelijk buitenlandse subsidies zijn toegekend aan de betrokken ondernemingen.<sup>19</sup> Daarmee kan de Commissie op grond van de FSR theoretisch iedere concentratie beoordelen.

Qua begrippen (zoals concentratie, zeggenschap, betrokken onderneming, relevante omzet) en procedure sluit de FSR nauw aan bij de EU-concentratiecontrole-

13 Art. 5 FSR.

14 Organisatie voor Economische Samenwerking en Ontwikkeling.

15 Vgl. de verplichting van de Commissie in mededingingszaken waarin zij in eerste instantie de mededingingsbeperkende effecten van bepaalde gedragingen niet hoeft aan te tonen, HvJ EU 6 september 2017, C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (Intel). Daar staat tegenover de relatief lage bewijsdrempel voor de Commissie ten aanzien van de vervalsing van de mededinging in het EU-staatssteunrecht.

16 Art. 6 FSR.

17 Art. 20 lid 3 onder a FSR.

18 Art. 20 lid 3 onder b FSR.

19 Art. 21 lid 5 FSR.

regels. Er geldt een *standstill*-verplichting, het meldingsproces en de duur daarvan is vergelijkbaar (er is een prenotificatieprocedure, er staan 25 werkdagen voor een beoordeling in de eerste fase ('voorlopige toetsing') en 90 werkdagen voor een tweede fase ('diepgaand onderzoek') met vijftien extra werkdagen als toezeggingen worden aangeboden), en de Commissie kan een boete opleggen voor onder meer niet (volledig en/of juist) melden en de totstandbrenging van een concentratie voordat goedkeuring is verkregen.

Komt de Commissie tot de conclusie dat sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, dan kan zij besluiten de concentratie te verbieden of een toezeggingsbesluit nemen. Voorbeelden van toezeggingen (en herstelmaatregelen die de Commissie kan opleggen in het kader van haar ex-officiotoezicht) die de FSR noemt, zijn het terugbetalen van de steun, het geven van toegang tot een infrastructuur op billijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden, het verminderen van capaciteit of marktaanwezigheid, het afstoten van bepaalde activa en het gelasten van een aanpassing van de bestuursstructuur van de betrokken ondernemingen.<sup>20</sup>

## 2. Ex-antetoetsing van openbare aanbestedingen

Deelnemers aan een openbare aanbesteding moeten van verkregen buitenlandse financiële bijdragen melding maken indien:

1. *waarde*: de geschatte contractwaarde van de openbare aanbesteding € 250 miljoen of meer is (indien de opdracht wordt opgesplitst in percelen geldt een drempel van € 125 miljoen als totale waarde van alle percelen waarvoor de deelnemer inschrijft);<sup>21</sup> en
2. *financiële bijdrage*: de inschrijver (inclusief de groep waartoe de inschrijver behoort en zijn hoofdonderaannemers en hoofdleveranciers die bij de aanbesteding betrokken zijn) in totaal ten minste € 4 miljoen aan financiële bijdragen heeft ontvangen per derde land (dat is dus anders dan bij transacties) in de drie jaren voorafgaand aan de melding.<sup>22</sup>

Ook ten aanzien van openbare aanbestedingen geldt dat de Commissie vóór de gunning van de opdracht een melding kan vereisen indien zij vermoedt dat een ondernemer in de drie jaar vóór de inschrijving of vóór het verzoek tot deelname aan de aanbestedingsprocedure voordeel heeft gehaald uit buitenlandse subsidies terwijl de meldingsdrempels niet gehaald zijn.<sup>23</sup>

Voor de interpretatie van begrippen en concepten sluit de FSR aan bij de Europese aanbestedingsregels, zoals de richtlijnen voor overheidsopdrachten in klassieke sectoren, overheidsopdrachten in speciale sectoren en concessies.

De procedure is anders ingericht dan die voor concentraties. Indien een meldplicht bestaat, moeten deelnemers aan een openbare aanbesteding alle buitenlandse

financiële bijdragen samen met de inschrijving (en in geval van een meerasige procedure eerst bij het indienen van het verzoek tot deelname en vervolgens bij het indienen van de inschrijving) melden bij de aanbestedende dienst of instantie. Maar ook als *geen* meldplicht bestaat, is de deelnemer verplicht de buitenlandse financiële bijdragen op te sommen in een verklaring en te bevestigen dat die bijdragen niet gemeld hoeven te worden. De aanbestedende dienst of instantie stuurt de melding of verklaring door naar de Commissie. De Commissie voert een voorlopige toetsing uit (die maximaal twintig werkdagen duurt en verlengd kan worden met tien werkdagen) en bepaalt op die basis of zij een diepgaand onderzoek (dat tot 110 werkdagen vanaf de melding mag duren, met een eventuele verlenging van twintig werkdagen) nodig acht. Hangende de beoordeling door de Commissie mag de opdracht in beginsel niet gegund worden aan welke deelnemer dan ook.

Komt de Commissie tot de conclusie dat een ondernemer voordeel haalt uit een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, dan kan zij een besluit nemen waarbij de gunning van de opdracht aan de betrokken ondernemer wordt verboden of een toezeggingsbesluit nemen.

## 3. Algemeen ex-officiotoezicht

De FSR introduceert ook een algemeen instrument waarmee de Commissie op eigen initiatief *ex post* mogelijk versturende buitenlandse subsidies kan onderzoeken. Het instrument is onder meer bedoeld voor alle economische activiteiten van ondernemingen die buitenlandse subsidies ontvangen die niet gemeld hoefden te worden onder de concentratie- of aanbestedingsregeling. Zo kunnen bijvoorbeeld ook kleinere M&A-transacties en aanbestedingsprocedures worden onderzocht. Volgens de Commissie is het ex-officio-instrument niet ontworpen om het net breed uit te kunnen werpen en zal zij er terughoudend gebruik van maken en zich enkel richten op de belangrijkste en grootste activiteiten waarbij buitenlandse subsidies betrokken zijn. Omwille van de rechtszekerheid geldt voor deze bevoegdheden van de Commissie een verjaringstermijn van tien jaar vanaf het moment waarop een buitenlandse subsidie is verleend.

De Commissie kan marktonderzoeken uitvoeren, informatieverzoeken versturen, (onaangekondigde) inspecties verrichten (ook bij locaties van de ondernemingen in het derde land, mits dat derde land daarvan officieel op de hoogte is gebracht en daar geen bezwaar tegen heeft) en voorlopige maatregelen ('herstelmaatregelen') opleggen. Dat laatste kan de Commissie alleen bij de uitoefening van haar ex-officiobevoegdheden en niet in het kader van een beoordeling van een melding. Omgekeerd kan de Commissie bij het ex-officio-instrument transacties of gunningen van aanbestedingen niet (met terugwerkende kracht) verbieden.

20 Art. 7 lid 4 FSR.

21 Art. 28 lid 1 onder FSR.

22 Art. 28 lid 1 onder b FSR.

23 Art. 29 lid 8 FSR.

## Het zoeken naar een balans tussen effectief toezicht en onnodige regeldruk

De verwachte regeldruk die de FSR met zich brengt, is behoorlijk. Naar schatting zullen onder de FSR 65 meldingen per jaar gedaan worden. DG Mededinging, het directoraat-generaal van de Commissie dat verantwoordelijk is voor de uitvoering van de FSR, heeft gezegd zijn personeelsbestand te moeten uitbreiden met minimaal 120 extra FTE. Dat is ook wel te begrijpen gelet op de hoeveelheid informatie die de Commissie te verwerken zal krijgen en de onzekerheden die inherent zijn aan nieuwe regimes.

Maar zorgen ontstonden met name over de regeldruk voor ondernemingen. Eerder dit jaar ging een ontwerp van de uitvoeringsverordening<sup>24</sup> met daarin nadere procedurele regels, waaronder de bij een melding te verstrekken informatie, in consultatie. Het ontwerp deed veel stof opwaaien en leverde niet minder dan 74 consultatiereacties op. Ondernemingen vreesden Herculesarbeid te moeten gaan verrichten om in de eerste plaats te bepalen of transacties of inschrijvingen meldingsplichtig zijn en vervolgens ook nog eens aan de informatieverplichtingen uit de FSR en de FSR Uitvoeringsverordening te voldoen. Nut en noodzaak van die arbeid voor het bereiken van het doel van de FSR, de bescherming van de interne markt, leken afwezig. Sterker nog, de vrees werd geuit dat de FSR juist het tegenovergestelde van haar doel zou bereiken. De onzekerheid en disproportionele administratieve last die de FSR met zich zou brengen, zouden investeerders afschrikken en daarmee het investeringsklimaat in de EU aantasten. Dat zou de interne markt uiteraard inderdaad niet ten goede komen.

De kritiek op het ontwerp van de FSR Uitvoeringsverordening was niet aan dovemansoren gericht, zo blijkt uit een aangepast ontwerp van de FSR Uitvoeringsverordening en een op 6 juni jl. gepubliceerde Q&A die op de definitieve FSR Uitvoeringsverordening vooruit lijkt te lopen.<sup>25</sup> Op basis van het aangepaste ontwerp zal de regeldruk verminderen maar zeker niet verdwijnen. Ondernemingen ontkomen er dan ook niet aan informatie te verzamelen die zij niet zo een-twee-drie beschikbaar zullen hebben.

Ondernemingen zullen voor het analyseren van meldplichten en het doen van meldingen in kaart moeten brengen van welke niet-EU-overheden zij een of meer financiële bijdragen hebben ontvangen in de drie jaren voorafgaand aan de transactie of inschrijving. Het be-

grip financiële bijdrage is zoals hiervoor toegelicht een ruimer begrip dan het begrip buitenlandse subsidie waaronder naast allerlei belastingmaatregelen zelfs de levering of aankoop van goederen of diensten tegen marktcondities kan vallen. *Multinationals* en *private equity*-partijen wier dochterondernemingen in soms wel meer dan honderd niet-EU-landen gevestigd zijn, zullen per land in kaart moeten brengen of zij financiële bijdragen hebben ontvangen, ook al hebben die financiële bijdragen niets met de transactie of inschrijving van doen (zoals bijvoorbeeld de verkoop van software aan een overheidsinstantie of passieve investeringen in investeringsfondsen) en kunnen ze niet redelijkerwijs als een buitenlandse subsidie worden aangemerkt, laat staan als een subsidie een met een verstrend effect op de interne markt. Men kan zich afvragen of dat nu wel zo nodig is en of het niet passender is te werken met een meldingsdrempel op basis van buitenlandse subsidies in plaats van financiële bijdragen, vergelijkbaar met het EU-staatssteunregime. Partijen zouden dan zelf kunnen beoordelen of sprake is van een buitenlandse subsidie of niet en de Commissie zou op haar beurt beoordelen of die subsidie de interne markt zal verstoren.

Als eenmaal is vastgesteld dat een meldplicht bestaat, komen de informatieverplichtingen om de hoek zetten. Voor die verplichtingen lijkt de Commissie zich inmiddels wel te richten op verstrendende subsidies in plaats van op financiële bijdragen. Op grond van het eerste ontwerp van de FSR Uitvoeringsverordening zou bij een melding zeer gedetailleerde informatie over iedere ontvangen financiële bijdrage moeten worden verschaft. Daarmee leek de FSR haar doel voorbij te schieten: het beoordelen van financiële bijdragen die niets van doen hebben met een bepaalde transactie of onderneming en op geen enkele manier een voordeel verlenen aan ondernemingen is geenszins nodig ter voorkoming van concurrentieverstoreningen op de interne markt. Met het aangepaste ontwerp van de FSR Uitvoeringsverordening heeft de Commissie op een aantal manieren de informatieverplichtingen verminderd en gericht op financiële bijdragen die de interne markt zeer waarschijnlijk zullen verstoren.

Ten eerste hoeven ondernemingen alleen gedetailleerde informatie (over de hoogte, de rationale, de verstrekkende entiteit, de voorwaarden en het verstrekte voordeel) te verschaffen over financiële bijdragen van minimaal € 1 miljoen in de drie jaar voorafgaand aan de transactie of inschrijving (in het eerste ontwerp lag die grens bij € 200.000) die de interne markt zeer waarschijnlijk zullen verstoren. Voor de overige financiële bijdragen kan worden volstaan met het opnemen van algemene informatie, namelijk het type bijdrage (bijvoorbeeld een belastingvoordeel, schuldkwijtschelding of een bijzonder of uitsluitend recht), een algemene beschrijving van het doel van de desbetreffende bijdrage (als voorbeeld wordt genoemd '*tax exemption for the production of product A and R&D activities*'), het bestaan van een link met de transactie of aanbesteding en een geschat totaalbedrag per derde land (in ranges), in een tabel.

24 Commission Implementing Regulation (EU).../... of XXX on detailed arrangements for the conduct of proceedings by the Commission pursuant to Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market (FSR Uitvoeringsverordening).

25 Dat aangepaste ontwerp was ten tijde van het schrijven van dit artikel nog niet openbaar maar wel reeds naar de lidstaten verstuurd en ingezien door de auteurs van dit artikel.

Ten tweede hoeven ondernemingen in eerste instantie überhaupt geen informatie op te nemen (dus ook geen algemene informatie in een tabel) over bijdragen die zien op bepaalde niet-selectieve belastingvoordelen of het leveren of afnemen van goederen en diensten (met uitzondering van financiële diensten) onder marktvoorwaarden, bijdragen die minder dan € 1 miljoen bedragen, bijdragen die in totaal per derde land minder dan € 45 miljoen in de drie jaar voorafgaand aan de transactie of inschrijving bedragen. Onder voorwaarden hoeft in eerste instantie ook geen informatie te worden verschaft over financiële bijdragen die samenhangen met bepaalde transacties van een investeringsmaatschappij. Ten slotte heeft de Commissie de informatieverplichting ten aanzien van het biedingsproces in een transactie enigszins aangepast.

Wat niet verandert, is dat ondernemingen voor het voorbereiden van hun meldingen al de nodige (economische) analyses zullen moeten laten uitvoeren omdat zij zullen moeten beoordelen (en aangeven) of bepaalde financiële bijdragen kwalificeren als buitenlandse subsidies en zo ja, of subsidies behoren tot de categorie subsidies die zeer waarschijnlijk de interne markt verstoren, en wat de eventuele positieve effecten zijn van de FSR (en hoe die af te wegen tegen de nadelige effecten). Het aangepaste ontwerp van de FSR Uitvoeringsverordening brengt in zijn huidige vorm een welkome vermindering van de administratieve last met zich mee. Die lastenvermindering past goed binnen het streven van de Commissie de administratieve lasten voor meldende partijen te beperken.<sup>26</sup> De Commissie zal daar zelf ook de vruchten van plukken omdat minder te beoordelen informatie ervoor zorgt dat zij zaken waarin snelheid doorgaans van het grootste belang is sneller en effectiever kan behandelen. Maar ondanks het feit dat de informatieverplichtingen minder verstrekkend zijn dan eerder werd voorgesteld, blijft de FSR een flinke regeldruk met zich brengen. Die is door de keuze van en focus op bepaalde begrippen en het introduceren van een regime dat met het toetsen van transacties en aanbestedingen een bredere toepassing heeft dan het EU-staatssteunregime, onvermijdelijk.

## Vervolg

Vanaf 12 juli 2023 kan de Commissie gebruikmaken van haar ex-officiobevoegdheden maar alleen ten aanzien van concentraties waarvoor de overeenkomst is gesloten, het openbaar overnamebod is aangekondigd of een zeggenschapsbelang is verworven op of na 12 juli 2023 en ten aanzien van overheidsopdrachten die zijn gegund of aanbestedingsprocedures die zijn ingeleid op of na 12 juli 2023.<sup>27</sup> Per 12 oktober 2023 zullen de meldplichten waarin de ex-antetoetsingsinstrumenten voor-

zien ontstaan.<sup>28</sup> In de recent gepubliceerde Q&A verduidelijkt de Commissie dat de meldplicht onverkort zal gelden voor transacties die zijn getekend op of na 12 juli 2023 en niet zijn voltooid vóór 12 oktober 2023. De verwachting is dat vóórdat de bepalingen uit de FSR van toepassing zullen zijn, een definitieve versie van de FSR Uitvoeringsverordening zal worden aangenomen. Daarnaast heeft de Europese Commissie aangekondigd met nadere *guidance* te komen (naast de *guidance* over de handhavingspraktijk die de commissie op grond van de FSR verplicht is binnen drie jaar te geven,<sup>29</sup> heeft zij toegezegd binnen een jaar na de inwerkingtreding van de FSR met *guidance* over de begrippen ‘financiële bijdrage’, ‘verstoringen van de interne markt’ en ‘afwegingstoets’ te komen vanwege het nieuwe karakter daarvan), en is zij verplicht jaarlijks een verslag in te dienen over de toepassing en uitvoering van de FSR (met, indien de Commissie dit wenselijk acht, wetgevingsvoorstellen) en haar handhavingspraktijk om de drie jaar te evalueren. Vanwege de vele onduidelijkheden die nog bestaan, hebben velen de hoop geuit dat de Commissie op zeer korte termijn met nadere *guidance* komt. De suggestie eventuele onduidelijkheden aan bod te laten komen tijdens een formele prenotificatieprocedure is – gelet op de implicaties daarvan op tijdlijnen van transacties en aanbestedingsprocedures – niet goed verteerbaar.

## Conclusie

In een begrijpelijke poging een gat in de wetgeving te dichten en daarmee de interne markt te beschermen tegen versturende subsidies van buitenlandse overheden introduceert de FSR wel een nieuwe horde voor transacties en aanbestedingsprocedures. Die horde gaat verder dan het EU-staatssteunregime en komt bovenop de te nemen hordes op grond van de bestaande regels inzake concentratiecontrole, *Foreign Direct Investment* (FDI), aanbestedingen en WTO-subsidies. Ondernemingen zullen hiermee rekening moeten houden in de voorbereiding, planning, haalbaarheidstoets en budgettering voor hun transactie- en inschrijvingsprocessen. Of de FSR onmisbare, behapbare en effectieve bescherming van de interne markt introduceert, zal de tijd gaan leren. De Commissie heeft met het aangepaste ontwerp van de FSR Uitvoeringsverordening een stap in de juiste richting gezet. Als de Commissie zich ook bij de uitvoering van de FSR houdt aan haar belofte zich te richten op de ‘grote vissen’ (als eerste test voor de handhavingsprioriteiten van de Commissie onderzoeken te starten, wordt genoemd de kapitaalverschaffing door derde landen aan Europese voetbalclubs<sup>30</sup>), niet hard optreedt te-

28 Art. 54 lid 4 FSR.

29 Art. 46 FSR

30 Tegen die subsidies onderneemt ook de Belgische voetbalclub RE Virton op dit moment actie en zij zal in dat kader mogelijk zelfs aansturen op pre-judiciële vragen aan het Hof van Justitie die zien op de samenhang tussen versturende buitenlandse subsidies en het kartelverbod van art. 101 VWEU

26 Art. 47 lid 1 onder a FSR.

27 Art. 54 lid 2 en art. 53 lid 3 en 4 FSR.

gen bijvoorbeeld het onbedoeld ontbreken van bepaalde informatie (in ieder geval in de beginfase) en opteert voor een duidelijke en gerichte toepassing van de regeling, is de kans in ieder geval groter dat de FSR haar doelstellingen zal bereiken zonder tegelijkertijd investeringen in de EU te ontmoedigen – ten koste van de interne markt. Voor nu doen ondernemingen er verstandig aan alvast te beginnen met het verzamelen van de benodigde gegevens.