

Genoteerd

Toezicht op buitenlandse subsidies in de Europese Unie

Op 12 januari 2023 is de *Foreign Subsidies Regulation (FSR)* in werking getreden. Op grond van deze verordening krijgt de Europese Commissie (**Commissie**) vergaande bevoegdheden om onderzoek te doen naar, en zo nodig maatregelen te nemen in verband met, financiële bijdragen van niet-EU-landen aan ondernemingen die actief zijn op de Europese interne markt. De FSR moet bijdragen aan het waarborgen van een gelijk speelveld voor ondernemingen die actief zijn op de Europese interne markt. In deze uitgave van de *Genoteerd* geven wij een gedetailleerd overzicht van de FSR en de (praktische) implicaties hiervan.

In deze uitgave

- Inleiding
- Waarom toezicht op buitenlandse subsidies in de EU?
- Toepassingsbereik FSR
- Beoordeling door de Commissie
- Uitvoeringsverordening en Q&A
- Belang voor de praktijk
- Conclusie

1. Inleiding

De Europese Unie (EU) kent een interne markt, een vrije economische ruimte zonder binnengrenzen waarbinnen het vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal wordt gewaarborgd. Om eerlijke concurrentie binnen de interne markt te garanderen, hanteert de EU een geavanceerd stelsel van mededingings- en staatssteunregels. Subsidies die worden verstrekt door derde landen (dat wil zeggen, niet EU-lidstaten) aan ondernemingen die actief zijn op de Europese interne markt, vielen niet onder deze regels, terwijl deze subsidies wel de eerlijke concurrentie op de Europese interne markt kunnen verstoren. De FSR¹ moet dit regulatoire hiaat opvullen.

De Commissie krijgt op grond van de FSR de bevoegdheid om buitenlandse subsidies te onderzoeken en de schadelijke effecten daarvan te herstellen. De bevoegdheid bestaat kort en goed uit drie verschillende instrumenten, namelijk (i) voorafgaande toetsing van concentraties, (ii) voorafgaande toetsing bij de gunning van overheidsopdrachten (aanbestedingen) en (iii) algemene ambtshalve toetsing van buitenlandse subsidies.

Het doel en de achtergrond van de FSR worden hierna uiteengezet. Verder wordt aandacht besteed aan de nieuwe bevoegdheden van de Commissie, de reikwijdte van de FSR en de gevolgen en aandachtspunten voor de praktijk.

2. Waarom toezicht op buitenlandse subsidies in de EU?

Het doel van de FSR is om een gelijk speelveld te creëren voor alle ondernemingen die een economische activiteit op de Europese interne markt uitoefenen en om de Europese interne markt (beter) te beschermen tegen verstoringen die worden veroorzaakt door subsidies van derde landen.² Als in het kader van de FSR wordt gesproken over buitenlandse subsidies, wordt bedoeld op subsidies die verstrekt zijn door landen die geen lid zijn van de EU.

De afgelopen jaren hebben subsidies van derde landen gezorgd voor verstoringen van de eerlijke mededinging op de interne markt, aldus de Commissie.³ Met behulp van buitenlandse subsidies konden ondernemingen van buiten de EU een oneerlijk concurrentievoordeel verkrijgen ten opzichte van ondernemingen die deze subsidies niet ontvangen. Door deze subsidies konden de betreffende ondernemingen oneerlijk lage prijzen hanteren, makkelijk(er) ondernemingen overnemen en/of makkelijk(er) aanbestedingen binnenhalen. Deze disbalans wordt versterkt door het feit dat EU-lidstaten onder streng staatssteuntoezicht staan.⁴ Daardoor is het in veel gevallen niet mogelijk voor EU-lidstaten om subsidies (of andere voordelen) te verstrekken aan ondernemingen binnen de EU.

Handhavend optreden tegen buitenlandse subsidies was tot voor kort niet mogelijk, door een lacune in de Europese regelgeving. Bepaalde handelsbeschermingsinstrumenten bieden een gedeeltelijke oplossing, omdat daarmee kan worden opgetreden tegen gesubsidieerde goederen die worden ingevoerd in de EU. Deze instrumenten zien echter alleen op de invoer van goederen en niet op gesubsidieerde investeringen in de EU. Verder heeft de EU op grond van de overeenkomst van de Wereldhandelsorganisatie (WTO) inzake subsidies en compenserende maatregelen de mogelijkheid om een procedure voor geschillenbeslechting tussen staten in te stellen in geval van buitenlandse subsidies die door WTO-leden worden toegekend, maar deze mogelijkheid is eveneens beperkt tot goederen.⁵

De FSR moet de lacune in de regelgeving dichten en daarmee het *level playing field* binnen de EU vergroten. De FSR bevat daartoe een aantal instrumenten en bijbehorende procedureregels om onderzoek te doen naar, en zo nodig op te treden tegen, subsidies van derde landen aan ondernemingen die actief zijn op de Europese interne markt. Het gaat dan vooral om onderzoek in de context van concentraties van (grote) ondernemingen en van aanbestedingen.

1 Regulation (EU) 2022/2560 of the European Parliament and of the Council of 14 December 2022 on foreign subsidies distorting the internal market, PE/46/2022/REV/1, OJ L 330, 23.12.2022, p. 1–45.

2 Zie bijvoorbeeld overweging 6 van de preambule van de FSR.

3 Zie bijvoorbeeld overweging 2 en 4 van de preambule van de FSR.

4 Krachtens art. 107 VwEU.

5 Zie bijvoorbeeld overweging 5 van de preambule van de FSR.

3. Toepassingsbereik FSR

3.1 Wanneer is sprake van een buitenlandse subsidie?

De FSR geldt voor buitenlandse subsidies. Onder een 'buitenlandse subsidie' wordt begrepen een financiële bijdrage die direct of indirect wordt verschaft door een land, niet zijnde een EU-lidstaat, aan een onderneming die in de interne markt een economische activiteit uitoefent.⁶ De buitenlandse subsidie moet een voordeel opleveren en beperkt zijn tot één of slechts enkele ondernemingen of bedrijfstakken (dat wil zeggen uitsluitend voor een beperkte groep bedrijven en daarom voor de andere marktdeelnemers niet toegankelijk). Het gaat daarmee om vier cumulatieve voorwaarden: (1) financiële bijdrage, (2) verstrekt door een derde land, niet zijnde een EU-lidstaat, (3) voordeel en (4) selectiviteit. Deze voorwaarden komen in belangrijke mate overeen met de voorwaarden voor staatssteun zoals opgenomen in het Verdrag betreffende de werking van de EU (VwEU).⁷ Het begrip 'buitenlandse subsidie' kan dan ook worden gelezen in het licht van de bestaande EU regels op het gebied van staatssteun, zodat ook de (uitgebreide) beschikkingspraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het Gerecht en Hof van Justitie inzake staatssteun van groot belang zijn bij de beoordeling of in een concreet geval sprake is van een buitenlandse subsidie.

Ad (i): Financiële bijdrage

Het begrip 'financiële bijdrage' is breed gedefinieerd en omvat zowel een overdracht van financiële middelen of verplichtingen als het niet-innen van inkomsten die normaliter verschuldigd zijn. Dit betekent dat niet alleen renteloze leningen en kapitaalinjecties, maar ook kwijtschelding van schulden, bepaalde belastingvoordelen (zoals vrijstellingen en/of gunstigere belastingregimes) en het verlenen van bijzondere/uitsluitende rechten zonder passende vergoeding, als een financiële bijdrage worden aangemerkt.⁸ Sterker nog: ook de levering of aankoop van goederen of diensten valt onder het begrip 'financiële bijdrage', ook als daarvoor een marktconforme prijs wordt betaald.⁹

Ad (ii): Derde land

Een financiële bijdrage kan worden toegekend door zowel publieke als private entiteiten waarvan activiteiten aan een derde land kunnen worden toegerekend.¹⁰ Of sprake is van een financiële bijdrage door een derde land (zijnde een land dat geen lidstaat is van de EU), dient te worden beoordeeld naar de omstandigheden van het specifieke geval. Hierbij kan bijvoorbeeld relevant zijn wat de kenmerken van de entiteit zijn, welke rol de overheid in het derde land speelt bij de economie en hoe de juridische en economische omgeving in het derde land is vormgegeven.

Ad (iii) en (iv): Selectief voordeel

Een financiële bijdrage kan slechts als buitenlandse subsidie kwalificeren als een selectief voordeel wordt verstrekt.

De begrippen voordeel en selectiviteit zijn nauw verwant aan elkaar. Een financiële bijdrage levert alleen een voordeel op als de bijdrage uitsluitend voor een beperkte groep beschikbaar is. Indien iedere marktdeelnemer gebruik kan maken van de financiële bijdrage is er immers geen sprake van een voordeel. Het begrip voordeel is daarmee een relatief begrip: het moet gaan om een voordeel ten opzichte van andere marktdeelnemers.

Een financiële bijdrage is 'selectief' als het wordt verleend aan één of meer specifieke ondernemingen dan wel bedrijfstakken. Met dit vereiste vallen alle algemene maatregelen buiten het toepassingsbereik van de FSR. Over het begrip 'selectiviteit' is in het kader van het staatssteunrecht veelvuldig geprocedeerd, met name op het gebied van fiscale staatssteun. Bij een fiscale maatregel moet worden beoordeeld of de maatregel onderdeel is van het algemene fiscale systeem (het referentiekader) en of de maatregel een selectief voordeel verschaft doordat het objectief vergelijkbare belastingplichtigen anders behandelt.

Of sprake is van een 'voordeel' zal in het merendeel van de gevallen worden vastgesteld door het handelen van het niet-EU land te vergelijken met het handelen van een private marktpartij. Denk bijvoorbeeld aan een vergelijking met de investeringspraktijk van private investeerders, een toetsing aan de beschikbare financieringsstarieven

⁶ Art. 3(1) FSR.

⁷ Zie art. 107 VwEU.

⁸ Art. 3 lid 2 FSR.

⁹ Art. 3 lid 2 sub c FSR.

¹⁰ Art. 3 lid 2 FSR.

op de markt en een vergelijking met de in de markt gebruikelijke vergoedingen voor bepaalde goederen of diensten. Het gaat erom of het niet-EU land een financiële bijdrage aan een onderneming verstrekt die de betreffende onderneming onder normale marktomstandigheden niet zou hebben kunnen verkrijgen.¹¹

Het begrip selectief voordeel speelt niet alleen een rol bij de vraag of er sprake is van een buitenlandse subsidie, maar ook bij het vaststellen van de hoogte van de subsidie. Zo kan een zakelijke lening worden verstrekt tegen een onzakelijke rente, zodat aan de hand van het begrip voordeel moet worden geanalyseerd wat een zakelijke rente zou zijn geweest. Het verschil tussen de gehanteerde rente en de marktconforme rente kwalificeert in een dergelijk geval als selectief voordeel.

Ook buitenlandse subsidies die nog niet daadwerkelijk zijn verstrekt of uitbetaald, kunnen binnen de reikwijdte van de FSR vallen. De buitenlandse subsidie wordt namelijk geacht te zijn verleend op het moment dat de begunstigde het recht verkrijgt om die subsidie te ontvangen.¹²

Een financiële bijdrage die uitsluitend is verleend voor niet-economische activiteiten van een onderneming, zoals goede doelen of andere activiteiten zonder winstoogmerk, valt in beginsel niet binnen het bereik van de FSR, omdat deze niet wordt gezien als buitenlandse subsidie. Als de bijdrage echter wordt gebruikt voor kruissubsidiëring van economische activiteiten, valt deze wel weer binnen het bereik van de FSR.¹³

3.2 Verstoringen in de interne markt

Indien sprake is van een buitenlandse subsidie binnen de EU heeft de Commissie de exclusieve bevoegdheid om te onderzoeken of deze subsidie de concurrentie op de interne markt verstoort.¹⁴ Een dergelijke verstoring wordt geacht te bestaan, indien een buitenlandse subsidie de concurrentiepositie van een onderneming in de interne markt kan verbeteren en daardoor de concurrentie in

de interne markt daadwerkelijk of potentieel ongunstig beïnvloedt.

De belangrijkste indicatoren voor een ongunstige beïnvloeding zijn (i) het bedrag van de subsidie, (ii) de aard en het doel van de subsidie, (iii) de situatie van de begunstigde onderneming, bijvoorbeeld wat betreft omvang en de markten waarop zij actief is, (iv) het niveau en de ontwikkelingen van de economische activiteiten van de onderneming op de interne markt, en (v) de aan de subsidie verbonden voorwaarden.¹⁵

De FSR geeft enige houvast doordat is bepaald dat een verstoring van de interne markt weinig waarschijnlijk wordt geacht, indien het totale bedrag van een buitenlandse subsidie niet meer bedraagt dan EUR 4 miljoen in een periode van drie opeenvolgende jaren.¹⁶ Daarnaast worden subsidies onder de zogenoemde 'de-minimis'-drempel¹⁷ (thans EUR 200.000 over een periode van drie opeenvolgende jaren) in het geheel als niet-verstorend beschouwd.¹⁸ Dit geldt ook voor subsidies die bedoeld zijn om de schade van natuurrampen of buitengewone gebeurtenissen te herstellen.¹⁹

Anderzijds worden bepaalde categorieën subsidies juist wel geacht de interne markt zeer waarschijnlijk te verstoren.²⁰ Het gaat dan om:

- een subsidie die is verstrekt aan een noodlijdende onderneming die zonder subsidie waarschijnlijk failliet zal gaan;
- een subsidie in de vorm van een onbeperkte garantie voor de schulden of verplichtingen van de onderneming;
- een exportkrediet (niet conform de OESO-regeling);
- een subsidie die rechtstreeks een concentratie vergemakkelijkt; en
- een subsidie die een onderneming in staat stelt voordelig in te schrijven op een opdracht, waardoor de betrokken opdracht aan die onderneming zal worden gegund.

11 Overweging 12 van de preambule van de FSR.

12 Overweging 15 van de preambule van de FSR.

13 Overweging 16 van de preambule van de FSR.

14 Overweging 8 van de preambule van de FSR.

15 Art. 4 lid 1 FSR.

16 Art. 4 lid 2 FSR.

17 Verordening (EU) 1407/2013.

18 Art. 4 lid 3 FSR.

19 Art. 4 lid 4 FSR.

20 Art. 5 lid 1 FSR.

In geval van (één van) bovenstaande vermoedens kan de onderzochte onderneming tegenbewijs leveren.²¹ Dit tegenbewijs kan ook door de Commissie worden gebruikt bij haar afweging tussen de negatieve effecten van een buitenlandse subsidie enerzijds en de positieve effecten op de ontwikkeling van de relevante economische activiteit in de interne markt anderzijds.

3.3 Instrumenten (screeningshulpmiddelen) van de Commissie

De FSR bevat drie instrumenten waarmee de Commissie buitenlandse financiële bijdragen kan onderzoeken. Twee hiervan zijn gebaseerd op verplichte meldingen door ondernemingen (concentratietoezicht en toezicht op aanbestedingen); het derde instrument betreft een ambtshalve toetsing.

3.3.1 Concentratietoezicht

Concentraties van ondernemingen moeten verplicht vooraf worden gemeld bij de Commissie, indien aan de volgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:²²

- i. ten minste één van de fuserende ondernemingen (in geval van een fusie), de verworven onderneming (in geval van een overname) of de joint venture is in de EU gevestigd en behaalt in de EU een totale omzet van ten minste EUR 500 miljoen; en
- ii. de onderstaande ondernemingen hebben in totaal (gezamenlijk) meer dan EUR 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:
 - in het geval van een overname: de verwerver(s) en de verworven onderneming;
 - in het geval van een fusie: de fuserende ondernemingen; en
 - in het geval van de oprichting van een joint venture: de ondernemingen die de joint venture oprichten en de joint venture zelf.

Let wel: voor de meldplicht in het kader van de FSR wordt bij het concentratietoezicht de ruimere term 'financiële bijdrage' - en niet de term 'buitenlandse subsidie' - gehanteerd.²³ Na de melding gaat de Commissie dan vervolgens toetsen of sprake is van een 'schadelijke' buitenlandse subsidie.

Voor het begrip 'concentratie' wordt aangesloten bij het gelijklopende mededingingsrechtelijke begrip uit de Concentratieverordening.²⁴ Er is onder de FSR derhalve sprake van een concentratie bij een duurzame wijziging van zeggenschap die voortvloeit uit een fusie, een overname of de totstandkoming van een volwaardige joint venture.²⁵ Met dit laatste wordt bedoeld op een joint venture die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult.

De concentratie dient te worden aangemeld door de partij(en) die (gezamenlijke) zeggenschap verkrijgt/ verkrijgen. Een aan te melden concentratie mag niet tot stand worden gebracht voordat goedkeuring van de Commissie is verkregen. Bij twijfel kan de Commissie worden gevraagd te beoordelen of een concentratie al dan niet kwalificeert als een aan te melden concentratie. Verder stimuleert de Commissie partijen om een vrijwillige pre-notificatie in te dienen. Daarmee kan in afstemming met de Commissie worden bepaald welke informatie moet worden verstrekt voordat de formele melding wordt ingediend.

3.3.2 Toezicht op aanbestedingen

Ondernemingen zijn verplicht om een buitenlandse financiële bijdrage te melden in een aanbestedingsprocedure, indien voldaan wordt aan de volgende twee cumulatieve voorwaarden:²⁶

- i. de geraamde waarde van de openbare aanbesteding dan wel de overheidsopdracht of raamovereenkomst bedraagt ten minste EUR 250 miljoen²⁷, of in het geval van in percelen verdeelde inschrijvingen EUR 125 miljoen; en

21 Art. 5 lid 2 FSR.

22 Art. 20 lid 2 en 3 FSR.

23 Art. 3 lid 2 FSR.

24 Verordening (EG) Nr. 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen.

25 Art. 20 FSR.

26 Art. 28 lid 1 FSR.

27 De geraamde waarde van de overheidsopdracht of raamovereenkomst exclusief btw, berekend overeenkomstig de bepalingen in artikel 8 van Richtlijn 2014/23/EU, artikel 5 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 16 van Richtlijn 2014/25/EU, of een specifieke opdracht in het kader van het dynamische aankoopstelsel.

- ii. de ontvangen buitenlandse financiële bijdrage bedraagt ten minste EUR 4 miljoen per derde land, en is toegekend in de drie jaren voorafgaand aan de aanmelding.

Evenals bij concentraties, wordt in het kader van de meldplicht bij toezicht op aanbestedingen de ruimere term 'financiële bijdrage' gehanteerd - en niet de term 'buitenlandse subsidie', waarna de Commissie vervolgens gaat toetsen of sprake is van een 'schadelijke' buitenlandse subsidie.

Aanbestedende partijen moeten in de aankondiging van de opdracht vermelden dat er een meldplicht geldt voor buitenlandse subsidies.²⁸ Ze mogen geen inschrijvingen accepteren waarbij geen melding of verklaring hierover is bijgevoegd en moeten ontvangen meldingen en verklaringen onverwijld doorsturen aan de Commissie. In het geval dat geen verklaring is ingediend, maar wel het vermoeden bestaat dat sprake is van buitenlandse subsidies, moeten de aanbestedende partijen de Commissie op de hoogte brengen van dit vermoeden.

3.3.3 Ambtshalve onderzoeksbevoegdheid

De ambtshalve onderzoeksbevoegdheid van de Commissie betreft een algemeen onderzoeksinstrument om alle marktsituaties, kleinere concentraties en aanbestedingen van reeds gegunde overheidsopdrachten te onderzoeken.²⁹ Deze bevoegdheid ziet dus op alle gevallen waarvoor geen meldplicht geldt, maar waarin een buitenlandse subsidie wel de interne markt zou kunnen verstoren. Dit betekent dat ook concentraties en aanbestedingen die beneden de drempel van de aanmeldingsplicht vallen, kunnen worden onderzocht. De informatie die aanleiding geeft om een ambtshalve onderzoek te starten, kan van verschillende entiteiten komen. Dit kunnen bijvoorbeeld lidstaten, concurrenten, ondernemersverenigingen of andere belanghebbenden zijn.

Indien de Commissie van haar ambtshalve onderzoeksbevoegdheid gebruikmaakt, zijn de stappen als volgt.³⁰ Eerst vergaart de Commissie informatie, waarna zij bij voldoende aanwijzingen een diepgaand onderzoek

start. In dat geval stelt de Commissie ook de onderzochte onderneming hiervan op de hoogte. Voorts wordt een bericht in het Publicatieblad van de EU geplaatst waarin de onderneming wordt gevraagd om binnen de voorgeschreven termijn een standpunt kenbaar te maken.

3.3.4 Termijnen bij procedures

Bij alle drie de onderzoeksinstrumenten is sprake van een procedure in twee fasen, namelijk: (i) een voorlopige beoordeling en (ii) een diepgaand onderzoek. Bij zowel de eerste als de tweede fase, heeft de Commissie de bevoegdheid om informatie op te vragen en inspecties uit te voeren. Indien een onderneming hier niet aan meewerkt, kan de Commissie een besluit nemen op grond van de beschikbare gegevens. Daarnaast kan zij boetes en dwangsommen opleggen wegens niet-medewerking.

In het kader van de meldplicht gelden specifieke termijnen.³¹ Bij gemelde concentraties bedraagt het vooronderzoek 25 werkdagen, en het diepgaand onderzoek 90 werkdagen. Bij meldingen inzake openbare aanbestedingsprocedures duurt het voorlopige onderzoek 20 werkdagen en het diepgaand onderzoek 110 werkdagen.

Na het verstrijken van de termijn voor het voorlopige onderzoek kan de Commissie het voorlopige onderzoek afsluiten en daarmee de zaak beëindigen als zij tot de conclusie komt dat de financiële bijdrage geen buitenlandse subsidie betreft die de concurrentie op de Europese interne markt verstoort. Kan de Commissie niet tot die conclusie komen, dan wordt een diepgaand onderzoek gestart.

Na het diepgaand onderzoek dient de Commissie een besluit te nemen. Indien de Commissie vaststelt dat er geen sprake is van een marktversturende buitenlandse subsidie, of indien de positieve effecten van de buitenlandse subsidie zwaarder wegen dan de negatieve, geeft de Commissie een besluit van geen bezwaar.

3.3.5 Overgangsrecht

Op grond van het overgangsrecht is de FSR ook van toepassing op buitenlandse subsidies die zijn toegekend

²⁸ Art. 28 lid 6 FSR.

²⁹ Art. 9 FSR.

³⁰ Art. 10 lid 3 FSR.

³¹ Art. 24 lid 1 FSR.

in de vijf jaar vóór 12 juli 2023, indien zij de interne markt na 12 juli 2023 verstoren.³² Indien echter een onderneming op grond van de FSR een concentratie aanmeldt of een financiële bijdrage in het kader van een aanbesteding aanmeldt, is de FSR alleen van toepassing op buitenlandse financiële bijdragen die zijn toegekend in de drie jaar vóór 12 juli 2023.³³

De FSR is niet van toepassing op concentraties waarvoor de overeenkomst is gesloten, het openbaar overnamebod is aangekondigd of een zeggenschapsbelang is verworven vóór 12 juli 2023.³⁴ Ook is de FSR niet van toepassing op overheidsopdrachten die zijn gegund of aanbestedingsprocedures die zijn ingeleid vóór 12 juli 2023.³⁵

Ten slotte geldt de meldplicht voor concentraties en openbare aanbestedingen vanaf 12 oktober 2023.³⁶

3.4 Rechtsgevolgen van niet-melden

Indien een onderneming niet (tijdig) voldoet aan de meldingsplicht of onjuiste, onvolledige of misleidende informatie verstrekt, kan de Commissie geldboeten van ten hoogste 10% van de in het in het voorafgaande boekjaar behaalde omzet opleggen. Ook kan de Commissie een dwangsom opleggen.³⁷ Bovendien kan de Commissie de concentratie of openbare aanbestedingsprocedure alsnog beoordelen en eventueel verbieden. Tot slot is niet uitgesloten dat de overeenkomst die in strijd met de FSR tot stand is gekomen, van rechtswege nietig is.

4. Beoordeling door de Commissie

4.1 Afwegingstoets

Bij de beoordeling of er sprake is van een buitenlandse subsidie die de Europese interne markt verstoort kan de Commissie de negatieve effecten van een buitenlandse subsidie afwegen tegen de positieve effecten op de

ontwikkeling van de relevante economische activiteit in de interne markt (de zogeheten “*balancing test*” ofwel afwegingstoets).³⁸ De afweging vereist een diepgaande economische analyse van de impact van de buitenlandse subsidie op de ontvanger van de subsidie en diens positie op de interne markt.

Bij de positieve effecten ligt de focus op de ontwikkeling van de gesubsidieerde economische bedrijvigheid op de interne markt.³⁹ De FSR laat ook toe om andere positieve effecten mee te wegen in de beoordeling, zoals het bevorderen van publieke belangen en openbare beleidsdoelstellingen van de EU. Hierbij kan gedacht worden aan milieubescherming, het stimuleren van onderzoek en ontwikkeling, de bevordering van de digitalisering, veiligheid en het creëren van werkgelegenheid. Verder kan rekening gehouden worden met een scala aan andere indicatoren, zoals het bedrag en de aard van de subsidie, het doel van de subsidie en de voorwaarden die eraan verbonden zijn.

De FSR laat de Commissie redelijk vrij in de uitvoering van de afwegingstoets. Zo is het meewegen van positieve effecten volgens de letterlijke tekst van de FSR niet eens als een verplichting voor de Commissie geformuleerd (“*de Commissie kan ... afwegen*”)⁴⁰ en is niet evident hoe effecten worden gekwantificeerd. Nog te publiceren richtsnoeren zullen hier meer duidelijkheid over moeten geven. Uit de FSR volgt in ieder geval dat toepassing van de afwegingstoets niet mag leiden tot een slechtere uitkomst voor de onderneming dan wanneer de afwegingstoets niet was toegepast.⁴¹

De afwegingstoets is hoe dan ook een sleutelement van de FSR, waarbij de volgende factoren worden beoordeeld:

- Het negatieve effect van de buitenlandse subsidie op de mededinging en de Europese interne markt. Hierbij worden de gevolgen van de buitenlandse subsidie voor de mededinging en de

³² Art. 53 lid 1 FSR.

³³ Art. 53 lid 2 FSR.

³⁴ Art. 53 lid 3 FSR.

³⁵ Art. 53 lid 4 FSR.

³⁶ Art. 54 lid 4 FSR.

³⁷ Art. 17 jo. art. 26 lid 3 (concentratie) resp. art. 33 lid 3 (aanbesteding) FSR.

³⁸ Art. 6 FSR.

³⁹ Overweging 21 van de preambule van de FSR.

⁴⁰ De preambule is strenger en geeft aan dat de Commissie de positieve effecten van de buitenlandse subsidie in aanmerking “dient” te nemen. Zie overweging 21 van de preambule van de FSR.

⁴¹ Art. 6 lid 1 FSR bepaalt immers dat de negatieve effecten kunnen worden afgewogen tegen de positieve effecten. Het in aanmerking nemen van positieve effecten compenseert dus als het ware het saldo aan negatieve effecten.

marktvoorwaarden in de EU beoordeeld. Het doel is te bepalen of de subsidie de begunstigde een onbillijk voordeel oplevert c.q. een negatief effect heeft op de mededinging in de EU;

- De ontwikkeling van de relevante economische activiteit in de interne markt die wordt gesubsidieerd;
- Positieve effecten op de relevante beleidsdoelstellingen van de EU. Hierbij wordt getoetst of de subsidie een legitiem openbaar belang dient, zoals de bevordering van onderzoek en ontwikkeling, milieubescherming of sociale beleidsdoelstellingen;
- Het positieve effect van de buitenlandse subsidie op de strategische belangen van de EU. Hierbij wordt nagegaan welke gevolgen de buitenlandse subsidie heeft voor de strategische belangen van de EU, zoals nationale veiligheid, openbare orde en bescherming van kritieke infrastructuur.

De afwegingstoets is daarmee een flexibel instrument aan de hand waarvan de Commissie buitenlandse subsidies van geval tot geval kan beoordelen op zowel negatieve als positieve effecten voor de interne markt en voor de EU in zijn geheel. Dit maakt een genuanceerde analyse van de specifieke effecten van buitenlandse subsidies mogelijk.

4.2 Maatregelen

De Commissie stelt een besluit van geen bezwaar vast als de voorlopige beoordeling niet is bevestigd in het diepgaand onderzoek, of als de verstoring van de interne markt minder erg is dan de positieve effecten.⁴² Als de Commissie na het diepgaand onderzoek daarentegen tot de conclusie is gekomen dat de negatieve effecten zwaarder wegen dan de positieve effecten, dan is zij bevoegd om correctie- of herstelmaatregelen op te leggen (de zogeheten remedies) en zodoende de verstoring op de interne markt die is veroorzaakt als gevolg van de buitenlandse subsidie te verhelpen.⁴³ De Commissie kan daarbij een afweging maken tussen het accepteren van de toezeggingen en het opleggen van corrigerende maatregelen. Ondernemingen kunnen dus ook voorstellen tot toezeggingen doen die de Commissie vervolgens bindend kan maken. Bij toezeggingen is het vereist dat de door de buitenlandse subsidie veroorzaakte verstoring

volledig en daadwerkelijk verholpen wordt en dat deze evenredig zijn.⁴⁴

4.2.1 Maatregelen bij ambtshalve procedure

Indien de Commissie in een ambtshalve procedure tot de conclusie komt dat sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, kan zij besluiten tot het opleggen van herstelmaatregelen. Een diepgaand onderzoek op basis van een ambtshalve procedure kan niet meer leiden tot een vooraf verbod van de reeds verstrekte buitenlandse subsidie, maar wel tot een verbintenis tot terugbetaling van de buitenlandse subsidie.⁴⁵

De FSR bevat een niet-uitputtende lijst van mogelijke herstelmaatregelen, waaronder:⁴⁶

- het afstoten van bepaalde activa;
- het verminderen van de capaciteit of marktaanwezigheid, onder andere door de economische activiteit tijdelijk te beperken;
- terugbetaling van de buitenlandse subsidie (met inbegrip van een passende rente);
- het openbaar maken van de resultaten van onderzoek en ontwikkeling;
- het aanpassen van de bestuursstructuur; en
- ontbinding van de concentratie.

Als de Commissie tot de conclusie komt dat de buitenlandse subsidie de interne markt verstoort, kan de onderzochte onderneming eveneens verbintenissen aanbieden aan de Commissie. Indien deze verbintenissen door de Commissie passend en voldoende geacht worden, kan zij een besluit met verbintenissen vaststellen. De mogelijke verbintenissen zijn in beginsel identiek aan de niet-uitputtende lijst aan herstelmaatregelen.⁴⁷

4.2.2 Maatregelen bij concentratietoezicht en toezicht op aanbestedingen

Een onderzoek naar aanleiding van een meldplicht (concentraties en aanbestedingen) kent zijn eigen mogelijke uitkomsten. De Commissie kan na een onderzoek op basis van een meldplicht eveneens een besluit met verbintenissen vaststellen.⁴⁸ Ook kan de

42 Art. 11 lid 4 FSR.

43 Art. 7 FSR.

44 Art. 7 FSR.

45 Art. 11 lid 2 en 3 jo. art. 7 lid 4(h) en 6 FSR.

46 Art. 7 lid 4 FSR.

47 Art. 7 lid 4 FSR.

48 Art. 25 lid 3 FSR (concentraties) en artikel 31 lid 1 FSR (aanbestedingen).

Commissie een besluit van geen bezwaar vaststellen. Anders dan bij de ambtshalve procedure, kan de Commissie echter geen herstelmaatregelen opleggen (het is immers een toetsing voorafgaand aan de tenuitvoerlegging van de concentratie of gunning).⁴⁹ In plaats daarvan kan de Commissie na een onderzoek op basis van de meldplicht enerzijds de concentratie of anderzijds de gunning van de opdracht bij een aanbesteding in zijn geheel verbieden om aldus het marktversturende effect voorkomen.⁵⁰

5. Uitvoeringsverordening en Q&A

Op 10 juli 2023 is de Uitvoeringsverordening FSR aangenomen.⁵¹ Hierin zijn specifieke regels opgenomen met betrekking tot onder meer:

- de meldingsprocedure voor concentraties en aanbestedingen waarop de FSR van toepassing is;
- de onderzoeksprocedures van de Commissie, zoals de bevoegdheden waarover de Commissie in het kader van haar onderzoek beschikt; en
- de procedures om verbintenissen voor te stellen aan de Commissie en aldus mogelijke zorgen weg te nemen.

Bij de Uitvoeringsverordening horen twee bijlagen. De eerste bijlage betreft het formulier (formulier FS-CO) voor het melden van een concentratie overeenkomstig de FSR. De tweede bijlage betreft het formulier (FS-PP) voor het melden van financiële bijdragen in het kader van aanbestedingsprocedures overeenkomstig de FSR.

Verder heeft de Commissie Q&A's gepubliceerd waarin wordt ingegaan op diverse inhoudelijke en procedurele vragen die kunnen opkomen bij de toepassing van de FSR. De Commissie heeft hierbij toegezegd dat steeds een update van deze Q&A's zal plaatsvinden aan de hand van vragen die haar door stakeholders worden gesteld. Ook zullen er nog richtsnoeren komen waarin de Commissie onder meer nadere criteria zal geven om te bepalen of sprake is van een verstoring van de

concurrentie, alsook over de toepassing van de *balancing test*.

6. Belang voor de praktijk

De FSR is in werking getreden op 12 januari 2023. Vanaf 12 juli 2023 kan de Commissie op eigen initiatief (ambtshalve) onderzoeken initiëren. De aanmeldingsplicht bij concentraties en aanbestedingen is ingegaan op 12 oktober 2023.

De FSR kan grote gevolgen hebben voor ondernemingen die buitenlandse subsidies hebben of zullen ontvangen. Deze ondernemingen kunnen worden geconfronteerd met langdurige onderzoeken. De FSR kan verder leiden tot meldplicht bij voorgenomen concentraties en bij aanbestedingen, met mogelijk een grote impact op het tijdsverloop en zelfs de uitkomst van dergelijke aanbestedingen. Het is voor ondernemingen dan ook van groot belang om inzicht te hebben in financiële bijdragen van niet-EU lidstaten en alle relevante data terzake snel beschikbaar te hebben. Ook kan het raadzaam zijn tijdig te analyseren wat de effecten van dergelijke financiële bijdragen kunnen zijn, met name in geval van mogelijke concentraties of aanbestedingen.

6.1 Concentraties (fusies, overnames en joint ventures)

Zoals hiervoor uiteengezet, kan de FSR onder andere van toepassing zijn in geval van een fusie, overname of joint venture. Voor M&A-transacties zal de inwerkingtreding van de FSR dus mogelijk extra complexiteit en vertraging meebrengen. Verkopers en kopers zullen bijvoorbeeld het risico moeten beoordelen dat een concentratie alleen kan worden goedgekeurd onder voorbehoud van corrigerende maatregelen, of sterker nog, in zijn geheel kan worden verboden.

Hoewel niet alle verleende buitenlandse subsidies de interne markt zodanig zullen verstoren dat de positieve effecten niet opwegen tegen de negatieve gevolgen, zal de FSR toch tot gevolg hebben dat transacties complexer en onzekerder worden. Het is voor ondernemingen derhalve

⁴⁹ De procedurevoorschriften voor zowel concentraties als aanbestedingen verklaren de bepalingen inzake het diepgaand onderzoek (art. 11 FSR) van overeenkomstige toepassing, maar sluiten de bepaling inzake herstelmaatregelen uit (art. 11 lid 2 FSR).

⁵⁰ Art. 25 lid 3 en art. 31 lid 2 FSR.

⁵¹ Commission Implementing Regulation (EU) 2023/1441 of 10 July 2023 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, C/2023/4622, OJ L 177, 12.7.2023, p. 1–44.

raadzaam om een zorgvuldige en eenvoudig toegankelijke administratie bij te houden van de financiële bijdragen die ze hebben ontvangen. De *due diligence*-processen die vanuit mededingingsrechtelijk perspectief traditioneel erop gericht zijn te onderzoeken of de EU-staatssteunregels worden nageleefd, zullen nu moeten worden uitgebreid met een beoordeling van de potentieel versturende subsidies van derde landen. In de transactiedocumentatie zal ook rekening gehouden moeten worden met mogelijke verplichtingen of gevolgen op grond van de FSR.

6.2 Aanbestedingen

De FSR zal ook invloed hebben op aanbestedingsprocedures. Aanbestedende diensten moeten bijvoorbeeld in de aankondiging van de opdracht vermelden dat een meldplicht voor buitenlandse subsidies geldt en mogen geen inschrijvingen accepteren zonder verklaring inzake buitenlandse financiële bijdragen. Als er bij de aanbestedende dienst een vermoeden bestaat dat een ondernemer voordeel heeft gehad van buitenlandse subsidies, dient hij de Commissie bovendien op de hoogte te brengen van dit vermoeden. Daar komt bij dat tijdens het onderzoek van de Commissie geen gunning van de opdracht mag plaatsvinden.

Ten slotte opent de FSR de weg voor bedrijven die actief zijn in de EU om buitenlandse concurrenten als het ware buiten spel te zetten bij een aanbestedingsprocedure. Zij kunnen een klacht indienen bij de Commissie en daarmee aanleiding geven tot een onderzoek.

7. Conclusie

De FSR kan een belangrijke bijdrage leveren aan een gelijk speelveld voor ondernemingen die actief zijn op de interne EU-markt. Aan de hand van deze verordening kan de Commissie immers optreden tegen buitenlandse subsidies die leiden tot oneerlijke concurrentie.

Vanaf 12 oktober 2023 gelden meldingsverplichtingen in geval van concentraties en aanbestedingen waarbij ondernemingen betrokken zijn die buitenlandse financiële bijdragen ontvangen en waarbij bepaalde (financiële) drempels worden overschreden. Hiermee kan de FSR grote gevolgen hebben voor transacties en bij openbare aanbestedingsprocedures. Alleen al de *standstill*-verplichting leidt tot vertraging, omdat een voorgenomen transactie niet tot stand kan worden gebracht of een aanbestedingsopdracht niet kan worden gegund zolang een onderzoek van de Commissie loopt.

Voor ondernemingen is het dan ook van groot belang in kaart te brengen of, en zo ja welke financiële bijdragen zij van niet-EU-lidstaten ontvangen, en - mochten zij dergelijke bijdragen ontvangen - voorbereid te zijn op een eventueel onderzoek van de Commissie.

Verder kan de Commissie al vanaf 12 juli 2023 ambtshalve onderzoek instellen naar buitenlandse financiële bijdragen die de eerlijke concurrentie op de interne markt verstoren.

Hoe de regels in de praktijk zullen uitwerken en hoe de Commissie gebruik zal maken van haar bevoegdheden, zal de tijd moeten leren. Duidelijk is echter dat de FSR een ruim toepassingsbereik heeft en dat de Commissie niet achterover zal leunen. De betekenis van de FSR mag dan ook niet worden onderschat.

Over Loyens & Loeff

Loyens & Loeff N.V. is een onafhankelijk full-service kantoor van advocaten, belastingadviseurs en notarissen, waar de civiele en fiscale dienstverlening geïntegreerd wordt aangeboden. De advocaten en notarissen enerzijds en de belastingadviseurs anderzijds hebben binnen het kantoor een gelijkwaardige positie. Met deze opzet en haar omvang is Loyens & Loeff N.V. uniek in de Benelux en Zwitserland.

De praktijk is vooral gericht op het (internationale) bedrijfsleven en de overheid. Loyens & Loeff N.V. is een kantoor met uitgebreide kennis en ervaring op het gebied van onder meer belastingrecht, ondernemingsrecht, fusies en overnames, beursnoteringen, privatiseringen, bank- en effectenrecht, commercieel onroerend goed, arbeidsrecht, bestuursrecht, technologie, media en procesrecht, EU en mededinging, bouwrecht, energierecht, insolventie, milieurecht, pensioenrecht en ruimtelijke ordening.

loyensloeff.com

Genoteerd

Genoteerd is een periodieke nieuwsbrief voor relaties van Loyens & Loeff N.V. Genoteerd verschijnt sinds oktober 2001.

Auteurs van deze bijdrage zijn Marc Custers (marc.custers@loyensloeff.com), Marc Wiggers (marc.wiggers@loyensloeff.com), Boyd Wolffers (boyd.wolffers@loyensloeff.com), Arthur de Ruiters (arthur.de.ruiters@loyensloeff.com) en Jorn Steenbergen (jorn.steenbergen@loyensloeff.com).

Redactie

prof. mr. dr. A.C.P. Bobeldijk
 prof. dr. R.P.C. Cornelisse
 mr. P.E.B. Corten
 mr. E.H.J. Hendrix
 P.L. Hezer
 mr. H.L. Kaemingk
 mr. G. Koop
 prof. mr. W.J. Oostwouder
 mr. R.L.P. van der Velden
 prof. mr. dr. F.J. Vonck
 mr. K. Wiersma

Uiteraard kunt u zich ook wenden tot uw eigen contactpersoon binnen Loyens & Loeff N.V.

Disclaimer

Hoewel deze publicatie met grote zorgvuldigheid is samengesteld, aanvaarden Loyens & Loeff N.V. en alle andere entiteiten, samenwerkingsverbanden, personen en praktijken die handelen onder de naam 'Loyens & Loeff', geen enkele aansprakelijkheid voor de gevolgen van het gebruik van de informatie uit deze uitgave zonder hun medewerking. De aangeboden informatie is bedoeld ter algemene informatie en kan niet worden beschouwd als advies.

Als toonaangevend kantoor is Loyens & Loeff de logische keuze als juridisch en fiscaal partner wanneer u in of via Nederland, België, Luxemburg of Zwitserland, onze thuismarkten, zakendoet. Met onze vestigingen in de Benelux, Zwitserland en kantoren in de belangrijke financiële centra kunt u wereldwijd rekenen op een persoonlijk advies van een van onze 900 adviseurs. Dankzij onze full-service praktijk, specifieke sectorbenadering en diepgaande kennis van de markt, begrijpen onze adviseurs precies waaraan u behoefte heeft.

Amsterdam, Brussel, Londen, Luxemburg, New York, Parijs, Rotterdam, Tokio, Zürich