

Verordening buitenlandse subsidies

Droominstrument of onderschatting van extra regeldruk?

mr. V.E.J. Dijkstra¹

Op 30 juni 2022 hebben het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie een voorlopig akkoord bereikt over de Verordening Buitenlandse Subsidies, bedoeld om het mogelijk verstrend effect van financiële bijdragen van niet-EU-lidstaten op de interne markt te kunnen remediëren. Dit artikel geeft een overzicht van de drie instrumenten die in dat kader ter beschikking zullen staan van de Europese Commissie. De auteur is kritisch op (i) de mogelijkheid van ongewenste samenloop en andere uitkomsten in het kader van concentratiecontrole én FDI-verplichtingen, (ii) het mogelijk vertragende effect op openbare aanbestedingen, en (iii) de regeldruk die dit met zich meebrengt voor ondernemingen.

1. Inleiding

Op juni 2022 hebben het Europees Parlement (het "EP") en de Raad van de Europese Unie (de "Raad") een voorlopig akkoord bereikt over de provisionele tekst van een Verordening betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren (de "Verordening").² De Verordening beoogt een leemte op te vullen in EU-wetgeving op het gebied van mededinging, handel en overheidsopdrachten. Dit gat belet de EU te reageren op verstoringen in de interne markt wanneer partijen subsidies ontvangen van buiten de EU, onder andere via financiering van concentraties of inschrijvingen voor aanbestedingen. In tegenstelling tot het toezicht op staatssteun verleend door EU-lidstaten, vindt er geen beoordeling plaats van subsidies/steun van niet-EU-lidstaten ("derde landen").

In dit artikel ga ik in op de instrumenten uit de Verordening en de verplichtingen die de Verordening met zich brengt. Ik ben enigszins kritisch op de inhoud van de Verordening: zo kunnen samenloop en ongewenste uitkomsten in het kader van concentratiecontrole ontstaan, onzekerheid ten aanzien van openbare aanbestedingen en brengt de Verordening in haar algemeenheid een behoorlijke regeldruk met zich voor ondernemingen.

Eerst ga ik in op de redenen voor en totstandkoming van de Verordening. Daarna komt de Verordening

zelf aan bod: per instrument bespreek ik kort het regelgevend kader en probeer daarbij de praktische implicaties te signaleren. Ik sluit af met een blik naar de toekomst: wat kan men de komende tijd verwachten met betrekking tot de inwerkingtreding van de Verordening en wat kunnen ondernemingen doen om daarop (beter) voorbereid te zijn?

2. Totstandkoming van en noodzaak voor Verordening

De Verordening is het resultaat van een twee jaar durend proces, dat van start ging met het vaststellen door de Europese Commissie (de "EC") van een zogeheten witboek over buitenlandse subsidies.³ De rationale achter het witboek en de daarin vervatte potentiële instrumenten – die overigens nagenoeg identiek zijn aan de Verordening – is tweeledig:

- i. Er is sprake van een leemte in de bestaande wetgeving met betrekking tot buitenlandse subsidies in het kader van staatssteun, concentratiecontrole, antitrust, handelsbescherming en aanbestedingen;
- ii. Bepaalde ondernemingen kunnen een mogelijk onrechtmatig/ongerechtvaardigd concurrentievoordeel behalen als gevolg van buitenlandse subsidies.

1. Victorine Dijkstra is advocaat en senior associate EU, Mededinging & FDI bij Houthoff.

2. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren, COM(2021)0223 – C9-0167/2021 – 2021/0114(COD).

3. Witboek over het tot stand brengen van een gelijk speelveld wat betreft buitenlandse subsidies, 17 juni 2020, COM(2020) 253 final.

Dit witboek is gevolgd door een publieke consultatie waarop ruim 150 reacties binnenkwamen. De reacties waren uiteenlopend: waar de ene partij meende dat een dergelijke Verordening er gisteren al had moeten zijn (bijvoorbeeld aangedragen door de staal- en aluminiumindustrie en de Europese Kamer van Koophandel gevestigd in China), meenden andere partijen dat een Verordening veel te ver zou gaan en een verstikkend effect zou hebben op investeringen door derde landen (zoals aangedragen door de Chinese Kamer van Koophandel gevestigd in Europa). Reacties van (internationale) advocatenkantoren waren met name gericht op de snelheid en (het gebrek aan) zorgvuldigheid waarmee de potentiële instrumenten waren geformuleerd: men vreesde grote regeldruk en veel extra kosten bij ondernemingen als gevolg van het invoeren van de voorgestelde instrumenten.

Op mei 2021, gelijktijdig met een update van de EU Industrial Strategy,⁴ presenteerde de EC haar voorstel⁵ voor een Verordening. Ongeveer een jaar later is zowel binnen de Raad als het EP overeenstemming bereikt over een aangepaste tekst. Dat heeft uiteindelijk geleid tot de Verordening zoals die nu voorligt.

De leemte in bestaande wetgeving, en daarmee de noodzaak voor de Verordening, is met name het gevolg van het feit dat in het kader van de Wereldhandelsorganisatie (de "WHO") er wel mogelijkheden zijn voor de EU⁶ om op te treden tegen import naar de EU van gesubsidieerde goederen, maar niet voor wat betreft gesubsidieerde investeringen of diensten.⁷ Binnen de WHO geldt namelijk de "Agreement on Subsidies and Countervailing Measures" voor goederen. Een dergelijke overeenkomst bestaat (nog) niet voor investeringen en diensten. Verdere discussies en onderhandelingen om ook gesubsidieerde investeringen en diensten aan een dergelijk regime te onderwerpen, zijn tot dusver niet (voldoende) van de grond gekomen. Daardoor kunnen subsidies op investeringen of diensten vanuit derde landen niet via WHO-regels of andere bilaterale overeenkomsten worden gemonitord en waar nodig, gemedieerd. Andersom geldt dat binnen de EU wel sprake is van strenge controle op elke vorm van staatssteun, juist om een mogelijk negatief effect op de interne markt tegen te gaan.

Dergelijke – ongecontroleerde – buitenlandse subsidies kunnen ertoe leiden dat partijen bijvoorbeeld lagere verkoopprijzen (dumpprijzen) hanteren, met een lagere prijs inschrijven op een openbare aanbesteding of bijvoorbeeld makkelijker hogere bedragen kunnen bieden in fusies of overnames. Dat maakt dat (mogelijk) sprake is van een ongelijk speelveld voor wat betreft subsidies, zowel ontvangen door ondernemingen gevestigd binnen de EU alsook door ondernemingen uit derde landen actief in de EU en is de directe – en mijns inziens terecht – aanleiding geweest voor de Verordening.

3. Overzicht Verordening

3.1. Overkoepelend begrip: buitenlandse subsidie

De Verordening introduceert drie instrumenten waarmee de EC beoogt zowel inzicht te krijgen in alsook het mogelijk versturende effect van deze buitenlandse subsidies te beoordelen en sturen: een instrument gericht op concentraties, een instrument gericht op openbare aanbestedingen, en een algemeen instrument voor alle andere gevallen. Door slaggevend voor de toepasselijkheid van de drie instrumenten is – uiteraard – het begrip 'buitenlandse subsidie' (en de hoogte ervan): dat is (i) een financiële bijdrage, (ii) verstrekt door een derde land, aan een onderneming die op de interne markt een economische activiteit uitoefent, (iii) waarmee een voordeel wordt verleend, en (iv) die bijdrage *de iure* of *de facto* is beperkt tot een individuele onderneming/bedrijfstak of tot meerdere ondernemingen/bedrijfstakken.⁸

De Verordening werkt vervolgens de begrippen *financiële bijdrage* en *derde land* nog verder uit⁹ en zoekt daarbij voor het begrip financiële bijdrage duidelijk aansluiting bij wat in de praktijk onder staatssteun wordt verstaan: een financiële bijdrage onder de Verordening is niet alleen een monetaire bijdrage maar kan in feite elke vorm van een (financieel) voordeel inhouden.¹⁰ Belangrijk om in het achterhoofd te houden is dat het niet gaat om de daadwerkelijk geleverde financiële bijdrage: de toezegging van een financiële bijdrage is leidend.¹¹ Overigens is een financiële bijdrage aan een niet-economische activiteit geen financiële bijdrage in de zin van de Verordening.

Het begrip derde land is niet beperkt tot alleen de centrale overheid van een derde land, maar

4. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, Actualisering van de nieuwe industriestrategie van 2020: een sterkere eengemaakte markt tot stand brengen voor het herstel van Europa, COM(2021) 350 final.

5. Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende buitenlandse subsidies die de interne markt verstoren, 5 mei 2021, COM(2021) 223 final.

6. Alle EU-lidstaten zijn ook individueel lid, maar treden gezamenlijk op binnen de WHO onder leiding van de EC.

7. Zie onder andere hoofdstuk 2 van het witboek alsook de preambule bij de Verordening, para. 4.

8. Art. 2(1) Verordening. De definities zijn niet-limitatief en laten ruimte open voor interpretatie.

9. Art. 2(2) Verordening.

10. Art. 2(2) onder a Verordening.

11. Preambule Verordening, §11a: "*a foreign subsidy should be considered granted from the moment the beneficiary obtains an entitlement to receive the subsidy. The actual disbursement of the foreign subsidy is not a necessary condition for bringing a subsidy within the scope of this Regulation.*"

omvat zowel decentrale overheden, andersoortige overheidsinstanties alsook particuliere entiteiten¹² waarvan de handelingen zijn toe te rekenen aan de overheid van een derde land.¹³ Kortom: voor zowel de financiële bijdrage als de toekenner ervan gaat het effect boven de vorm.¹⁴ Ik ga verderop (zie §3.28 e.v.) nader in op de bijkomende lasten voor ondernemingen.

3.2. Concentratietoezicht: ex ante toezicht¹⁵

Alle concentraties die de volgende drempels overschrijden, moeten vooraf worden gemeld onder de Verordening:¹⁶

- i. Ten minste één van de betrokken ondernemingen is gevestigd in de EU én heeft een omzet gegenereerd van ten minste EUR 500 miljoen in de EU in het laatste boekjaar;¹⁷ **en**
- ii. Het totaal aan subsidies dat door derde landen is verstrekt aan alle betrokken ondernemingen bij elkaar, bedroeg meer dan EUR 50 miljoen over de afgelopen drie boekjaren.¹⁸

Voor wat betreft het overgrote deel van de concentratiebepalingen hebben de opstellers van de Verordening inspiratie opgedaan bij de Concentratieverordening:¹⁹ zo sluit de Verordening aan voor wat betreft de begrippen concentratie, controle en betrokken onderneming en gaat de be- en toerekening van omzet ook conform hetgeen in de Concentratieverordening is vastgelegd. Een concentratie mag niet eerder worden voltooid dan na goedkeuring van de EC, is de lengte van de procedure gelijk aan die onder het EU-concentratietoezicht²⁰ en kan er een boete

worden opgelegd als onterecht niet wordt gemeld en/of vroegtijdig geïmplementeerd.²¹

Afwijkingen ten opzichte van de Concentratieverordening zijn er daarentegen ook: bij verzoeken om extra informatie wordt de klok niet per se stopgezet, maar kan de EC een deadline voor beantwoording geven. Het belangrijkste verschil met het concentratietoezicht is echter de beoordeling: het gaat in de beoordeling niet over het vaststellen van (de afwezigheid van) een significante beperking van de mededinging,²² maar de beoordeling van of en in hoeverre de buitenlandse subsidies een verstoring (kunnen) zijn van de interne markt.²³ Het is daarmee eerder een beoordeling van enkel de toegekende buitenlandse subsidies uit het verleden (*backward looking*) en het mogelijk(e) (al bestaande) effect daarvan op de interne markt dan een analyse van alle effecten van de concentratie op de markt voor de komende jaren en de toekomstige concurrentiepositie van partijen (*forward looking*). De grootte en positie van partijen is daarbij minder van belang, net als het ontstaan of versterken van een machtspositie.

Bij een beoordeling van het (potentieel) versturende effect van de buitenlandse subsidies kunnen ook de positieve effecten worden meegenomen. Die kunnen ook de negatieve effecten ervan (deels) wegnemen. Komt de EC echter tot de conclusie dat sprake is of kan zijn van een verstoring van de interne markt, dan kan de EC remedies opleggen die variëren van het creëren van bepaalde marktomstandigheden tot het terugbetalen van de buitenlandse subsidie.²⁴ Als *ultimum remedium* kan het de betrokken partijen ook verbieden de concentratie tot stand te brengen.

Een concentratiemelding op grond van de Verordening kan ten dele verwijzen naar de – indien ook vereist – ingediende melding op grond van de Concentratieverordening, ter voorkoming van dubbel werk.²⁵ Ik denk dat dit alsnog een zekere mate van inefficiëntie met zich brengt en acht de kans groot dat er ook in ruime mate concentratiemeldingen worden gedaan bij individuele lidstaten (bijv. Duitsland, Frankrijk en Italië) die ook een melding onder Verordening eisen. Enige mate van uitwisseling van informatie tussen de EC en lidstaten zou in dat kader handig zijn. daar voorziet de Verordening nu (nog) niet in.

Ik vraag mij ook af of de beoordeling onder de Concentratieverordening (of nationale concentratiecontrole) niet al in voldoende mate het potentieel versturende effect van buitenlandse subsidies signaleert

12. Ik schat de kans groot dat bijvoorbeeld staatsondernemingen, staatsinvesteringsfondsen en andere entiteiten die ondersteund worden door of garanties hebben van derde landen door de EC in de gaten zullen worden gehouden. Benadrukt zij dat het hierbij niet alleen gaat om entiteiten uit derde landen; de Verordening is net zo goed van toepassing op Europese (staats)ondernemingen.

13. Art. 2(2) onder b Verordening.

14. Vgl: het begrip 'staatssteun' wordt niet gedefinieerd in het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ("VWEU") maar is, blijkens de handhaving door de EC en daaropvolgende rechtsingang bij het Gerecht van Eerste Aanleg en het Hof van Justitie, gericht op het effect van de steun boven de vorm.

15. Verordening, hoofdstuk 3, artikelen 17-25.

16. Art. 19(1) Verordening.

17. Art. 18(3) onder a, Verordening.

18. Art. 18(3) onder b, Verordening.

19. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "Concentratieverordening").

20. In het geval van een concentratiemelding bij de EC vindt eerst een prenotificatiefase (geen vaste termijn) plaats, gevolgd door een Fase I-beoordeling (25 werkdagen) en eventueel een Fase II-beoordeling (90 werkdagen). Ook mogelijke verlengingen

21. Art. 15(3) Verordening: De boete kan oplopen tot 10% van de jaaromzet van de betrokken onderneming (inclusief de groep waartoe de betrokken onderneming behoort).

22. Art. 2 Concentratieverordening.

23. Art. 3 en 4 Verordening.

24. Art. 6(3) Verordening: deze remedies zijn niet-limitatief.

25. Voor de volledigheid: er kan ook sprake zijn van een meldplicht onder de DMA.

en beoordeelt: de toets onder de concentratieverordening gaat om het uitsluiten van een significante beperking van de mededinging – van een dominante positie hoeft geen sprake te zijn – en praktijken als uitsluitingsmechanismen zijn bij uitstek een toets onder concentratiecontrole. Helemaal daar waar nationale concentratiecontrole plaatsvindt, wordt een effect van buitenlandse subsidies waarschijnlijk eerder als mededinging verstoring gezien. Bovendien lijkt het beoordelingskader onder de Verordening – een mogelijke verstoring op de interne markt – zich met name te richten op grensoverschrijdend verkeer binnen de EU. Als een concentratie enkel gemeld hoeft te worden in één (EU-)jurisdictie én onder de Verordening, is blijkbaar al van zo geringe mate van een potentieel negatief effect op de mededinging in zijn algemeenheid sprake dat in andere landen een te gering effect op de mededinging wordt verwacht en daarom geen concentratiemelding vereist is. Een verstoring op de interne markt door buitenlandse subsidies lijkt in die gevallen ook (in hoge mate) onwaarschijnlijk. Ik denk dat door de cumulatie van de verschillende buitenlandse subsidies – met mogelijk allemaal verschillende modaliteiten en effecten – de drempel voor beoordeling door de EC onder de Verordening in sommige gevallen te laag is. Te denken valt aan een procentuele verdeling (bijv. een percentage van de omzet of een minimumaantal betrokken derde landen) of per derde land een lager bedrag in het geval van veel buitenlandse subsidies uit diverse derde landen met een cumulatief hoger drempelbedrag.

Ik meen ook dat in enige mate sprake zal zijn van overlap met nationale FDI-meldingsverplichtingen: nagenoeg alle EU-lidstaten hebben inmiddels nationale regelgeving die een melding vereist in het kader van nationale veiligheid bij het verkrijgen van significante invloed/controle over ondernemingen in bepaalde gevoelige/vitale industrieën. Een van de beoordelingskaders is de herkomst van financiering en de mate van invloed van andere landen en kan daardoor overlappen met de Verordening. De wirwar aan verschillende beoordelingskaders zal het voor ondernemingen er niet makkelijker erop maken alle relevante informatie tijdig en in voldoende uitgewerkte mate bij de relevante autoriteiten te krijgen, laat staan de divergentie tussen de verschillende regimes en jurisdicties.

3.3. Openbare aanbestedingen: ex ante toezicht²⁶

Deelnemers aan openbare aanbestedingen kunnen, afhankelijk van de grootte van de openbare aanbesteding en de door hen ontvangen buitenlandse sub-

sidie, ook aan ex ante toezicht door de EC zijn onderworpen. Dat is het geval als:²⁷

- i. De contractwaarde van de openbare aanbesteding EUR 250 miljoen of meer is;²⁸ of als sprake is van verdeling van de openbare aanbesteding in meerdere loten van gemiddeld EUR 125 miljoen of meer;²⁹ **en**
- ii. De deelnemer aan de openbare aanbesteding inclusief de groep waartoe de deelnemer behoort, en zijn onderaannemers en leveranciers in totaal meer dan EUR 4 miljoen aan buitenlandse subsidies per derde land hebben ontvangen gedurende de laatste drie boekjaren.³⁰

Daarnaast, zelfs als de drempels niet zijn gehaald, moeten partijen die inschrijven op een openbare aanbesteding die de drempel onder (i) haalt, aangeven welke buitenlandse subsidies zij hebben ontvangen en bevestigen dat die onder de drempel van EUR 4 miljoen per derde land over de afgelopen drie boekjaren zijn.

Net als bij de concentratiecontrole onder de Verordening, is ook hier aansluiting gezocht bij de gebruikte terminologie in Europese wet- en regelgeving met betrekking tot aanbestedingen: zo zijn de termen aanbestedende diensten en aanbestedende instantie gelijkgetrokken met de belangrijkste richtlijnen voor wat betreft aanbestedingen.

De meldende partij moet het overschrijden van de drempelwaardes en bijbehorende meldingsverplichting inlossen bij de aanbestedende dienst/instantie, die vervolgens de melding doorleedt naar de EC. Het contract waarvoor openbaar wordt aanbesteed mag verder niet eerder worden toegekend dan nadat de EC goedkeuring heeft verleend in het geval een biedende partij die gemeld heeft het beste bod heeft gedaan. In sommige gevallen – bijvoorbeeld als iets tijdgebonden is – kan de opdracht worden toegekend aan de beste bieder die geen buitenlandse subsidies heeft die de drempelwaarde onder (ii) overschrijden. De termijnen wijken licht af ten opzichte van de termijnen voor concentratiecontrole: er is geen notificatiefase, een Fase-I onderzoek duurt 20 werkdagen, en een fase II-onderzoek kan tot 110 werkdagen duren.

27. Naast de in het artikel genoemde algemene drempel, geldt dat in een aantal specifieke gevallen de Verordening juist niet van toepassing is. Dat is het geval voor openbare aanbestedingen met betrekking tot Richtlijn 2009/81 EG (opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied), onderhandse aanbestedingen op grond van Richtlijn 2014/24/EG of Richtlijn 2014/25/EU (water- en energievoorziening, vervoer, en postdiensten). Daarbij geldt wel dat als de openbare aanbesteding onder een van die Richtlijnen valt, én de algemene drempels ten aanzien van de opdrachtwaarde worden overschreden en alleen een bepaalde inschrijver de opdracht kan verrichten, er hoe dan ook, ongeacht de hoogte van de toegekende buitenlandse subsidie, gemeld moet worden bij de EC.

28. Art. 27(2) onder a Verordening.

29. Art. 27(2a) Verordening.

30. Art. 29(2) onder b Verordening.

26. Verordening, hoofdstuk 4, artikelen 26-32.

De hoofdredenen voor het introduceren van een ex ante toets op aanbestedingen zijn (i) een ongelijk speelveld dat ertoe leidt dat ongesubsidiëerde inschrijvers niet meer inschrijven en daardoor een beperking van de mate van concurrentie, (ii) een risico dat bepaalde landen in meer of mindere mate controle krijgen over publieke infrastructuur (zoals spoorwegen, telecommunicatie en nutsvoorzieningen), en (iii) een vertekend beeld van wat bepaalde producten/materialen/technologieën/salarissen etc. kosten in een bepaalde markt. Nu in veel aanbestedingsprocedures de hoogte van de prijs waarmee wordt ingeschreven van grote betekenis zijn, zijn bovengenoemde redenen voor toetsing vooraf reëel. Bovendien kan een gebrek aan concurrentie leiden tot minder innovatie, en daarmee achteruitgang. Bovendien wordt op basis van nationale FDI-regelgeving slechts gekeken naar concentraties, terwijl de grootste inmenging zich waarschijnlijk zal voordoen door partijen die buitenlandse subsidies ontvangen maar wel al actief zijn in het land waarin zij deelnemen aan een openbare aanbesteding. De grootste stoorzender is de tijd: finale toekenning van een contract onder een openbare aanbesteding kan in principe niet eerder dan nadat de EC de inschrijvers positief heeft beoordeeld.

3.4. Algemene onderzoeken: ex officio handhaving³¹

Naast de bovengenoemde twee specifieke instrumenten die zien op toetsing vooraf, heeft de EC ook een algemener instrument gecreëerd dat ziet op toetsing achteraf: zij kan besluiten op eigen initiatief partijen waarvan zij vermoedt dat die buitenlandse subsidies ontvangen, onderzoeken. De bevoegdheden van de EC in dat kader sluiten sterk aan bij de bevoegdheden die zij heeft in het kader van het kartelverbod en misbruik van economische machtspositie.³² Zo kan de EC uit eigen beweging marktonderzoeken starten, informatieverzoeken uitzetten, (on-aangekondigde) bedrijfsbezoeken verrichten, etc.

Noemenswaardig is dat de EC kan besluiten een inspectie te willen verrichten bij een onderneming in een derde land.³³ Alvorens zij daartoe over kan gaan – zij heeft daar immers geen jurisdictie – is het nodig dat de regering van het derde land daartoe wordt benaderd en geen bezwaar heeft. Maakt de regering van een derde land bezwaar, dan kan geen inspectie

plaatsvinden. Dat roept de vraag op hoe een derde land met zo'n verzoek omgaat. De EC zou graag in aanvulling zien dat ook de onderneming zelf geen bezwaar heeft tegen een inspectie van de EC. Ik vraag mij af hoe vaak een onderneming in een derde land toe zal staan dat de EC een inspectie verricht, maar die toestemming is niet noodzakelijk voor het verrichten van de inspectie zelf.

Op het moment dat de EC vermoedt dat sprake is van buitenlandse subsidies die (mogelijk) de interne markt verstoren, kan zij een zogeheten 'Voorlopige beoordeling'³⁴ doen, al dan niet gevolgd door een 'Diepgaand onderzoek'.³⁵ Dat zijn begrippen en procedures die dan weer aansluiten bij een onderzoek naar mogelijk ongeoorloofde staatssteun. In het kader van deze beoordeling geldt een 'de minimis' drempelwaarde van EUR 4 miljoen buitenlandse subsidie per derde land over een periode van drie boekjaren: dergelijke subsidies worden in principe geacht geen (mogelijk) verstorend effect te hebben op de interne markt.³⁶ De Verordening is ook duidelijk over een aantal voorlopige criteria³⁷ op basis waarvan de EC beoordeelt of buitenlandse subsidies een (potentieel) verstorend effect hebben op de interne markt: zo wordt onder andere de hoogte en aard van de buitenlandse subsidie bekeken alsook de condities waaronder de buitenlandse subsidie is toegekend, evenals de partij aan wie de buitenlandse subsidie is toegekend.

Subsidies die hoogstwaarschijnlijk wel³⁸ de interne markt (kunnen) verstoren zijn die buitenlandse subsidies die direct bedoeld zijn voor het faciliteren van een concentratie of het verkrijgen van een contract op basis van een openbare aanbesteding, ongelimiteerde garanties voor schulden en/of aansprakelijkheden, en buitenlandse subsidies voor ondernemingen die op korte of middellange termijn zonder die buitenlandse subsidie de markt zouden verlaten. De bewijslast ligt vervolgens bij de ontvanger van de buitenlandse subsidie: die moet bewijzen dat de toegekende buitenlandse subsidie de interne markt niet verstoort. Het kan daartoe ook bewijs aandragen dat ertoe leidt dat de negatieve effecten van de buitenlandse subsidie worden geneutraliseerd omdat er ook voldoende positieve effecten aan verbonden zijn.

Komt de EC tot de conclusie dat sprake is van een buitenlandse subsidie die de interne markt verstoort, dan kan zij, naast het opleggen van voorlopige maatregelen in het geval gelijk gehandeld moet worden

31. Verordening, hoofdstuk 2, artikelen 7-16.

32. Op grond van Verordening 1/2003 (Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag) en Verordening 773/2004 (Verordening (EG) nr. 773/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende procedures van de Commissie op grond van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag). De EC heeft in mei 2022 een openbare aanbesteding uitgezet om deze beide verordeningen te evalueren.

33. Art. 13 Verordening, gelezen in combinatie met §22 van de preambule bij de Verordening.

34. Art. 8 Verordening.

35. Art. 9 Verordening.

36. Preambule Verordening, para. 14, en art. 3(2) Verordening. Art. 3(2), (2a) en (2aa) geven nog meer voorbeelden van subsidies die waarschijnlijk de interne markt niet zullen verstoren.

37. Art. 3(1) Verordening.

38. Art. 4 Verordening.

ter voorkoming van niet te repareren schade,³⁹ besluiten remedies op te leggen.⁴⁰ Daarnaast heeft de EC, vergelijkbaar met haar bevoegdheden in het kader van het kartelverbod en misbruik van machtspositie, ook de bevoegdheid tot het opleggen van boetes en/of periodieke dwangsommen. De hoogte van die boetes kan oplopen tot 10% van de wereldwijde omzet van de groep waartoe de beboete onderneming behoort en periodieke dwangsommen kunnen oplopen tot 5% van de gemiddelde dagelijkse omzet van de groep waartoe de onderneming behoort.⁴¹

Tot slot kan de EC bepalen dat bepaalde partijen gedurende een beperkte periode alle concentraties en/of inschrijvingen op openbare aanbestedingen vooraf moeten aanmelden. Voor die concentraties en openbare aanbestedingen gelden dan niet de in de Verordening opgenomen drempels.

De rol van de lidstaten in het kader van de handhaving van de Verordening is beperkt: in het witboek werd nog gedacht aan een rol voor de lidstaten, maar vanwege het belang van consistente toepassing en de angst voor overbelasting van nationale instanties is de handhaving bij de EC neergelegd. Wel is het zo dat nationale (mededingings)autoriteiten waarschijnlijk betrokken zullen worden bij inspecties in lidstaten.⁴² In Nederland zou dat (dus) de Autoriteit Consument & Markt zijn, maar het zeker niet onvoorstelbaar dat een bredere samenwerking wordt gezocht met de ministerie(s) die verantwoordelijk is/zijn voor investeringsbeleid en buitenlandse directe investeringen.⁴³

Die beperkte rol van de lidstaten in de handhaving is enerzijds goed te noemen, omdat daarmee beleidsverschillen tussen lidstaten worden voorkomen, maar anderzijds zijn nationale autoriteiten vaak beter op de hoogte in welke sectoren of industrieën dingen spelen en kunnen vaak snel(ler) en voldoende adequaat reageren.

Alle instrumenten, maar voornamelijk de definities gehanteerd in de Verordening in ogenschouw nemend, lijkt er een vrij stevige administratieve verplichting op ondernemingen te komen liggen: zij zullen goed vast moeten leggen wat zij van welk land aan subsidie ontvangen, in welke vorm én of dat een subsidie is of dat sprake is van normale marktomstandigheden en dus geen subsidie. Nu zal het in de meeste gevallen naar verwachting op voorhand voldoende duidelijk zijn of sprake is van (toekenning van) een buitenlandse subsidie, maar zeker waar het niet algemeen bekend is of een bepaalde entiteit

wel/niet onder een derde land valt, kan dit leiden tot moeilijkheden bij de beoordeling van een subsidie – en wellicht zelfs leiden tot de (mogelijk onnodige) weigering ervan. Het doen van afdoende *due diligence / know your client (benefactor)* wordt daarmee nog belangrijker.

De administratieve last voor ondernemingen lijkt de EC daarmee toch onderschat te hebben: zij zullen onderzoek gaan doen naar buitenlandse subsidies toegekend vanaf 2020, maar kunnen uiteindelijk onderzoek doen naar buitenlandse subsidies die tot tien jaar terug zijn toegekend en boetes opleggen binnen drie jaar na de start van de inbreuk, met de mogelijkheid tot het stuiten van de verjaringsperiode als de EC tot (een vorm van) actie overgaat.⁴⁴

Het mee moeten nemen van enkel toegekende maar nog niet uitgekeerde subsidies roept bovendien vragen op ten aanzien van de meetbaarheid van de eventuele effecten. Kortom: het enkel moeten kunnen bevestigen dat je onder een bepaalde drempelwaarde blijft of het aantonen dat je juist een drempelwaarde overschrijdt bij een melding leidt tot de conclusie dat je élk (nog niet uitgekeerd) bonnetje moet bewaren en kunnen uitleggen. Elke bijdrage kan er een te veel zijn.

4. Toekomst Verordening

Nu de provisionele tekst van de Verordening akkoord is bevonden, is het wachten op een formele stemming in het EP en de Raad over de finale tekst. Twintig dagen na publicatie in het EU-staatsblad treedt de Verordening in werking. Zes maanden na inwerkingtreding wordt de Verordening van toepassing en na negen maanden zal ook de meldingsplicht van toepassing worden.

Daarentegen heeft de EC bij inwerkingtreding al de bevoegdheid *ex officio* onderzoek te doen. De mogelijkheid voor inspecteurs van lidstaten de inspecteurs van de EC bij te staan, evenals het inzetten van de sterke arm van een lidstaat of het op verzoek verrichten van nationale onderzoeken naar buitenlandse subsidies wordt pas een jaar na inwerkingtreding van kracht.

De (preambule bij de) Verordening verduidelijkt dat er binnen een jaar⁴⁵ richtsnoeren en publicaties zullen komen van de EC die verdere verduidelijking moeten bieden ten aanzien van de toepassing van

39. Art. 10 Verordening.

40. Art. 6 Verordening.

41. Art. 15 Verordening.

42. Het is vooralsnog onduidelijk of het European Competition Network een rol krijgt in bijvoorbeeld de beoordeling van concentraties.

43. Zo zou de expertise van het Bureau Toetsing Investeren van pas kunnen komen bij de beoordeling van buitenlandse subsidies.

44. Art. 35 Verordening, gelezen in combinatie met §37(d) van de Preambule bij de Verordening. Bij een voortdurende inbreuk (zoals bijv. gun-jumping) geldt dat de termijn voor verjaring pas na afloop van de inbreuk gaat lopen.

45. Annex bij de overeengekomen provisionele tekst van de Verordening: Verklaring van de Europese Commissie bij art. 40b Verordening.

de Verordening.⁴⁶ Dat moet bijdragen aan de voorspelbaarheid van de Verordening en zal naar eigen inschatting waarschijnlijk vooral gericht zijn op (de effecten van) buitenlandse subsidies waar de EC niet op zal aanslaan (vgl. een beoordeling onder 101(3) VWEU). Dat moet de (administratie)last voor ondernemingen hopelijk lichter maken. Richtsnoeren zullen in ieder geval worden gepubliceerd met betrekking tot (verdere) criteria voor het vaststellen van een verstoring op de interne markt,⁴⁷ een invulling van de afwegingstoets van de EC,⁴⁸ het verplichten tot het doen van een melding onder ofwel het concentratietoezicht ofwel de openbare aanbesteding van nader te bepalen ondernemingen,⁴⁹ en criteria voor het vaststellen van een verstoring op de interne markt bij een openbare aanbesteding.⁵⁰ Hoe sneller die verduidelijking er komt, hoe beter.

De EC moet jaarlijks verslag uitbrengen over de toepassing en uitvoering van de Verordening, naast een driejaarlijkse evaluatie.⁵¹ Het jaarverslag is puur gericht op de activiteit van de EC met betrekking tot de Verordening, terwijl de driejaarlijkse evaluatie erop is gericht de Verordening en haar (aankomende) lagere regelgeving up-to-date te houden.⁵² Die evaluatie is dientengevolge juist op ontwikkelingen met betrekking tot buitenlandse subsidies en activiteiten van derde landen gericht en richten zich met name op de mogelijke verstorende effecten van buitenlandse subsidies en de *ex officio* bevoegdheid van de EC. Aanpassing van de in de Verordening opgenomen drempels (met 20%) kan niet eerder dan nadat twee jaar is verstreken en de noodzaak daarvan voldoende en in objectieve mate is vastgesteld.⁵³

Uit de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel van de Verordening blijkt verder dat verwacht wordt dat ongeveer 145 FTE zich zal gaan bezighouden met de uitvoering van de Verordening. Mijns inziens zal dat een substantieel aantal meldingen inhouden, maar ook behoorlijk wat zelfstandig onderzoek van de EC. Zeker in het begin zal het zoeken zijn naar de balans tussen een buitenlandse subsidie die de interne markt niet verstoort en eentje die dat wel doet, de hoeveelheid bonnetjes die men moet bewaren nog daargelaten. Ik sluit (veel) rechterlijke toetsing achteraf zeker niet uit.

Gezien enerzijds de gretigheid en het tempo waarmee de Verordening tot stand is gekomen en anderzijds het wereldklimaat, onder andere als gevolg van

de coronapandemie en de daaropvolgende (over)subsidiering door landen, vermoed ik dat EC eerder zal happen dan zal blaffen in haar beoordeling van buitenlandse subsidies. Wellicht wordt de Verordening over een paar jaar een droominstrument, maar voor nu lijkt zij toch meer op een noodzakelijk concept dat nog enige verfijning behoeft.

46. Preambule onder 45b en art. 40b, Verordening.

47. Zoals opgenomen in art. 3(1) Verordening.

48. Zoals opgenomen in art. 5 Verordening.

49. Zoals opgenomen in art. 19(5) respectievelijk art. 28(6) Verordening.

50. Zoals opgenomen in art. 26(1) Verordening.

51. Art. 46 Verordening.

52. De mogelijkheid bestaat dat als gevolg van internationale ontwikkelingen wijzigingen in de drempels moeten worden aangebracht of wat als (potentieel) verstorend op de interne markt wordt gezien.

53. Art. 44 Verordening.