

EU:s förordning om utländska subventioner – M&A transaktioner: Hur kan bolag förbereda sig?



Förordningen om utländska subventioner (eng. *Foreign Subsidy Regulation*, härafter "FSR") är tillämplig i EU från och med den 12 juli 2023. Med den införs en kontrollmekanism för utländska subventioner i syfte att motverka att sådana subventioner snedvrider EU:s inre marknad och att säkerställa lika konkurrensvillkor.

I korthet kräver FSR förhandsanmälan till och godkännande från Europeiska kommissionen ("Kommissionen") i fråga om koncentrationer (sammanslagningar, företagsförvärv och bildandet av gemensamma företag (sk. Joint Ventures eller JV)) och offentliga upphandlingsförfaranden över vissa tröskelvärden. Därutöver kommer Kommissionen kunna kräva att koncentrationer som inte når upp till tröskelvärdena anmäls om den misstänker att de berörda företagen beviljats utländska subventioner under de tre år som föregick koncentrationen (*ad hoc*-anmälningar). Kommissionen kommer vidare kunna granska påstådda utländska subventioner på eget initiativ (*ex officio*-utredningar), vilket även omfattar utredningar av redan genomförda koncentrationer.

Denna artikel rör enbart FSR:s tillämpning på koncentrationer, och syftar till att, på basis av den information som i dagsläget finns tillgänglig, bistå företag i deras förberedelser. Eftersom lagstiftningen är ny finns det tyvärr inte någon praxis vare sig från Kommissionen eller från EU-domstolen att stödja sig på vad gäller den exakta innebörden av reglerna. Några riktlinjer från Kommissionen väntas inte heller i närtid.

Nedan följer en kort beskrivning av FSR:s viktigaste delar när det gäller koncentrationer. I bilagan finns en checklista som kan underlätta förberedelserna.

Tröskelvärden för anmälningsplikt

En koncentration ska anmälas till Kommissionen om följande tröskelvärden uppnås:

- minst ett av de företag som slås samman, det förvärvade företaget eller det gemensamma företaget (JV:t) är etablerat i EU och har en sammanlagd omsättning där på minst **500 miljoner EUR**, och
- de företag som slås samman; förvärvaren eller förvärvarna och det förvärvade

företaget; eller de företag som skapar JV:t och JV:t, har beviljats kombinerade sammanlagda ekonomiska bidrag på mer än **50 miljoner EUR** från tredjeländer under de tre år som föregår ingåendet av avtalet, tillkännagivandet av det offentliga budet eller förvärvet av en kontrollerande andel.

Ekonomiskt bidrag eller utländsk subvention

Det är *ekonomiska bidrag* som tillhandahålls direkt eller indirekt av ett tredjeland (dvs. en stat som inte är medlem i EU) som är föremål för Kommissionens granskning. Ekonomiska bidrag som tillhandahålls av tredje land inbegriper bidrag från myndigheter i tredjeländer eller från offentliga eller privata enheter vars åtgärder kan tillskrivas ett tredjeland. "Ekonomiska bidrag" är en medvetet vid term som inkluderar till exempel kapitaltillskott, bidrag, lån, lånegarantier, skattemässiga incitament samt, vilket är viktigt att notera, tillhandahållande eller inköp av varor eller tjänster.

Ett ekonomiskt bidrag utgör en *utländsk subvention* om det ger ett företag som bedriver ekonomisk verksamhet i EU en förmån, och den förmånen är begränsad till ett eller flera företag eller industrier. Det är Kommissionen som avgör huruvida ett ekonomiskt bidrag utgör en utländsk subvention och, i ett nästa steg, om den utländska subventionen snedvrider den inre marknaden. Om den anser att så är fallet, ska den, i ett avvägningstest, väga subventionens positiva effekter mot dess de negativa.

Relevanta mottagare av ekonomiska bidrag

För beräkning av tröskelvärdet för utländska ekonomiska bidrag ska en sammanräkning ske, och den anmälade parten måste då inkludera ekonomiska bidrag som beviljats varje de facto kontrollerad enhet i dess bolagskoncern, dvs. inklusive dotterbolag, moderbolag och systerbolag.

Av den anledningen bör koncerner se till att alla (kontrollerade) företag i gruppen systematiskt för register över mottagna ekonomiska bidrag från tredjeländer. För investeringsfonder ska sammanräkningen innefatta även bidrag som mottagits av andra fonder som förvaltas av samma investmentbolag, inklusive portföljbolag och dotterbolag. Notera att det i anmälningsformuläret för transaktioner finns vissa undantag för investeringsfonder som kan underlätta för dem vid en anmälan.

Vad gäller målbolaget innefattar sammanräkningen förutom målbolaget självt även de enheter som kontrolleras av målbolaget. Säljaren är dock exkluderad.

Relevanta datum

FSR är enbart tillämplig på koncentrationer för vilka avtalet ingicks, det offentliga budet tillkännagavs eller en kontrollerande andel förvärvades från och med den 12 juli 2023.

Anmälningskyldigheten gäller från och med den 12 oktober 2023. Anmälningspliktiga koncentrationer, för vilka ingående av avtalet, tillkännagivandet av det offentliga budet eller förvärvet av en kontrollerande andel sker den 12 juli 2023 eller senare, och där closing inte sker före den 12 oktober 2023, ska anmälas. Om en transaktion som signas den 12 juli 2023 eller senare, inte med säkerhet kommer att genomföras före den 12 oktober, bör därför en anmälan förutsättas och förberedas.

Kommissionen kan besluta att inleda *ex officio*-utredningar redan från och med den 12 juli 2023. Inom ramen för en sådan utredning kan den undersöka utländska subventioner beviljade så långt tillbaka som den 12 juli 2018. Det finns indikatorer på att ett antal EU-företag är beredda att lämna in FSR-klagomål till Kommissionen och att vissa klagomål eventuellt redan har lämnats in. Sådana klagomål kan föranleda att Kommissionen inleder en *ex officio*-utredning.

Vilken sorts information efterfrågar Kommissionen?

Kommissionen antog den 10 juli 2023 en genomförandeförordning som innehåller förfarandebestämmelser och anmälningsformulär. De första avsnitten i anmälningsformuläret för transaktioner rör själva transaktionen och parterna.

I fråga om de utländska ekonomiska bidragen är tyvärr många begrepp öppna för tolkning och genomförandeförordningen begränsar endast till viss del anmälande parter börda vad gäller information och dokumentation som ska lämnas in. Nedan ger vi några indikationer på de krav som följer av anmälningsformuläret för transaktioner.

I enlighet med FSR kräver anmälan att företag tillhandahåller en **detaljerad förteckning** över sådana ekonomiska bidrag från tredjeländer som beviljats under de tre år som föregick transaktionen vilka överstiger 1 miljon EUR och som faller inom någon av de kategorier som enligt FSR anses vara ”**mest sannolika att snedvrیدا den inre marknaden**” (exv. bidrag till företag i svårigheter, obegränsade garantier, exportfinansieringsåtgärder som inte är i linje med OECD-överenskommelsen om statsstödda exportkrediter eller bidrag som direkt underlättar en transaktion). För varje sådant bidrag ska både grundläggande information anges, såsom mottagande enhet, beviljande enhet, beviljandeland, typ av ekonomiskt bidrag, bidragets storlek, beviljandedatum och om bidraget har en koppling till koncentrationen, samt vilken kopplingen i så fall är. Därtill ska utförlig information lämnas bl.a. om bidragets syfte, ekonomiska skäl för bidraget, villkor för bidraget samt om bidraget utgör en förmån och om det är selektivt. De två senare utgör EU-rättsliga begrepp som rör statliga stödåtgärder och kan vara svåra för enskilda företag att tillämpa och korrekt bedöma.

Utländska ekonomiska bidrag som överstiger 1 miljon EUR som beviljats de tre åren som föregår transaktionen men som inte faller inom kategorierna som anses mest sannolika att snedvrیدا den inre marknaden ska listas i en förenklad tabell (se tabell 1 nedan).

Vad gäller bidragens och transaktionens påverkan på den inre marknaden ska till exempel en anmälan i samband med en auktionsprocess innehålla en detaljerad beskrivning av förfarandet och hur ekonomiska bidrag inom de kategorier som mest sannolikt snedvrیدer marknaden kan påverka transaktionsparternas konkurrensställning inom EU. Därtill ska analyser, rapporter, studier etc. vari bidragets syfte och ekonomiska skäl diskuteras och som tillställts styrelsen eller ledningen, samt kopior av externa konsulter due diligence-rapporter bifogas anmälan som styrkande handlingar.

Anmälningsformuläret ger dock den anmälande parten möjlighet att begära undantag från skyldigheten att lämna information i det fall informationen, helt eller delvis, inte rimligen kan tillgås av den anmälande parten. En sådan begäran ska göras i ett utkast till anmälan i samband med föranmälan till Kommissionen.

Vad gäller anmälan omfattning är det tydligt att den administrativa bördan för företag kommer att bli mycket betungande, i det de kommer att behöva systematiskt samla in information och dokumentation som eventuellt blir relevant i framtida FSR-förfaranden. FSR kan således få stor betydelse såväl för nuvarande som för framtida affärer (bl.a. vad gäller tidsplan för transaktioner, där hänsyn bör tas till förberedelse av anmälan, tiden som löper under föranmälan samt den tid som krävs för att Kommissionen ska anse att en anmälan är fullständig). Det blir också nödvändigt att i avtalsförhandlingar överväga suspensiva villkor (*conditions precedent*) och klausuler om riskfördelning.

Vad riskeras om FSR inte efterlevs

För en anmälningsskyldig transaktion krävs ett godkännande av Kommissionen innan transaktionen kan genomföras, dvs. stängas, så kallad *standstill*. FSR föreskriver böter på upp till 1 % av den sammanlagda omsättningen under föregående år för felaktig eller vilseledande information och upp till 10 % av den sammanlagda omsättningen föregående räkenskapsår för underlåtenhet att anmäla en anmälningsskyldig koncentration.

Om du har några frågor eller något du skulle vilja diskutera, är du välkommen att höra av dig till Martin Johansson, Hedvig Josefson eller Sam Fakhraie Ardekani.



Hedvig Josefson

Senior Associate

hedvig.josefson@vinge.se



Sam Fakhraie Ardekani

Associate

sam.fakhraieardekani@vinge.se



Martin Johansson

Partner

martin.johansson@vinge.se

Bilaga

CHECKLISTA



1. Riskbedömning: riskerar företaget eller koncernen att omfattas av FSR

Är företaget eller något bolag i koncernen exponerat mot myndigheter i tredjeländer eller offentliga eller privata företag vars handlingar kan hänföras till sådana länder; och är det troligt eller sannolikt att företaget eller företagsgruppen kommer att vara inblandad i M&A-transaktioner som (potentiellt) kan innebära anmälningsplikt, eller är det troligt att en konkurrent lämnar in klagomål till Kommissionen beträffande utländska subventioner företaget eller koncernen mottagit? Om svaret är ja, rekommenderar vi att upprätta ett system (register eller databas) i vilket varje bolag i koncernen kontinuerligt för in information om mottagna ekonomiska bidrag från tredjeländer.

2. Inrättande av register över ekonomiska bidrag från tredjeländer, sorterat efter land och år som bidraget mottogs

För att veta vilka ekonomiska bidrag som omfattas av FSR måste bolag identifiera varje ekonomiskt mellanhavande med utomstående

parter, för att sedan identifiera motparten och bedöma huruvida dess agerande kan tillskrivas ett land utanför EU.

För potentiella anmälningar bör registret lista samtliga ekonomiska bidrag mottagna efter den 12 juli 2020. Varje utländskt ekonomiskt bidrag som beviljats de tre år som föregår transaktionen, oavsett summa, ska inkluderas i sammanräkningen som krävs för att bedöma om tröskelvärdet (50 miljoner EUR) för anmälan uppnåtts. Registret bör med fördel indikera vilka bidrag som överstiger 1 miljon EUR, eftersom dessa blir relevanta vid en ev. anmälan.

Observera att utländska ekonomiska bidrag som i en *sammanhängande period om tre år* understiger 200 000 EUR per tredjeland inte anses snedvrída den inre marknaden. Sådana bidrag kan dock vara relevanta i fråga om Kommissionens *ex officio*-utredningar. *Ex officio*-utredningar kan inledas i förhållande till utländska subventioner som beviljats från och med den 12 juli 2018. Det kan alltså vara av intresse att även spåra ekonomiska bidrag som mottagits sedan det datumet.

Registret bör, för varje ekonomiskt bidrag, innehålla information om belopp, beviljandedatum, mottagande enhet, beviljande enhet, beviljande land, typ av ekonomiskt bidrag och bör indikera om bidraget ingår i någon av kategorierna som anses mest sannolika att snedvrیدا den inre marknaden, nämligen: bidrag till företag i svårigheter, obegränsade garantier, exportfinansieringsåtgärder som inte är i linje med OECD-överenskommelsen om statsstödda exportkrediter eller bidrag som direkt underlättar en transaktion. Registret måste kontinuerligt uppdateras, eftersom anmälningsformuläret efterfrågar information för de tre år som föregår transaktionen, inte kalenderår.

3. Samla information om bidragens positiva effekter

Registret bör innehålla beskrivningar av tänkbara positiva effekter på utvecklingen av den berörda subventionerade ekonomiska verksamhet på den inre marknaden, samt andra, vidare, positiva effekter på relevanta politiska mål, särskilt EU:s politiska mål. Ange när och var de positiva effekterna har ägt eller förväntas äga rum.

4. Samla dokumentation och bevis

För en anmälan som rör en transaktion krävs att parten bifogar handlingar som styrker den information som lämnats in om utländska ekonomiska bidrag som faller inom de kategorier som är mest sannolika att snedvrیدا den inre marknaden. Här ingår information om bidragets form, syfte, ekonomiska skäl, beviljande myndighet, villkor, beviljad förmån och förmånens selektivitet.

Det finns därutöver ett allmänt krav på att kunna tillhandahålla handlingar (analyser, rapporter, studier etc.) som upprättats av bidragsgivaren eller bidragsmottagaren och som behandlar syftet och de ekonomiska skälen till det ekonomiska bidraget liksom dess möjliga positiva effekter. Registret bör i förekommande fall innefatta sådan information samt hänvisningar till handlingar som kan styrka informationens riktighet.

Tabell 1: förenklade översikt över utländska ekonomiska bidrag, ur bilaga 1 till Kommissionens genomförandeförordning.

Part X		
Tredjeland	Typ av ekonomiskt bidrag*	Kort beskrivning av syftet med det ekonomiska bidraget och den beviljande enheten**
Land A	<i>Typ 1</i>	
	<i>Typ 2</i>	
	<i>Typ 3</i>	
	<i>Typ 4</i>	
	...	
Uppskattade ekonomiska bidrag som beviljats av A: euro [...]****		
Land B	<i>Typ 1</i>	
	<i>Typ 2</i>	
	<i>Typ 3</i>	
	<i>Typ 4</i>	

(*) Ange de ekonomiska bidragen och gruppera dem efter typ: Exempelvis direkt bidrag, lån/finansieringsinstrument/förskott med återbetalningsskyldighet, skatteförmån, riskkapitalinstrument, kapitaltillskott, skuldavskrivning, ekonomiskt bidrag som ges avseende ett företags icke-ekonomiska verksamhet (se skäl 16 i förordning 2022/2560) eller annat.

(**) Allmän beskrivning av syftet med de ekonomiska bidragen i varje typ och den eller de beviljande enheterna. Till exempel "skattebefrielse för produktion av produkterna A samt för FoU-verksamhet", "flera lån till statsägda banker för ändamål X", "flera finansieringsåtgärder tillsammans med statliga investeringsorgan för att täcka driftskostnader / för FoU-verksamhet", "offentligt kapitaltillskott till företag X".

(***) Följande steg ska tillämpas: "45–100 miljoner euro", ">100+500 miljoner euro", ">500+–1 000 miljoner euro", "över 1 000 miljoner euro".