

July 2023
EUROPE PRACTICE GROUP / ANTITRUST

2023年7月
ヨーロッパプラクティスグループ・競争法

EU Regulation on Foreign Subsidies Distorting the Internal Market Introduces Notification Requirements for Japanese Companies Active in the EU and Receiving Foreign Subsidies in relation to M&A or Public Tenders.

EU 域内市場を歪曲する外国補助金規則が、EU 域内で事業活動を行い、外国補助金を受け取る日本企業による M&A や公共調達への入札に関する届出義務を導入する。

1. Overview: Outline, Purpose and Scope of the Application of the Regulation

1. はじめに：本規則の概要・主旨・適用範囲

- Outline and main purpose of the regulation

- 本規則の概要及び主旨

Faced with distortion of fair market competition caused by foreign government subsidies granted to companies active in the EU, which have never been regulated to the same level as Member States' subsidies granted to companies active in the EU (Article 107 of the TFEU), the European Parliament adopted the Foreign Subsidies Regulation on 14 December 2022 ("FSR", no 2022/2560).

EU 加盟国に関する国家補助規制（EU 機能条約第 107 条）により補助金を受けていない EU 企業と、このような規制がなされておらず、EU 域外国の補助金を受けている EU 域内で活動する企業との間の競争環境の歪みを受けて、欧州議会は 2022 年 12 月 14 日に外国補助金規則（no 2022/2560、以下「FSR」。）の最終承認を行いました。

Even if Japanese government subsidies do not seem to constitute the main reason behind the enactment of the FSR, it is applicable in principle to any M&A transaction or public procurement agreement concluded after 12 July 2023 and the notification requirements contained in the FSR will be effective from 12 October 2023.

FSR が制定された背景として、日本国政府からの補助金が主な制定理由として想定されているわけではないようですが、原則として、2023年7月12日以降に締結される全ての M&A 取引や公共調達契約に適用され、また FSR に基づく新たな届出規制に関しては 2023 年 10 月 12 日から適用が開始されます。

The FSR introduces three tools for the Commission to counter distortive foreign subsidies which provide their recipients with an unfair advantage in the context of a M&A or public procurement.

FSR は、M&A や公共調達への入札の際に、EU 域内市場を歪曲する可能性のある外国補助金に対抗するための三つの規制を導入しています。

These tools consist of an i) ex-ante mandatory notification regime for M&A involving financial contribution by a non-EU government subject to threshold conditions, ii) and for bids with respect to public procurements involving foreign subsidies also subject to threshold, iii) and an ad-hoc and

具体的には、① EU 域外国の政府による外国補助金を受けている当事会社による M&A について一定の閾値を超える場合に事前届出義務が課され、② 同様に外国補助金を受けている企業による公共調達への入札について一定の閾値を超える場合に事前届出義務を課される他、③ 上記①及び②の閾値

ex-officio power granted to the Commission to investigate all potentially EU distortive transactions involving foreign subsidies, independently of any thresholds, in the context of M&A and public procurements.

- Wide scope of application through the broad concept of financial contributions

Firstly, the FSR has a far-reaching material scope as foreign subsidies are defined as financial contributions in any form such as direct grants, loans, capital injections, sales and purchase of goods and debt forgiveness etc., and that directly or indirectly confer benefits exclusively to a specific company or industries operating in the EU.

Secondly, the FSR further expands its scope as foreign subsidies encompass financial contributions from any public or private entity attributable to a third country and granted to any member of the recipient corporate group.

Thirdly, the FSR has a wide territorial scope as it applies to EU businesses (insofar as either party to the merger, the M&A target or the JV established in the EU) involved in M&A transactions (meaning acquisition of control, merger or creation of a JV) or in EU public procurement bids (pursuant to Article 2 paragraph 3 of the FSR).

Lastly, the FSR has also a wide temporal scope as, in principle, financial contributions granted in the last three years prior to the conclusion of the agreement etc. are to be taken into account in the calculation of the thresholds.

2. Prior Notification Obligations for M&A Transactions Involving Foreign Subsidies

- Conditions triggering prior notification obligation

If the following cumulative conditions are met, such concentrations must be notified ex ante to the

を超えるかどうかにかかわらず、欧州委員会が、外国補助金を受けている当事会社が M&A 及び公共調達への入札を行う場合に、潜在的に EU 域内市場を歪曲するおそれのある全取引について職権で審査をすることができるものとされています。

- 第三国による資金的貢献という広範な概念による広い適用範囲

まず、第三国による「資金的貢献」とは、直接の補助金、融資、出資、製品又はサービスの提供又は購入、債務免除等、あらゆる形態の資金提供を指し、その補助金が EU 域内で事業活動を行う企業に与えられ、かつ、直接又は間接を問わず、特定の企業又は業界に限定して便益を与えるものと定義され、非常に広範な資金提供が含まれることとなります。

第二に、第三国による資金的貢献とは、第三国に帰属する中央政府及び他の政府組織を含む公共団体又は民間団体による資金的貢献を指し、また、受領企業グループに属するいずれかの企業に与えられるものであれば「資金的貢献」にあたるものとされるため、この意味でも FSR の適用範囲は広範にわたるものと言えます。

第三に、FSR は、EU の企業（合併当事者のいずれか一方、買収対象企業又は JV が EU 域内で設立されている場合を指します）が関与する M&A 取引（他の企業の買収、合併又は JV の組成を指します）又は EU の公共調達（公共調達手続が EU 域内で開始されるものを指し、詳細は FSR 第 2 条 3 号に定義されています。）に適用されるため、広い地理的範囲を有しています。

最後に、FSR は、M&A 取引に関する契約締結等から過去 3 年間に与えられた外国補助金が評価の対象となるため、時期的範囲も広いといえます。

2. 外国補助金を伴う M&A 取引の事前届出義務

- 事前届出義務が生じる条件

次の(i)及び(ii)の双方の条件を満たす場合に、欧州委員会に事前届出を行う必要があります。

Commission: (i) either party to the merger, the company being acquired/controlled, or a joint venture being established in the EU generates a combined EU-wide turnover of at least EUR 500 million; and (ii) the combined total foreign contribution granted to the acquirers and target has exceeded EUR 50 million in the three years prior to the conclusion of the M&A agreement.

Failing to comply with notification obligation may trigger the imposition of a fine of up to 10% of the parties' total worldwide group aggregate turnover in the previous year.

- Timetable and process of notification

A notified concentration will be subject to a standstill obligation during the period of examination by the Commission, meaning that the transaction cannot be completed until the end of the examination by the Commission. Otherwise, the Commission may impose a fine of up to 10% of the aggregate total worldwide group turnover in the previous year for gun-jumping.

The examination process of these specific concentrations is similar to the EU Merger Regulation investigation process. The Commission will begin by conducting a pre-notification phase, then a preliminary investigation lasting 25 business days, followed by an in-depth investigation of 90 business days (with possible extension) in the case where a subsidy is considered to have a distorting effect. In the event of failure to comply with the notification obligation, the Commission may "stop the clock".

3. Prior Notification Obligations for Public Tenders Involving Foreign Subsidies

- Conditions triggering prior notification obligations

If the following cumulative conditions are met, public procurements must be prior notified: (i) the amount of the

(i) 合併当事者のいずれか一方、買収対象企業又はJVの直近会計年度におけるEU域内売上高が5億ユーロ以上であること

(ii) 過去3年間に第三国から合計5000万ユーロを超える資金的貢献を受けていること

事前届出義務に違反した場合、M&Aの当事会社グループの前年の総売上高の10%を上限とする制裁金が課されるおそれがあります。

- 届出に関する手続き及び流れ

届出後、欧州委員会による審査期間中は待機義務が課されます。すなわち、欧州委員会による審査が終了するまで、M&A取引を実行することはできません。待機義務に違反してM&A取引を実行してしまった場合（ガン・ジャンピングと呼ばれています）、欧州委員会はM&Aの当事会社グループの前年の総売上高の10%を上限とする制裁金を科すことができます。

FSRに基づく企業結合規制の審査手続は、EU合併規則に基づく企業結合審査手続と類似しています。欧州委員会は、まず、届出前相談の段階を経て、25営業日のフェーズ1の調査を行い、歪曲効果があるとみられる複雑な事案の場合には、90営業日のフェーズ2の詳細調査（一定の場合には延長可能）を実施します。なお、事前届出義務に違反した場合、欧州委員会は期間の制約を受けずに審査をすることができます。

3. 第三国からの補助金を伴う公共調達に関する事前届出義務

- 事前届出義務が生じる条件

(i) 公共調達契約の推定額が2億5000万ユーロ以上であること、及び(ii)当該入札者（及びその主要な下請業者及び供給業者）が届出前の過去3年

public procurement agreement is equal to or above EUR 250 million; and (ii) the aggregate financial contributions the bidder (and its main suppliers and subcontractors) has received from a third country is greater than EUR 4 million in the three years prior to notification.

Even in the case where a bidder does not meet the above thresholds, it must submit a declaration which shall list all contributions received during the last three years and confirm that they are not notifiable.

Failing to comply with the notification obligation may trigger the imposition of a fine of up to 10% of the bidder's aggregate turnover in the previous year.

- Timetable and process of notification

A notified public procurement will be subject to a standstill obligation during the period of examination by the Commission. This means that public procurement contracts cannot not be signed during the examination by the Commission. In the case of violation, the Commission may impose a fine of up to 10% of the total worldwide group aggregate turnover of the bidder.

Similar to the processes undertaken in an EU State aid assessment applicable to Member States, the notified public tender is subject to pre-notification contacts followed by a preliminary investigation of up to 20 business days, followed by an in-depth examination of up to 110 business days (with possible extension) in the case where a subsidy is considered to have a distorting effect. In the event of failure to comply with the notification obligation, the Commission may "stop the clock".

4. Possible outcomes of the investigation

Whether or not the foreign subsidy in the context of the notified M&A transactions or the public procurement will

間、に第三国から 1 か国あたり 400 万ユーロ以上の資金的貢献を受けていること、の双方の条件を満たす場合、当該公共調達について事前届出を行う必要があります。

以上の基準を満たさない場合であっても、入札者は、過去 3 年間に受領したすべての外国補助金を列挙し、それらが届出対象外であることを確認する申請書を提出する必要があります。

事前届出義務に違反した場合、入札者グループの前年の総売上高の 10%を上限とする制裁金が課されるおそれがあります。

- 届出の手続き及び流れ

届出後、欧州委員会による審査期間中は、上記の M&A 取引に対する規制と同様、待機義務が課されます。すなわち、欧州委員会による審査期間中は公共調達に関する契約を締結することはできません。待機義務に違反した場合、欧州委員会は、入札者グループの前年の総売上高の 10%を上限とする制裁金を科すことができます。

加盟国に対する国家補助規制に基づく手続きと同様、外国補助金に関する事前届出においては、届出前相談の後、20 営業日のフェーズ 1 の調査が行われ、歪曲効果があるとみられる複雑な事案の場合には、最長 110 営業日のフェーズ 2 の詳細調査（一定の場合には延長可能とする）が行われます。また、事前届出義務に違反した場合、欧州委員会は期間の制約を受けずに審査をすることができます。

4. 実体審査・結果

be deemed distortive of the EU internal market will be based on a multi-faceted assessment.

Indeed, Article 4 of the FSR contains a list of non-exhaustive indicators enabling the Commission to make an assessment as to whether the subsidy is likely to distort the market or not, namely the amount and nature of the subsidy, the financial situation of the recipient, the landscape of the market etc. The same article provides that subsidies that do not exceed EUR 4 million over the last three years will be deemed unlikely to distort the internal market, and that a foreign subsidy of less than EUR 200,000 provided by a third country over the last three years will be deemed as a non-distortive subsidy.

In addition to such criteria, Article 5 of the FSR provides examples of whether the subsidy is most likely to distort the EU internal market. For example, subsidies granted for the purpose of supporting an ailing undertaking (companies likely to go out of business in the short or medium term) is most likely to distort, as it is also the case of a foreign subsidy directly facilitating a concentration.

Lastly, even in the case where the subsidy is deemed to be distorting, the FSR provides for a counterbalancing test weighing the potential positive effects of the subsidies. The outcome of such test will either be an unconditional approval, a conditional approval upon acceptance of structural or behavioral commitments, an approval under imposed redressive measures to remedy any distortion, or a prohibition.

5. Ad Hoc and Ex Officio Procedures: Two Ways of Increased Powers of the Commission

- Ad hoc notification process: An invasive catch all tool criticized currently by stakeholders

届出された M&A 取引や公共調達において外国補助金が EU 域内市場を歪曲する効果を有するかどうかは、多面的な評価に基づいて判断されます。

FSR 4 条においては、外国補助金が市場を歪曲する可能性があるかどうかを欧州委員会が評価するための考慮要素として、補助金の額・性質、受領者の財政状況、市場の状況等が挙げられています。また同条に基づいて、過去 3 年間に支給した補助金の額が 400 万ユーロ未満の場合は市場を歪曲する可能性が低いと評価され、第三国が過去 3 年間に支給した補助金の額が 1 か国当たり 20 万ユーロを超えない場合は市場を歪曲する効果がないものみなされることとなります。

また、FSR 5 条においては、このような考慮要素に加え、EU 域内市場を歪曲する可能性が高い外国補助金の具体例を規定しています。例えば、市場を歪曲する可能性が高いものとして、経営不振の企業（短期又は中期的に廃業する可能性が高い企業）を支援する目的で支給される補助金又は直接的に合併を促進する補助金が挙げられています。

最後に、外国補助金が市場を歪曲するおそれがあると判断された場合であっても、FSR においては、EU 域内市場への歪曲効果が、当該市場へのポジティブな効果を上回るかについて比較衡量を行います。このような比較衡量の結果、異議を申し立てない旨の決定、市場歪曲効果を解消するための是正措置を条件とする承認、又は禁止する旨の決定のいずれかを行います。また、欧州委員会は、当事会社が提示した市場歪曲効果を解消するための確約を受け入れることもできます。

5. 情報提供要求手続き及び職権審査：欧州委員会の権限を強化する二つの方法

- 情報提供要求手続き：利害関係者からの批判が強いキャッチ・オール・ツール

The Commission is able to request an ad hoc notification for concentrations and public procurements involving foreign subsidies that do not meet the above thresholds, but which still raise suspicion in its eyes as regards distortion of the EU internal market, provided that closing/award of public contract has not occurred.

- Ex officio investigation process: A powerful tool yet not likely to be used excessively

The Commission can self-initiate an investigation into public procurements or concentrations involving foreign subsidies when they are deemed to have potentially distortive effects on the EU internal market. This power exists independently of thresholds and extends to foreign subsidies granted up to five years prior to the application of the FSR. As a result of ex officio investigation that can even occur post-closing/award of public contract, the Commission can order subsidy repayment or a demerger.

6. Future Trends

- State of uncertainty: No guidelines nor precedents

On 6 February 2023, the Commission published its draft implementing regulation exposing some practical and procedural aspects surrounding the application of the FSR, yet to be revised then finalized before 12 July 2023. As to the guidelines, they will be published at an unfixed date by January 2026.

This state of uncertainty creates legal insecurity for Japanese companies who do not know if the actual investigations into market distortion by the Commission will be similar or not to the assessment currently conducted for ordinary mergers and state aids.

- A criticized regulation needing attentive compliance

欧州委員会は、届出義務の有無にかかわらず、欧州委員会の判断により、EU 域内市場を歪曲に関して疑念を抱かせるような外国補助金を伴う企業結合や公共調達手続きについて、クロージング・公共調達契約締結が完了していない場合は、情報提供を要求できます。

- 職権調査：強力なツール。ただし、実際に行われる可能性は必ずしも高くないことが想定される

欧州委員会は、外国補助金を伴う公共調達や企業結合が EU 域内市場を歪曲する可能性があるとは判断した場合、職権調査を開始することができます。この権限は、事前届出義務が生じる閾値に関わらず行われ、FSR が発効する前の過去 5 年間に付与された外国補助金にも適用されます。また、公共調達契約締結や企業結合のクロージング後に行われることもあり、実体審査の結果、欧州委員会は、補助金の返済や会社分割を命じることもあります。

6. 今後の流れ

- ガイドラインも前例も無い不確実な状態

2023 年 2 月 6 日、欧州委員会は、FSR の適用に関する実務上の運用及び手続きを明らかにするための実施細則案を策定・公表しました。なお、この実施細則案については一定の修正が行われることが見込まれており、2023 年 7 月 12 日までに実施細則最終版が策定される予定です。その他、ガイドラインについては、2026 年 1 月以前の未確定な時期に発表される予定です。

このような不確実な状態に加え、日本企業にとっては、欧州委員会による市場の歪曲に関する実際の調査が、通常の企業結合規制や厳格な国家補助規制について行われる評価と類似しているかがわからないという法的不安もあります。

- 激しい批判を浴びているにもかかわらず注意深く遵守する必要がある規制

Many stakeholders are criticizing heavy interference by the Commission highlighted by its ability to cover any foreign subsidies due to low notification thresholds, wide coverage prior notification duty as well as ex officio and ad hoc powers. Thus, it is likely that the final implementing regulation, the guidelines and Commission practice will soften the application of the FSR. *

Despite above criticism and uncertainty, Japanese companies doing business in the EU are required to begin implementing monitoring and compliance mechanisms to track the existence and contents of foreign subsidies, prepare transactional documents and a timeline with the support of attorneys etc. Indeed, even if the FSR is not applicable yet, it will in practice apply to subsidies granted in last three to five years prior to its actual effective date.

* Following adoption of the Implementing regulation of the FSR on 10 July, detailed rules on notification procedures and investigations were published, as well as notification forms etc. for concentration and public procurement.

As for its content, addressing the criticism by stakeholders, the Implementing regulation distinguishes the foreign financial contributions considered high risk from others and applies a detailed information provision duty for both notifying parties and target company regarding the first category whereas information provision duty for the other category is relaxed. Are considered high-risk foreign financial contributions those most likely to distort the internal market pursuant to Article 5.1 of the FSR and whose individual amount is \geq EUR 1 million.

If you have any questions regarding the contents of this newsletter, notably regarding the practical consequence of the implementing regulation, please do not hesitate to contact the authors below. **【13 July 2023 supplement】**

多くの利害関係者が、FSRによる欧州委員会の干渉の強さを批判しています。特に、低い届出閾値、広い範囲の事前届出義務、情報提供要求手続き及び職権審査により事実上あらゆる外国補助金をカバーすることができる面で批判されています。従って、最終的な実施細則、ガイドライン、欧州委員会の実務上の運用については、現時点におけるFSRの規定や実施細則案の適用を緩和する方向で修正される可能性があります。*

とはいえ、以上のような批判や不確実性があるとしても、EU域内でビジネスを行う日本企業は、弁護士等のサポートを受けながら、第三国の資金的貢献の有無・内容を把握するための管理・コンプライアンス機能を設置し、取引関連書類の準備を行い、タイムラインの設定・調整に取り組む必要があります。特に、FSRはまだ適用が開始されていませんが、FSRにおいては、発効日前の過去3~5年間に付与された全ての外国補助金についても適用されることに注意が必要です。

* 7月10日付で実施細則が採択され、企業結合や公共調達に関する届出書の書式や、届出や調査の手続きに関する詳細な規定などが新たに公表されました。

実施規則の内容については、利害関係者からの批判に対応し、リスクが高いと考えられる外国の資金的貢献を他の資金的貢献と区別し、特にリスクが高いカテゴリーのみに関しては、届出当事者と対象企業の双方に詳細な情報提供義務を課すこととし、それ以外のカテゴリーの資金的貢献の情報提供義務を緩和しています。リスクの高い外国の資金的貢献とは、EU域内市場を歪曲する可能性が高いものとして規定されているFSR 5条1項のいずれかに該当し、かつ、個々の金額が100万ユーロ以上のものとされています。

FSRの適用に関する実施規則の実務的な影響等、本ニュースレターの内容に関するご質問等がございましたら以下の著者までお気軽にお問合せ下さい。 **【2023年7月13日補記】**

Daisuke Wakai is a Partner handling client matters in the area of competition law. Utilizing his working experience at the Japan Fair Trade Commission, he has provided advice and notification support regarding merger and acquisition review. Moreover, he has been providing advice on the use of the applicable leniency policy in anti-monopoly cases as well as anti-monopoly compliance in daily transactions and has been working on restrictions under the Subcontract Act, Premiums and Representation Act.

Claude Kaneda is a French qualified attorney who has knowledge of business transactions involving French corporations as well as contractual and compliance matters for subsidiaries of French corporations in Japan. He has also been involved in cross-border M&A transactions and in cases regarding French and European competition law.

KITAHAMA PARTNERS

Daisuke Wakai, Partner - Osaka Office
Dwakai@kitahama.or.jp
TEL: +81-6-6202-9613

Claude Kaneda, Associate - Tokyo Office
Ckaneda@kitahama.or.jp
TEL: +81-3-3217-1052

若井大輔弁護士は独占禁止法を始めとする競争法分野担当のパートナー弁護士です。公正取引委員会における執務経験を生かした独占禁止法上の企業結合審査対応に関するアドバイスや届出支援を行ってきました。また、独占禁止法違反事件におけるリーニエンス制度の活用や日常取引の独占禁止法上のコンプライアンスに関するアドバイス、下請法や景表法等の規制対応についてもカバーしております。

金田蔵人はフランス弁護士として、企業との商業取引に関する契約及びフランス企業の日本子会社等におけるコンプライアンス等のアドバイスの経験を有します。その他、日本企業及びフランス企業を当事者とするクロスボーダーM&Aにも関与し、フランス・ヨーロッパ競争法案件にも従事しております。

北浜法律事務所・外国法共同事業

若井 大輔（パートナー、大阪事務所）
Dwakai@kitahama.or.jp
TEL: +81-6-6202-9613

金田 蔵人（アソシエイト、東京事務所）
Ckaneda@kitahama.or.jp
TEL: +81-3-3217-1052