
Nova autorização regulamentar em M&A e contratação pública

O Regulamento relativo a subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno exigirá a autorização da Comissão para determinadas operações

Portugal - Legal flash

Janeiro de 2023



Aspetos chave

- > A partir de 12 de julho de 2023, a Comissão Europeia controlará as subvenções de países terceiros concedidas desde 12 de julho de 2018.
- > A partir de 12 de outubro de 2023, as operações de concentração e propostas no âmbito de procedimentos de contratação pública deverão ser notificadas, em certos casos, se tiverem sido recebidas subvenções estrangeiras que possam causar distorções no mercado interno, com consequências significativas em caso de incumprimento.
- > Na prática, isto significa que nas operações de concentração, para além do controlo das mesmas por parte da autoridade da concorrência e da análise de eventuais restrições ao investimento direto estrangeiro ("FDI"), **deverá analisar-se se a transação carece de autorização da Comissão Europeia ao abrigo das regras relativas a subvenções estrangeiras**, o que terá um impacto nos prazos e nos custos da transação.
- > Por sua vez, as empresas que desejem participar em futuros procedimentos de contratação pública devem começar a analisar se receberam subvenções sujeitas à nova regra.



Princípios do Regulamento

Em 23 de dezembro de 2022, o [Regulamento \(UE\) 2022/2560 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Dezembro de 2022, relativo a subvenções estrangeiras que distorcem o mercado interno](#), em inglês o **Regulamento FSR** (*Foreign Subsidies Regulation*) (o "**Regulamento FSR**"), foi publicado no Jornal Oficial da União Europeia ("JOUE"). O referido Regulamento inspira-se claramente nas regras europeias em matéria de auxílios estatais e controlo de operações de concentração.

Em geral, o FSR afeta qualquer empresa que receba qualquer tipo de subvenção estrangeira. Tais empresas deverão recolher informações relativas ao passado (uma vez que o Regulamento FSR é aplicável às subvenções estrangeiras concedidas nos cinco anos anteriores a 12 de julho de 2023, que distorçam o mercado interno após 12 de julho de 2023) bem como informações futuras, de forma recorrente, uma vez que as referidas subvenções poderão ser investigadas pela Comissão Europeia (a "**Comissão**").

No entanto, conforme explicado *infra*, o Regulamento **tem um impacto direto nas transações de M&A e nos processos de contratação pública para as empresas que receberam subvenções estrangeiras, neste caso nos três anos anteriores a 12 de julho de 2023 e no futuro**. Na prática, isto implica que:

- **nas operações de M&A, para além do controlo das operações de concentração e da análise do FDI ao abrigo do Decreto-Lei n.º 138/2014 de 15 de setembro de 2014 e do Regulamento 2019/452 que está em vigor desde 11 de outubro de 2020, deverá realizar-se uma análise sobre se a transação deve também estar sujeita à autorização prévia da Comissão** ao abrigo das regras relativas a subvenções estrangeiras, o que afetará os prazos e os custos da transação; e, por outro lado,
- **as empresas que desejem participar em futuros procedimentos de contratação pública deverão começar a analisar se receberam subvenções afetadas pelo novo regulamento.**

Na prática, as referidas análises exigirão pareceres de peritos, uma vez que será necessário acompanhar a forma como a Comissão aplica o Regulamento FSR a fim de interpretar, *inter alia*, os conceitos mais relevantes e amplamente definidos (nomeadamente, subvenção estrangeira, contribuição financeira, controlo, fusão, empresa pública, etc.). Consequentemente, a experiência previamente adquirida em matéria de legislação europeia relativa a auxílios estatais e controlo de operações de concentração será útil para abordar o estudo em ambas as áreas.

Entrada em vigor e aplicação

- **O FSR entrou em vigor a 12 de janeiro de 2023 e aplicar-se-á a partir de 12 de julho de 2023.**



- > No entanto, **as obrigações de pré-notificação para a obtenção da nova autorização em operações de M&A e procedimentos de contratação pública não serão aplicáveis até 12 de outubro de 2023.**
- > Espera-se ainda que, no início deste ano, seja publicado o projeto de orientações relativas ao Regulamento FSR para efeitos de consulta pública, bem como os regulamentos de aplicação que, entre outros, irão desenvolver um **procedimento simplificado.**
- > **As concentrações implementadas e a maioria das que se encontrem no período intercalar não serão afetadas,** uma vez que o FSR não se aplicará às concentrações em relação às quais tenha sido celebrado um acordo, anunciada a oferta pública ou adquirida uma participação de controlo antes de 12 de julho de 2023, nem aos contratos públicos adjudicados antes da referida data.

Objetivo do Regulamento FSR

A União Europeia ("UE") considera que a concessão de subvenções de países terceiros a empresas ativas na UE pode causar distorções no mercado interno e prejudicar as condições de concorrência equitativas na União, nomeadamente em casos em que:

- > sejam utilizadas para financiar, total ou parcialmente, operações de concentração que envolvam mudanças no controlo das empresas da EU;
- > sejam adjudicados contratos na UE a empresas que beneficiam das referidas subvenções.

Embora as subvenções que os Estados Membros possam conceder estejam sujeitas a um forte controlo ao abrigo das regras da UE em matéria de auxílios estatais, até à data não existia qualquer mecanismo de controlo das subvenções concedidas por países terceiros a empresas que operam no mercado da UE. O objetivo do Regulamento FSR é, portanto, **contribuir para o bom funcionamento do mercado interno, estabelecendo um quadro harmonizado para corrigir potenciais distorções.**

Tal como fez com o [Regulamento \(UE\) 2019/452 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de março de 2019 que estabelece um quadro para o controlo do investimento direto estrangeiro na União](#), a UE está a introduzir uma medida protecionista contra certos investidores estrangeiros ou multinacionais, de modo a impedir que empresas beneficiem do financiamento de países terceiros a fim de concorrerem em melhores condições no mercado interno ou de serem adjudicados contratos públicos.

Para o efeito, **são concedidas faculdades amplas e exclusivas à Comissão para recolher as informações de mercado que considere necessárias** (incluindo solicitar as informações necessárias e efetuar as inspeções necessárias de mercado em sectores específicos), concedendo-lhe dois instrumentos baseados na notificação.



Subvenções afetadas

O FSR aplica-se a **subvenções estrangeiras concedidas a empresas que exercem uma atividade económica no mercado interno**. Abrange empresas privadas e públicas (controladas direta ou indiretamente pelo Estado, incluindo fundos soberanos), empresas estrangeiras que operem na UE bem como empresas multinacionais europeias que tenham recebido subvenções estrangeiras.

- **Existe uma subvenção estrangeira quando um país terceiro concede, direta ou indiretamente, uma contribuição financeira que confere um benefício a uma empresa** que exerça uma atividade económica no mercado doméstico e que é limitada, de jure ou de facto, a uma ou mais empresas ou sectores.
- O FSR estabelece um conceito lato de contribuição financeira que inclui, nomeadamente: (i) a transferência de fundos ou de passivos (ou seja, injeções de capital, subvenções, empréstimos, garantias de empréstimos, incentivos fiscais, compensação de perdas de exploração, perdão ou reescalonamento de dívidas); (ii) a renúncia a receitas que de outra forma seriam devidas; ou (iii) o fornecimento ou a aquisição de bens ou serviços.
- Considera-se que (i) uma empresa que adquira o controlo de uma empresa estabelecida na União ou que com ela se funda ou (ii) uma empresa que participe num procedimento de contratação pública na União exerce uma atividade económica no mercado interno.
- Uma contribuição financeira pode ser concedida pelo governo central ou pelas autoridades administrativas a todos os níveis, mas também por uma entidade estrangeira privada ou pública, cujos atos possam ser atribuídos a um país terceiro.

O que é considerado uma distorção do mercado interno?

Quando uma subvenção estrangeira **for suscetível de melhorar a posição concorrencial de uma empresa no mercado interno e quando, em consequência disso, a concorrência no referido mercado for suscetível de ser afetada negativamente**.

A existência de uma distorção no mercado interno poderá ser aferir tendo em conta o montante, a natureza e a finalidade da subvenção estrangeira, bem como a situação da empresa, dos mercados/sectores em causa, ou o nível e desenvolvimento da atividade económica da empresa no mercado interno.



O Regulamento FSR pressupõe o grau de possibilidade de distorção das subvenções estrangeiras, o que se encontra resumido no quadro seguinte:

Subvenções estrangeiras com maior probabilidade de distorcer o mercado interno	Subvenções estrangeiras com menor probabilidade de distorcer o mercado interno	Subvenções estrangeiras que não distorcem o mercado interno
<ul style="list-style-type: none">> concedidas a uma empresa em dificuldades;> sob a forma de garantia ilimitada para dívidas ou passivos, sem qualquer limitação quanto ao montante ou à duração;> financiamento à exportação que não esteja de acordo com o Convénio da OCDE relativo aos créditos à exportação que beneficiam de apoio oficial;> que facilitem diretamente uma concentração;> que permitam que uma empresa apresente uma proposta indevidamente vantajosa num procedimento de contratação pública.	<ul style="list-style-type: none">> o montante total de uma subvenção estrangeira que não exceda 4 milhões de euros ao longo de três anos consecutivos;> que visem remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários.	<ul style="list-style-type: none">> o montante total não exceda 200.000 euros por país terceiro durante um período de três exercícios financeiros consecutivos.

Notificação de operações de concentração

Operações de concentração sujeitas a notificação

O FSR prevê a notificação de operações de concentração que cumpram os seguintes requisitos cumulativos:

- > Pelo menos uma das empresas que integram a concentração, a empresa adquirida ou a empresa comum, deve ter um estabelecimento na União e gerar um volume de negócios total na União de, pelo menos, 500 milhões de euros.



- > As seguintes empresas **receberem contribuições financeiras totais agregadas de países terceiros superiores a 50 milhões de euros nos três anos anteriores** à celebração do contrato, ao anúncio da oferta pública, ou à aquisição de interesses de controlo: (i) no caso de uma aquisição, o(s) adquirente(s) e a empresa adquirida; (ii) no caso de fusão, as empresas incorporadoras; e (iii) no caso de uma empresa comum, as empresas que criam a empresa comum e a empresa comum.

Definição dos termos “concentração” e “controlo”

Como é habitual, o FSR baseia-se numa definição muito lata dos termos “concentração” e “controlo”.

- > Existe uma concentração quando ocorre uma mudança duradoura de controlo que resulta de qualquer uma das seguintes situações:
 - o da fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou
 - o da aquisição por uma ou mais pessoas que já detenham o controlo de, pelo menos, uma empresa, ou por uma ou mais empresas, do controlo direto ou indireto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas, através da compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio.
- > da criação de uma empresa comum que desempenhe de forma permanente todas as funções de uma entidade económica autónoma.
- > No que diz respeito ao controlo, tal como no controlo das operações de concentração e do FDI, o que releva é a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa, de jure ou de facto, quer através dos direitos de propriedade dos ativos da empresa quer através da tomada de decisões.

Procedimento de Notificação

Organismo competente Ao contrário do caso do FDI em que o Governo Português pode decidir opor-se à operação após a celebração dos negócios jurídicos em causa, através de decisão fundamentada, no FSR a **Comissão é a única autoridade competente para autorizar a operação.**

Momento de notificação **Trata-se de uma autorização prévia** (exceto se a Comissão atuar por sua própria iniciativa *ex post*) para a execução da transação. **Na prática, portanto, os contratos de compra e venda das empresas abrangidas**



pele FSR deverão estar sujeitos à condição prévia de obtenção de autorização.

Deverá ser comunicado à Comissão:

- > após a celebração do contrato, do anúncio da oferta pública de aquisição ou da aquisição de uma participação de controlo, mas antes da sua implementação; ou
- > quando demonstrem à Comissão a sua intenção de boa-fé de celebrar um acordo ou, no caso de uma oferta pública de aquisição, quando tenham publicamente anunciado a sua intenção de realizar tal oferta.

Em princípio, a notificação deverá ser realizada pelas partes intervenientes:

Partes obrigadas a notificar

- > No caso de uma fusão ou aquisição de controlo conjunto: conjuntamente pelas partes na fusão ou aquisição de controlo conjunto;
- > Nos restantes casos: a pessoa ou empresa que adquire o controlo da totalidade ou de partes de uma ou mais empresas.

No entanto, a Comissão poderá:

- > Analisar a concentração ex officio se as empresas em causa não cumprirem a sua obrigação de notificação (sem limite temporal);
- > Exigir a notificação prévia de uma concentração em que não se verifiquem os requisitos de notificação, caso a Comissão suspeite que possam ter sido concedidas subvenções estrangeiras às empresas em causa nos três anos anteriores à concentração.

Os prazos estabelecidos no FSR poderão sobrepor-se aos prazos previstos para a autorização de controlo de operações de concentração. Os prazos no FSR também estão divididos em duas fases:

Prazos e fases

- > **Análise preliminar:** Após a receção da notificação completa, a Comissão tem o prazo de 25 dias úteis a contar dessa data para decidir dar início a uma investigação aprofundada caso considere existirem indícios de distorção do mercado interno devido à subvenção estrangeira;
- > **Investigação aprofundada:** A Comissão dispõe de 90 dias úteis desde o início da investigação aprofundada para adotar um ato de execução sob a forma de uma decisão. A concentração pode ser autorizada, caso a Comissão adote uma decisão que contenha compromissos vinculativos para a(s) empresa(s) ou uma decisão de não objecção



Os prazos podem ser prorrogados em determinadas circunstâncias. No entanto, as prorrogações não podem exceder o prazo de 20 dias úteis. Além disso, a Comissão pode, excepcionalmente, suspender os prazos caso as informações apresentadas pelas empresas estejam incompletas ou em caso de recusa, por parte das empresas, em serem alvo de uma inspeção.

Note-se que se a Comissão não adotar nenhuma decisão, há um deferimento tácito, isto é, as empresas em causa ficam autorizadas a realizar a concentração.

Decisão da Comissão

A Comissão poderá adotar:

- > uma decisão com compromissos, ou seja, uma decisão em que torne determinados compromissos vinculativos para as empresas. O Regulamento FSR estabelece um catálogo aberto de compromissos (nomeadamente, redução da presença no mercado, não participação em determinados investimentos, publicação dos resultados de I&D, desinvestimento de determinados ativos, reembolso da subvenção, etc.)
- > uma decisão de não objeção.
- > uma decisão de proibição da operação de concentração.

A **Comissão poderá ainda revogar a sua decisão** se a empresa não cumprir os compromissos acordados, se a decisão tiver sido baseada em informações incompletas, inexatas ou enganosas, ou se os compromissos corretivos não forem eficazes.

Incumprimento

As **transações executadas em violação do FSR serão inválidas até que a Comissão adote uma decisão**, salvo algumas exceções.

Além disso, a Comissão tem competência para:

- > **Exigir às empresas em causa que procedam à dissolução da concentração** ou ordenar qualquer outra medida adequada destinada a restabelecer a situação tal como exigido na sua decisão;
- > Adotar **medidas provisórias**;
- > **Impor coimas** até 10% do seu volume de negócios total no exercício financeiro anterior, bem como sanções pecuniárias periódicas de aplicação coerciva em certos casos.



Notificação em procedimentos de contratação pública

Considera-se que uma subvenção estrangeira causa ou pode causar distorções no mercado quando permite a um operador económico apresentar uma **proposta indevidamente vantajosa** em relação às obras, fornecimentos ou serviços em causa.

- > **Limiares:** Em geral, considera-se que existe uma contribuição financeira estrangeira sujeita a notificação quando, cumulativamente,: (i) o valor estimado da contratação pública, acordo-quadro ou contratação específica no âmbito de sistema de aquisição dinâmico, líquido de IVA, for igual ou superior a 250 milhões de euros; e (ii) o operador económico, incluindo as suas filiais sem autonomia comercial, as suas sociedades gestoras de participações sociais e, se for o caso, os seus principais subcontratantes e fornecedores envolvidos na mesma proposta no procedimento de contratação pública, tiverem recebido contribuições financeiras totais iguais ou superiores a 4 milhões de euros por país terceiro nos três anos anteriores à notificação.
- > **Divisão em lotes:** Se entidade adjudicante dividir o procedimento de contratação pública em lotes, considera-se que existe uma contribuição financeira estrangeira sujeita a notificação quando o valor estimado da contratação, sem IVA, exceder o montante de 250 milhões de euros e (ii) o valor do lote ou o valor total de todos os lotes aos quais o operador económico se candidata for igual ou superior a 125 milhões de euros e (iii) a contribuição financeira estrangeira for igual ou superior a 4 milhões de euros.
- > **Notificação ou declaração prévia:** Quando as condições de notificação estiverem preenchidas, os operadores que participam no procedimento de contratação pública deverão notificar a entidade adjudicante de todas as contribuições financeiras estrangeiras. Nos restantes casos, os operadores económicos deverão enumerar numa declaração todas as contribuições financeiras estrangeiras recebidas e confirmar que não estão sujeitas a notificação prévia. A obrigação de notificação aplica-se (i) aos operadores económicos, (ii) aos grupos de operadores económicos, bem como (iii) aos subcontratantes principais e (iv) aos fornecedores principais (conhecidos à data de apresentação da notificação ou declaração completa).
- > **Incumprimento:** Se a proposta não vier acompanhada da notificação ou declaração (conforme aplicável), a entidade adjudicante poderá solicitar aos operadores económicos que apresentem o documento pertinente no prazo de dez dias úteis. Em caso de incumprimento, a entidade adjudicante declarará a proposta como sendo irregular e rejeitada e informará a Comissão de tal facto.



Efeitos das avaliações no contexto de procedimentos de contratação pública

Continuidade do procedimento de contratação pública	Durante a análise preliminar e a investigação aprofundada, todas as etapas do procedimento de contratação pública podem prosseguir, com exceção da adjudicação do contrato.
Investigação aprofundada	Caso a Comissão decida dar início a uma investigação aprofundada, o contrato público não pode ser adjudicado a um operador económico que tenha apresentado uma notificação prévia até que a Comissão adote um ato de execução que considere que o operador não beneficia de uma subvenção estrangeira que distorce o mercado interno ou até que decorram os prazos legais para o encerramento das investigações aprofundadas.
Rejeição da proposta pela entidade adjudicante	Se na sequência da avaliação pela Comissão, o operador económico não propuser compromissos ou a Comissão considerar que os compromissos propostos pelo operador económico não são suficientes para eliminar de forma plena e eficaz a distorção, a Comissão adota uma decisão de proibir a adjudicação do contrato público ao operador económico em causa. Na sequência desta decisão, a entidade adjudicante deve rejeitar a proposta. Se a proposta que deve ser rejeitada for a considerada a proposta economicamente mais vantajosa, a entidade adjudicante pode adjudicar o contrato público ao operador económico que não tenha sido sujeito a uma decisão de proibição de adjudicação que tenha apresentado a segunda proposta economicamente mais vantajosa.
Dever de Informação	A autoridade ou entidade adjudicante informa, sem demora indevida, a Comissão de qualquer decisão relativa à anulação do procedimento de contratação pública, à rejeição da proposta ou do pedido de participação do operador económico em causa, à apresentação de uma nova proposta pelo operador económico em causa ou à adjudicação do contrato público.
Incumprimento	A Comissão tem competência para: <ul style="list-style-type: none">> Impor coimas ou sanções pecuniárias periódicas; Em particular:> Impor aos operadores económicos, por via de decisão, coimas até 1% do seu volume de negócios total realizado durante o exercício anterior, quando esses operadores económicos, deliberadamente ou



por negligência, **prestem informações inexatas ou enganosas** numa notificação ou declaração ou numa notificação ou declaração complementar;

- > Impor aos operadores económicos, por via de decisão, **coimas até 10% do seu volume de negócios** total realizado durante o exercício anterior, quando esses operadores económicos, **deliberadamente** ou **por negligência**:
 - a) Não notifiquem as contribuições financeiras estrangeiras, durante o procedimento de contratação pública;
 - b) Contornem ou tentem contornar os requisitos de notificação.

Prescrição

Os poderes atribuídos à Comissão para iniciar uma análise preliminar ou uma investigação aprofundada ficam sujeitos a um prazo de prescrição de 10 anos a contar da data da concessão da subvenção estrangeira.

Os poderes atribuídos à Comissão para impor coimas ou sanções pecuniárias ficam sujeitos a um prazo de prescrição de três anos a contar da data em que tiver ocorrido a respetiva infração. No caso de infrações continuadas, o prazo de prescrição começa a contar da data em que tiver cessado a infração.

Para obter informação adicional sobre o conteúdo deste documento, por favor dirija-se ao seu contacto habitual na *Cuatrecasas*.

©2023 CUATRECASAS

All rights reserved.

This document is a compilation of legal information prepared by Cuatrecasas. The information and comments included in it do not constitute legal advice.

Cuatrecasas owns the intellectual property rights over this document. Any reproduction, distribution, assignment or any other full or partial use of this legal flash is prohibited, unless with the consent of Cuatrecasas.

