

La Newsletter.

Droit de la concurrence – Droit des concentrations

AVOCATS

Nouveau mécanisme européen de contrôle des subventions étrangères applicable notamment dans le cadre des opérations de M&A

En ce début d'année, la Commission européenne se dote de nouveaux pouvoirs d'enquête et de sanction pour contrôler l'incidence des subventions étrangères dans le marché intérieur et en particulier lors des opérations de concentration ou des procédures de marché public.

Ce nouveau mécanisme de contrôle emporte de lourdes conséquences pour les entreprises :

- à partir de juillet 2023 : risque de remèdes ex-post pouvant aller jusqu'à la remise en cause de l'opération de concentration ;
- à partir d'octobre 2023 : obligation de notification spécifique préalable à la mise en œuvre d'une opération de concentration ou à la passation d'un marché public.

Le 12 janvier 2023, le règlement (UE) 2022/2560 du Parlement européen et du Conseil du 14 décembre 2022 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur est entré en vigueur et sera applicable à partir du 12 juillet 2023, à l'exception des procédures portant sur les opérations de concentration et de passation de marché public qui seront applicables à partir du 12 octobre 2023.

Par ce texte, la Commission européenne cherche à renforcer l'équité entre les entreprises européennes soumises aux dispositions européennes sur les aides d'Etat et les entreprises étrangères exerçant dans l'Union européenne, qui bénéficieraient - sans contrôle - d'aides publiques.

I- Le champ d'application très large du nouveau contrôle de la Commission européenne

Ce nouveau contrôle de la Commission européenne s'applique à toute subvention étrangère accordée par un pays non membre de l'Union européenne causant une **distorsion dans le marché intérieur**. La distorsion est caractérisée par la réunion de deux conditions, la subvention (i) renforce une position concurrentielle d'une entreprise et (ii) affecte «*réellement ou potentiellement la concurrence*».

Le terme de subvention étrangère est défini très largement comme étant « une contribution financière qui est fournie directement ou indirectement par un pays tiers, qui confère un avantage et qui est limitée à une ou plusieurs entreprises ou à un ou plusieurs secteurs ». Cette définition vise par exemple les emprunts à taux préférentiel, les traitements fiscaux préférentiels, les aides directes d'Etat et même la fourniture ou l'achat de biens ou de services qui confère un avantage.



Marie de DROUAS
Avocate associée

md@niddam-drouas.com



Mathieu ANNE
Avocat

ma@niddam-drouas.com

II- Les procédures de contrôle de la Commission européenne

Le règlement met en place trois types de contrôles : **deux procédures de notification préalable** à la mise en œuvre d'une opération de concentration (article 21) et d'une candidature à un marché public (article 29). Le troisième contrôle est présenté comme un **outil général d'enquête sur le marché** permettant à la Commission d'examiner toute situation (article 9).

a) La procédure de contrôle *ex ante* d'une opération de concentration

La procédure de notification préalable obligatoire à la Commission pour les concentrations est applicable (i) lorsqu'au moins une des entreprises parties à l'opération réalise un **chiffre d'affaires dans l'Union européenne égal ou supérieur à 500 millions d'euros** et (ii) dès lors qu'une ou plusieurs entreprises parties ont reçu des **contributions financières cumulées de pays tiers de plus de 50 millions d'euros au cours des trois années précédant la notification**.

La présente procédure **est concomitante mais distincte de la procédure de notification de la procédure européenne de contrôle des opérations de concentration (règlement 139/2004)**. Les délais sont identiques et la Commission dispose de 25 jours ouvrables à compter de la réception de la notification complète pour procéder à l'examen préliminaire. Si au terme de ce délai, la Commission décide d'ouvrir une enquête approfondie, elle devra adopter une décision dans un nouveau délai de 90 jours ouvrables. Ces délais s'appliquent sous réserve des cas de suspension de délais.

Comme en matière de notification d'une concentration, une phase de pré-notification informelle existe pour les cas complexes.

Jusqu'à la décision d'autorisation, **les parties ont interdiction de procéder à l'opération de concentration sous peine d'une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total des entreprises**.

En cas d'omission de notification, le montant de l'amende peut également atteindre 10 % du chiffre d'affaires total des entreprises.

b) La procédure de contrôle *ex ante* pour les marchés publics

La procédure de notification préalable obligatoire au pouvoir adjudicateur pour la passation de marchés publics ou de concessions est applicable lorsque (i) **la valeur estimée du marché ou de la concession est au moins égale à 250 millions d'euros** et que (ii) **l'opérateur économique a reçu une contribution financière d'un pays tiers d'au moins 4 millions d'euros au cours des trois années précédant la notification**.

Même si les seuils de notification ne sont pas atteints, les soumissionnaires au marché public doivent rédiger une déclaration adressée au pouvoir adjudicateur listant toutes les contributions financières étrangères reçues et confirmer que ces contributions ne sont pas soumises à l'obligation de notification.

Les marchés publics de travaux, fournitures et services dans les domaines de la défense et de la sécurité sont exclus de cette procédure.

Cette notification doit être adressée lors de la soumission de l'offre au pouvoir adjudicateur, qui doit la transférer sans tarder à la Commission pour que **le contrôle soit opéré dans un délai de 20 jours ouvrables à compter de la réception complète de la notification**. Si cela est jugé nécessaire, la Commission peut ouvrir une **enquête approfondie**, qui doit se clôturer par une décision intervenant au plus tard **110 jours ouvrables après réception de la notification complète**. Ces délais s'appliquent sous réserve des cas de suspension de délais.

Le pouvoir adjudicateur doit attendre la décision de la Commission pour attribuer le marché public.

Une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires total des entreprises peut être infligée en cas d'omission de la notification.

c) Le pouvoir général d'enquête de la Commission

Par ce pouvoir d'office, la Commission se réserve la possibilité **d'enquêter sur toute subvention étrangère faussant le marché intérieur**. Ce contrôle porte même sur celles qui sont en-dessous des seuils précédemment indiqués sous réserve des seuils *de minimis* :

- les subventions étrangères inférieures à 200 000 euros sur une période de trois années consécutives sont exclues ;
- les subventions étrangères inférieures à 4 millions sur une période de trois années consécutives sont considérées comme étant peu susceptibles de fausser le marché intérieur.

Il est toutefois précisé que l'examen d'office portant sur des marchés publics n'entraînera pas l'annulation de la décision d'attribution ou la résiliation du marché.

A contrario, dans la liste des sanctions, la Commission indique expressément que **les concentrations peuvent faire l'objet d'une dissolution**. Ainsi, **une concentration non soumise à la procédure de notification préalable obligatoire** et qui a été autorisée par une autorité de concurrence ou qui n'a pas fait l'objet d'aucun contrôle, **pourrait se voir annuler a posteriori en présence de subventions étrangères** considérées comme créant une distorsion sur le marché intérieur.

La procédure d'examen d'office se déroule en deux temps. La Commission procède à **un examen préliminaire qui n'est pas limité dans le temps** par le présent règlement et qui peut éventuellement déboucher sur l'ouverture d'une enquête approfondie qui pourra durer jusqu'à 18 mois.

Les pouvoirs de la Commission sont soumis à un délai de prescription de 10 ans à compter du jour où une subvention étrangère est octroyée à une entreprise et, transitoirement, la Commission ne pourra pas examiner des subventions étrangères versées avant le 12 juillet 2018.

III- Les mesures classiques d'instruction et de réparation d'une distorsion**a) Des mesures d'enquêtes inspirées du droit de la concurrence**

Les mesures d'enquête sont au nombre de deux, les demandes de renseignements et

les inspections dans l'Union, qui sont largement inspirées des pouvoirs conférés dans le cadre des enquêtes de concurrence ou concentration.

Il faut souligner que le règlement prévoit des allègements conséquents en terme de charge de la preuve au bénéfice de la Commission dans le cas où l'entreprise faisant l'objet de l'enquête et/ou le pays tiers concerné ne coopèrent pas avec la Commission.

b) Les remèdes de la Commission pour mettre fin aux distorsions

La Commission peut autoriser une opération malgré l'existence d'une distorsion sur le marché intérieur si les effets positifs l'emportent sur les effets négatifs de la subvention étrangère.

Si tel n'est pas le cas et que la subvention étrangère crée une distorsion réelle ou potentielle sur le marché intérieur, la Commission peut enjoindre l'entreprise à mettre en œuvre des mesures réparatrices.

Concrètement, ces mesures peuvent être une interdiction d'exécuter une concentration, de réaliser certains investissements ou l'obligation d'octroyer des licences à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, de **rembourser la subvention** majorée des intérêts appropriés pourvu que l'exécution puisse se faire de manière transparente, vérifiable et effective.

En outre, dans le cadre du pouvoir d'office de la Commission, celle-ci peut ordonner **la dissolution de la concentration**.

De nombreux points sont encore en attente pour mieux appréhender de façon pratique cette réforme. Un projet de règlement d'application et des formulaires de notification seront soumis à consultation publique par la Commission d'ici la fin du mois de février 2023. Ces textes seront essentiels pour mieux comprendre l'articulation avec le contrôle des concentrations, les modalités procédurales de notification et d'accès au dossier.

Il faut pourtant d'ores et déjà prendre en compte les obligations de ce nouveau règlement pour sécuriser les opérations à venir. Plus spécifiquement pour les opérations de concentrations, la documentation devra intégrer ce nouveau contrôle pour la mise en place du calendrier et la levée des conditions suspensives.