

CONCURRENCE

Entrée en vigueur du règlement relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur

L'Union européenne s'est dotée le 14 décembre 2022 d'un nouvel outil pour lutter contre les distorsions de concurrence au sein du marché intérieur du fait d'Etats tiers. Il entre en vigueur le 12 janvier 2023.



Par Adrien Giraud, associé,

Dès l'origine, l'Union européenne (UE) s'est dotée de règles relatives aux aides d'Etat, dans le but de permettre l'essor d'un marché intérieur. L'objet était de garantir aux entreprises un pied d'égalité dans la concurrence qu'elles se livreraient, en limitant les interférences d'Etats membres cherchant à favoriser « leurs » entreprises au détriment des entreprises « étrangères ». Ce « droit des aides d'Etat » est, à peu de chose près, resté une spécificité européenne ; or, dans une économie mondialisée où les entreprises européennes sont concurrencées par des entreprises étrangères qui, elles, peuvent légalement bénéficier d'aides de leur pays d'origine, cette différence de traitement a commencé à être perçue, à juste titre, comme constituant un frein à l'essor des entreprises européennes.

C'est ainsi qu'a pointé l'idée d'une réglementation applicable aux aides octroyées par les Etats tiers à l'UE. Issu d'un compromis politique trouvé en fin d'année 2022, le règlement (UE) 2022/2560 relatif aux subventions étrangères faussant le marché intérieur est finalement adopté le 14 décembre 2022. Publié au Journal officiel le 23 décembre 2022, il entre en vigueur le 12 janvier 2023.

Les nouvelles notions

Le règlement (UE) 2022/2560 vise donc à contrôler les aides octroyées par des Etats tiers qui menacent de fausser la concurrence dans le marché intérieur. Malgré une influence évidente du droit des aides d'Etat, le règlement instaure des notions qui lui sont propres. D'abord, l'origine de l'aide, c'est-à-dire l'Etat tiers ; il est défini largement : tout gouvernement central, toute entité publique (locale, branche de gouvernement, etc.), mais aussi toute entité privée dont les actes peuvent être attribués au pays tiers (fonds souverains, actionariat public, etc.).

Ensuite, l'objet du nouveau contrôle, c'est-à-dire la subvention. Elle est définie en deux temps. D'abord, la « contribution financière » : il s'agit de tout transfert de fonds (apport en capital, subvention, prêt, etc.), abandon de recette normalement exigible (exonération fiscale, etc.) ou fourniture ou achat de biens ou de

services (catégorie particulièrement large). Ensuite, la « subvention » à proprement parler est une contribution financière qui confère un avantage limité à une ou plusieurs entreprises exerçant une activité économique dans le marché intérieur, faisant ainsi écho aux notions d'avantage et de sélectivité en droit des aides d'Etat, critères traditionnellement appréciés très largement.

Enfin, la Commission européenne (CE) ne peut intervenir que si elle démontre une distorsion de concurrence – distorsion qui peut être simplement « potentielle ». Le règlement fournit même une liste des « subventions étrangères » le plus susceptibles de fausser le marché intérieur » parmi lesquelles on trouve les subventions octroyées à une entreprise en difficulté, les garanties illimitées, etc.

Les nouveaux outils

Sur la base de ces notions, trois nouveaux outils sont instaurés. Le premier est un régime d'autorisation préalable en cas de concentration, semblable au régime issu du règlement (CE) 139/2004, à la différence près que l'objet n'est pas de déterminer si la concentration en question fausse la concurrence mais si la subvention étrangère fausse le marché intérieur. Si les entreprises concernées (acquéreur et cible) bénéficient de contributions financières d'un ou de plusieurs Etats tiers de plus de 50 millions d'euros sur les trois dernières années et si la cible est établie et réalise dans l'Union européenne un chiffre d'affaires supérieur à 500 millions d'euros, la concentration doit être notifiée à la CE et ne peut être mise en œuvre tant que celle-ci ne l'a pas autorisée. La CE dispose pour se prononcer d'un délai de 25 jours ouvrés en phase I et de 90 jours ouvrés supplémentaires en phase II, à l'issue de quoi elle peut soit interdire, soit autoriser (conditionnellement ou non) la concentration.

Le deuxième est un régime d'autorisation préalable en cas de marché public. Si une entreprise bénéficiant de contributions financières d'un Etat tiers de plus de 4 millions d'euros sur les trois dernières années se porte candidate à un marché public d'une valeur supérieure ou égale à 250 millions d'euros, elle doit en noti-

fier l'autorité adjudicatrice qui transmettra sans tarder à la CE ; le marché ne peut alors pas être attribué à l'entreprise en question tant que la CE n'a pas statué. Elle dispose pour ce faire d'un délai de 20 jours ouvrés en phase I et de 110 jours ouvrés supplémentaires en phase II, à l'issue de quoi elle peut soit interdire, soit autoriser (conditionnellement ou non) l'octroi du marché à l'entreprise concernée.

Le troisième est un régime d'examen d'office des subventions étrangères qui n'est pas sans rappeler certains aspects de la procédure applicable en matière d'aide d'Etat. La CE peut ouvrir de sa propre initiative un examen préliminaire. Si ses soupçons se confirment elle peut ensuite ouvrir une enquête approfondie, à l'issue de laquelle elle peut soit clôturer son enquête, soit, si elle considère qu'il existe bel et bien une subvention engendrant une distorsion de concurrence au sein du marché intérieur, accepter des engagements proposés par l'entreprise concernée, soit – nouveauté dans l'arsenal traditionnel de la CE en droit de la concurrence – imposer de son propre chef des mesures réparatrices (ex. : la réduction de la présence sur un marché donné, la cession de certains actifs, le remboursement de la subvention, etc.). La CE a également la possibilité d'adopter des mesures provisoires.

Pour s'assurer du respect de ces nouveaux outils, le règlement (UE) 2022/2560 prévoit les sanctions habituelles en droit de la concurrence, dont le plafond est exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires mondial de l'entreprise concernée.

Comment se préparer ?

Le règlement (UE) 2022/2560 sera applicable à partir du 12 juillet 2023 et l'obligation de notification (concentration ou marché public) interviendra le 12 octobre 2023. Un règlement d'application viendra sous peu apporter certaines clarifications utiles (contenu des dossiers de notification, etc.). En attendant, les entreprises peuvent se préparer de la manière suivante.

En premier lieu, vérifier si l'on est susceptible de tomber sous le coup de l'un des deux régimes d'autorisation préalable nouvellement introduits. Les entre-

prises régulièrement impliquées dans des opérations de concentration (private equity, industriels actifs en M&A, etc.) et/ou des procédures de marchés publics, doivent déterminer si elles franchissent les seuils en matière de contribution financière. Cela nécessite de faire un « mapping » des différentes contributions financières possibles et d'en calculer le montant. En matière de concentration, un processus semblable devra être intégré à l'exercice habituel de due diligence pour vé-

ri-
fier que la cible ne franchit pas les seuils en question. A noter également qu'en matière de marché public, ce « mapping » est nécessaire même si les seuils ne sont pas franchis : en effet, l'entreprise soumissionnaire doit déclarer que l'ensemble des contributions financières dont elle a pu bénéficier ne dépasse pas le seuil de 4 millions d'euros.

En second lieu, identifier et mesurer le risque de remise en cause d'une contribution financière d'Etat tiers. Qu'une entreprise soit ou non régulièrement impliquée dans des opérations de concentration et/ou des procédures de marchés publics, si elle a bénéficié de contributions financières significatives, elle devra déterminer si le nouveau règlement fragilise ou non sa position. Il faut donc vérifier, au moins pour les contributions financières les plus importantes, si elles sont susceptibles d'être qualifiées de subventions faussant le marché intérieur. Si tel est le cas, il sera utile de commencer à réfléchir à des engagements susceptibles d'être proposés à la CE pour échapper à l'imposition de mesures réparatrices.

Conclusion

Le règlement (UE) 2022/2560 entre en vigueur demain. Il ouvre un tout nouveau chapitre du droit européen de la concurrence/des aides d'Etat. Les entreprises ont moins de neuf mois pour se préparer aux premières notifications et aux premiers examens d'office de la CE. Gageons que la CE saura trouver un bon équilibre entre application effective du règlement et limitation des coûts administratifs que celle-ci pourrait engendrer pour les nombreuses entreprises impliquées dans des fusions ou participant à des marchés publics. ■



et Carles Esteva Mosso, associé, Latham & Watkins

Les entreprises régulièrement impliquées dans des opérations de concentration et/ou des procédures de marchés publics, doivent déterminer si elles franchissent les seuils en matière de contribution financière. Cela nécessite de faire un « mapping » des différentes contributions financières possibles et d'en calculer le montant.